

DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET DROIT PÉNAL DE FOND

Par

Raymond GASSIN et Sylvie CIMAMONTI
*Professeurs à la Faculté de Droit et de Science politique
d'Aix-Marseille*

1 - A première vue, le recours à des dispositions transitoires dans les lois pénales de fond paraît tout à fait concevable. Il en est ainsi même si, comme c'est le cas pour la présente recherche collective, on entend la notion de dispositions transitoires d'une manière restrictive qui implique la réunion des trois caractéristiques suivantes : la détermination d'un passage partiel d'un régime juridique à un autre ; l'établissement d'un système juridique temporaire ; l'institution d'un régime dérogatoire tant à celui de la loi ancienne qu'à celui de la loi nouvelle. Ainsi, lorsque le législateur décide de créer une infraction nouvelle ou d'étendre le domaine d'application des éléments constitutifs d'une infraction préexistante, ou encore d'aggraver les pénalités encourues pour cette dernière, pourquoi ne déciderait-il pas que le passage au nouveau système juridique s'effectuerait par la transition d'un régime intermédiaire entre l'ancien, moins sévère, et le nouveau, plus rigoureux ? De la sorte, l'infraction nouvelle serait par exemple temporairement une contravention de police avant de devenir un délit correctionnel, l'extension du champ d'application de l'incrimination existante s'opérerait de manière graduelle dans le temps, ou les nouvelles pénalités encourues ne seraient applicables que progressivement. A l'inverse, pourquoi le législateur n'aurait-il pas non plus le loisir d'affaiblir graduellement la répression lorsqu'il décide de supprimer une incrimination, d'en restreindre le domaine d'application ou d'en réduire les peines encourues ?

2 - Effectivement, lorsque l'on consulte les lois pénales de fond, on constate que certaines d'entre elles contiennent des dispositions transitoires au sens large du terme, qui dérogent aux principes régissant l'entrée en vigueur et l'abrogation des lois, et l'application dans le temps des lois pénales de fond. La plupart de ces dérogations sont destinées à retarder la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle au-delà de la date de leur publication et donc d'assurer la survie temporaire de la loi ancienne jusqu'à cette date, soit en fixant elle-même cette date, soit en subordonnant cette entrée en vigueur à un décret d'application (1), soit encore en remettant à une loi ultérieure le soin de fixer elle-même cette date (2).

(1) Cf. par ex. la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises dont l'article 243 prévoit que ses dispositions entreront en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le 1er janvier 1986.

(2) Tel est le cas des 4 lois du 22 juillet 1992 portant réforme du Code pénal dont l'article unique al. 2 énonçait que leurs dispositions entreront en vigueur à la date qui sera fixée par la loi relative à l'entrée

Quelques rares textes apportent encore des dérogations au principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces malgré la constitutionnalisation de ce principe (3). Il est sans doute impossible aujourd'hui de repérer une disposition transitoire qui dérogerait au principe constitutionnel de la non-rétroactivité pénale des lois nouvelles de fond plus sévères en raison d'une vigilance plus stricte en la matière des autorités qui ont le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel (4), encore qu'à l'occasion, la Chambre criminelle se charge d'assurer cette rétroactivité en la déguisant sous un vêtement d'apparence acceptable (5).

En revanche, s'agissant des *dispositions transitoires entendues au sens précis* indiqué précédemment (6), l'observation des mêmes lois, et plus spécialement des codifications ainsi que des grandes lois de révision du Code de 1810 qui sont a priori les plus susceptibles d'en contenir en raison de l'ampleur des modifications qu'elles comportent, ne révèle, selon toute apparence, aucune disposition de ce genre.

Le Code de 1810 n'en a aucune. Il se terminait par un article 484, sous le titre "Dispositions générales", qui énonçait que "Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code et qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les Cours et tribunaux continueront de les observer". Loin d'être une disposition transitoire, même au sens le plus large, c'était au contraire une disposition de maintien pour l'avenir des textes qui, n'intéressant qu'une classe de citoyens ou se rapportant à un objet particulier, concernent des matières qui font par elles-mêmes exception au droit commun et qui ont été ainsi jugées susceptibles d'être régies par des lois et règlements particuliers (7). Ainsi, si l'article 484 fait clairement entendre que l'on doit tenir pour abrogés tous les anciens règlements, toutes les anciennes lois qui portent sur des matières que le Code a réglées, quand bien même ces lois ou règlements prévoiraient des cas se rattachant à ces matières, mais sur lesquels le Code serait muet (8), il excluait aussi quantité de matières qui lui restaient étrangères et maintenait pour l'avenir les lois et règlements les régissant (9).

en vigueur du nouveau Code pénal. Cette loi en date du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation, avait fixé dans son article 373 cette entrée en vigueur au 1er septembre 1993. Ledit article a été modifié par la loi du 19 juillet 1993 qui a reporté cette entrée en vigueur au 1er mars 1994. Ce report a suscité des difficultés lorsqu'une loi votée entre le 16 décembre 1992 et le 19 juillet 1993 avait fixé la date d'entrée en vigueur de certaines de ses dispositions au 1^{er} septembre 1993, en harmonie avec la première date d'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Tel était le cas de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique. La jurisprudence a décidé, en l'espèce, que "si l'article 28 de cette loi fixait au 1^{er} septembre 1993 la date d'entrée en vigueur de certaines de ses dispositions, celles-ci ne pouvaient cependant recevoir application avant le 1^{er} mars 1994, date du report de l'entrée en vigueur du Code pénal, initialement fixée au 1^{er} septembre 1993" : Crim. 18 mai 1999, B. n° 99.

(3) Cf. infra n° 50.

(4) En revanche en matière de prescription de l'action publique, l'article 50 de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles déclare les nouveaux délais de prescription plus longs applicables aux infractions non encore prescrites lors de l'entrée en vigueur de la loi.

(5) Cf. Crim. 30 juin 1998, B. n° 209, Rev. sc. crim. 1999. 315 obs. Bouloc, et infra, n° 35 et 36.

(6) Cf. supra, n° 1. Désormais lorsque l'on emploiera l'expression "dispositions transitoires" ce sera toujours avec la signification restrictive définie au n° 1, sans qu'il soit nécessaire de le rappeler à chaque fois.

(7) Exposé des motifs, *Loire* t. 31, p. 255 et s..

(8) Avis du Conseil d'État du 28 février 1812.

(9) Tel a été le cas par exemple d'après la jurisprudence pour la loi des 28 sept. 6 oct. 1791 sur la police rurale, pour les dispositions du Code de brumaire an IV pour la répression des infractions aux règlements de police, antérieurement à la disposition du n° 15 ajouté à l'article 471 ACP par la loi du 28 avril 1832. Il arrive encore aujourd'hui que quelques rares textes antérieurs à 1810 soient appliqués par les juridictions pénales : Cf. Crim. 27 oct. 1993, B. n° 317, sur l'article 7 du décret du 22 avril 1790 imposant au débiteur de faire l'appoint en numéraire déclaré applicable au paiement de la redevance en matière de stationnement payant.

La loi du 28 avril 1832 qui constitue la première révision de ce Code se borne à énoncer (article 12 et 103) que les articles modifiés sont abrogés et remplacés par les nouveaux articles. Elle se termine certes par un paragraphe intitulé "Dispositions transitoires", mais celles-ci se bornent à décider qu'immédiatement après la promulgation de la loi, il sera publié une édition officielle du Code pénal et du Code d'Instruction criminelle, dans laquelle seront faites toutes rectifications ordonnées notamment par ladite loi.

La loi du 13 mai 1863 qui a modifié 65 articles du Code de 1810 et a été parfois considérée comme ayant opéré une seconde révision du Code initial est encore plus discrète que la précédente. Elle se borne à disposer dans son article unique : "les articles (suit la liste desdits articles) sont abrogés. Ils sont remplacés par les articles suivants : ...".

En 1958, une ordonnance n° 58-1298 du 23 décembre 1958 modifiant notamment certains articles du Code pénal a touché, à son tour comme une sorte de mini révision, une bonne cinquantaine d'articles du vieux Code. Elle ne comporte cependant aucune disposition transitoire et se borne à énumérer dans l'un des derniers articles les textes qu'elle abroge, tandis que les modifications et les compléments des articles retouchés sont énoncés au fil de ses dispositions (10).

On pourrait s'attendre du moins à trouver des dispositions transitoires nombreuses et précises, sinon dans le nouveau Code pénal de 1992 lui-même, du moins dans la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, dite, *brevitatis causa*, loi d'adaptation, entrée en vigueur qui, après plusieurs reports, a été fixée au 1er mars 1994.

La piste pourrait paraître de prime abord sérieuse. Quelques uns des articles relevant des "dispositions diverses" du titre V de ladite loi d'adaptation n'ont-ils pas été analysés par certains commentateurs sous la rubrique "Entrée en vigueur et dispositions transitoires" comme édictant des "dispositions particulières" au regard des principes généraux relatifs à l'application de la loi pénale dans le temps (11) ?

Leur examen conduit pourtant à conclure que la piste empruntée tourne à nouveau court dans la mesure où quasiment aucun d'entre eux n'emporte stricto sensu disposition transitoire de droit pénal de fond pour des raisons diverses que l'on peut rapidement énoncer.

La loi d'adaptation intéressant à la fois le droit pénal et la procédure pénale, il se peut tout d'abord que la disposition intéresse davantage celle-ci que celui-là. Tel est le cas de l'article 337 de la loi du 16 décembre 1992 relatif aux conditions d'exécution d'une peine d'interdiction de séjour prononcée par une décision devenue définitive à la date d'entrée en vigueur de la réforme.

Lorsqu'il s'agit de droit pénal de fond, c'est tel ou tel élément de la notion de disposition transitoire qui paraît faire défaut.

Ainsi lorsque l'article 371 prévoit que l'application des dispositions des articles 132-2 à 132-5 (nouveaux) du Code pénal relatives aux infractions en concours

(10) L'ordonnance n° 58-1296 de la même date modifiant et complétant le Code de Procédure pénale, dans son article 2, modifie également quatre articles du Code pénal. D'autre part, son article 6 prévoit un régime particulier pour les individus condamnés à titre définitif à l'emprisonnement correctionnel ou à la relégation lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Mais il s'agit d'un texte relatif à l'exécution des peines et des mesures de sûreté qui est considéré comme un texte de procédure pénale et non de droit pénal de fond.

(11) F. Desportes et F. Le Guehrec, "Entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Présentation des dispositions de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992", JCP, éd. G, 1993, Actualités n° 3, quant aux articles 337, 338, 370 et 371.

ne peut préjudicier aux personnes reconnues coupables de crimes ou de délits qui ont tous été commis avant le 1^{er} mars 1994, l'hypothèse de chevauchement entre les deux codes successifs ne se présente pas.

L'élément transitoire autrement dit l'existence d'une situation "à cheval" des lois ancienne et nouvelle apparaît en revanche de façon caractéristique dans le fameux article 338 de la loi d'adaptation visant "les infractions commises avant l'entrée en vigueur... mais jugées postérieurement à cette entrée en vigueur, de fabrication ou de production illicites de stupéfiants (12)... De tels faits, identiquement définis, étant punis plus sévèrement par l'article 222-35 nouveau du Code pénal (vingt ans de réclusion criminelle) que par l'ancien article L. 627 du Code de la santé publique (vingt ans d'emprisonnement) on peut suivre le législateur lorsqu'il pose dans ledit article 338 que ces infractions "demeurent" punies de vingt ans d'emprisonnement ; la précision s'expliquant par la volonté de "pallier les conséquences secondaires que pourrait avoir l'application d'un autre texte ne concernant pas le quantum des peines mais la possibilité pour le tribunal de les prononcer" (13), à savoir le nouvel article 131-4 du Code pénal relatif à l'échelle des peines fixant dorénavant à dix ans le maximum de l'emprisonnement correctionnel. Mais le système ainsi mis en place n'aboutit pas pour autant à une disposition transitoire stricto sensu faute d'instaurer un régime dérogatoire tant à celui de la loi ancienne qu'à celui de la loi nouvelle puisqu'il consacre la survie temporaire des pénalités anciennes plus douces.

Les explications précédentes se retrouvent encore mêlées dans l'article 370 de la loi d'adaptation aux termes duquel l'interdiction des droits civiques, civils ou de famille ou l'interdiction d'être jurés résultant de plein droit d'une condamnation pénale prononcée en dernier ressort avant l'entrée en vigueur de la loi demeurent applicables (14).

Au bout du compte on peut se demander si la loi d'adaptation ne contiendrait pas dans l'article 339 une disposition transitoire avortée qui aurait dégénéré en règle de fond. L'on sait que du fait de la nouvelle définition donnée par l'article 121-3 du Code pénal à l'élément moral de l'infraction et plus particulièrement de la volonté législative affichée de suppression des délits matériels, ce texte est venu prévoir que tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme demeurent constitués en cas d'imprudence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément. L'article 339 aurait ainsi pu constituer une disposition transitoire entre les anciens délits matériels tels que définis sous l'empire du Code de 1810 et leur future intégration dans le livre V du nouveau Code pénal consacré, après les personnes (15), les biens (16), la Nation l'État de la paix publique (17), aux "autres crimes et délits". Mais cette solution paraissant aujourd'hui abandonnée, force est de constater que l'article 339 édicte non seulement une disposition pénale plus douce au regard des situations transitoires mais au-delà une règle de fond applicable également aux faits postérieurs au 1^{er} mars 1994.

(12) Sur la seconde hypothèse visée par le texte "ou, lorsque ces faits ont été commis en bande organisée, d'importation ou d'exportation illicite de stupéfiants", cf. infra n° 46 et s.

(13) C. Guéry, "Réflexions sur l'article 338 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation", D. 1994, chron., p. 140, n° 22.

(14) On notera qu'alors que l'article 370 visait initialement les condamnations pénales "définitives" c'est, avant même l'entrée en vigueur commune du nouveau Code et de la loi d'adaptation, la loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 qui est venue le modifier pour viser plus largement les condamnations "prononcées en dernier ressort".

(15) Livre II.

(16) Livre III.

(17) Livre IV.

3 - La lecture de la *doctrine* laisse à son tour le chercheur sur sa faim. On ne trouve évidemment aucun développement sur les dispositions transitoires ainsi entendues en droit pénal de fond dans les manuels, traités et encyclopédies. Mais, même l'ouvrage spécialisé de référence en la matière, la thèse de doctorat d'André Vitu, "Des conflits de lois dans le temps en droit pénal" soutenue en 1945, fait silence sur la question. On peut certes y lire qu'un assez grand nombre de lois nouvelles sont assorties de dispositions transitoires dont le but est de régler les conflits qui naissent de leur mise en application" (n° 8, p. 12), mais les "dispositions transitoires" dont il s'agit sont celles qui dérogent aux principes généraux de solution des conflits de lois pénales dans le temps, et non celles qui intéressent notre recherche. Au demeurant la constitutionnalisation depuis lors des principes de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères et de la rétroactivité *in mitius* a sinon entièrement supprimé, du moins grandement diminué la constitutionnalité et donc l'utilité de telles dispositions dérogatoires.

4 - Il n'est pas douteux qu'un tel silence doctrinal et une telle absence législative ne manquent pas de faire problème. Pourquoi les changements du droit pénal de fond ne contiennent-ils pas habituellement de dispositions transitoires et comment se règle alors la "transition" de la loi ancienne à la loi nouvelle, en dehors du règlement des conflits traditionnels de lois pénales dans le temps ? Par ailleurs, n'existe-t-il pas, dans la réalité juridique, des situations plus ou moins complexes qui, sans comporter de dispositions transitoires expresses, aboutissent cependant au même résultat ?

Telles sont précisément les deux grandes questions que l'on va tenter d'éclaircir dans les pages qui suivent en examinant successivement l'absence de dispositions transitoires explicites (I) et le repérage de dispositions transitoires implicites (II).

I - L'ABSENCE DE DISPOSITIONS TRANSITOIRES EXPRESSES

5 - Les silences du législateur ne sont généralement pas sans cause. Même lorsque les raisons n'en sont pas exprimées, ils correspondent le plus souvent à une sorte de logique implicite. Tel est sans doute le cas de l'absence de dispositions transitoires dans les lois pénales de fond. Encore convient-il de discerner quelles sont les raisons précises de ce silence. Or, autant il est facile de le constater, autant il est quelque peu divinatoire de rattacher les données de l'observation à des facteurs explicatifs certains car on n'en trouve trace nulle part, sauf erreur de notre part. Il semble toutefois que l'on puisse expliquer le phénomène en recourant à deux sortes de facteurs qui agissent concurremment, d'une part les principes fondamentaux qui gouvernent l'établissement et le changement des lois pénales de fond (A), d'autre part les principes qui régissent les modes de transition de la loi ancienne à la loi nouvelle (B).

A - L'incidence des principes fondamentaux qui gouvernent l'établissement et le changement des lois pénales de fond

6 - L'établissement, comme le changement des lois pénales de fond, ne procèdent généralement pas d'un volontarisme arbitraire et abstrait. Ils correspondent à un certain nombre de raisons qui se reflètent dans divers principes dont certains sont clairement affirmés et bien connus mais dont d'autres sont implicites et mal connus, quoiqu'aussi réels et efficaces. Ces derniers sont des principes fondamentaux de la politique criminelle, les premiers sont des principes fondamentaux de la technique

juridique. Il semble bien que l'absence de dispositions transitoires expresses en droit pénal de fond trouve précisément son explication avant tout dans chacune de ces deux catégories de principes.

a) L'incidence des principes fondamentaux de la politique criminelle

7 - La politique des incriminations et des sanctions pénales est généralement fonction des valeurs essentielles qui sont partagées par la grande majorité de la population. Les incriminations désignent les multiples atteintes qui sont portées à ces valeurs par des actes de violence ou de fraude et les sanctions pénales expriment l'évaluation qui est faite de la gravité de ces diverses atteintes. On dit ainsi que le droit pénal remplit une double fonction, expressive et répressive : expressive, en ce qu'il affirme les valeurs essentielles et indique les actes qui leur portent atteinte ; répressive, en ce qu'il assortit cette indication de sanctions qui sont déterminées d'après l'évaluation de chaque comportement délictueux sur une échelle de gravité définie, ce que l'on appelle précisément l'échelle des peines (18).

8 - Ces données élémentaires de la science de la politique criminelle permettent déjà de comprendre pourquoi les lois pénales de fond sont peu compatibles avec la prévision de dispositions transitoires.

On comprend aisément que, lorsqu'il se produit une évolution notable dans la conception des valeurs essentielles à protéger dans la société, des infractions disparaissent du champ pénal (ex. l'adultère en 1975) et d'autres y apparaissent (ex. le harcèlement sexuel en 1992) ou voient leur champ d'application étendu (ex. l'abus de confiance qui, depuis le Code de 1992, ne suppose plus l'existence d'un contrat limitativement énuméré par le texte d'incrimination). On comprend également sans difficulté que lorsque l'évaluation socio-morale de la gravité des comportements incriminés vient à changer une loi nouvelle vienne elle-même modifier les peines encourues, soit dans le sens de l'aggravation (ex. la criminalisation du trafic organisé de stupéfiants par les articles 222-34 à 222-36 du nouveau Code pénal), soit au contraire dans celui de l'atténuation (ex. la correctionnalisation, par les articles 441-4 du même Code, du faux en écriture publique ou authentique sauf lorsqu'il est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, la peine criminelle encourue dans ce cas étant cependant moindre que dans l'ancien Code : 15 ans de réclusion criminelle au lieu de la réclusion à perpétuité).

Mais il y aurait contradiction ou incohérence à dire tout à la fois, dans une loi nouvelle, que telle ou telle valeur ayant cessé d'être considérée comme essentielle, les actes qui lui portaient antérieurement atteinte cessent désormais d'être pénalement sanctionnés, mais que, temporairement pour une période de 6 mois, 1 an..., ces conduites demeureront punissables d'une peine cependant moindre que celle qui les frappait antérieurement ; ou encore que tel comportement, jusque là non pénalement sanctionné, portant atteinte à une valeur considérée désormais comme essentielle dans notre société (par ex. la discrimination depuis 1972) et l'évaluation de sa gravité étant de la peine x, ce comportement sera désormais puni de cette peine, mais que pendant une période transitoire de 6 mois, 1 an ..., la peine encourue sera seulement de y, inférieure à la peine x. On pourrait reproduire le même raisonnement pour les cas de diminution comme d'aggravation des pénalités encourues. On sent bien qu'il est logiquement contradictoire de présenter à un même moment, dans la loi nouvelle, un même comportement comme étant à la fois sanc-

(18) Cf. R. Badinter, *Projet de nouveau Code pénal*, 1988, p. 10-11.

tionnable et non-sanctionnable, ou encore lourdement ou faiblement punissable. Une valeur est essentielle ou elle ne l'est pas, mais elle ne peut pas être à la fois l'un ou l'autre. Une évaluation de gravité d'un comportement est unique : elle ne peut pas être à la fois plus et moins grave. Le "flou du droit" si bien analysé par ailleurs (19) est certes une réalité d'observation, mais il ne signifie pas pour autant le culte de l'incohérence du système juridique. Comme son analyste l'a écrit : "il y a flou et flou" ... (20).

b) L'incidence des principes de la technique juridique

9 - Aux raisons de politique criminelle qui précèdent s'ajoutent d'autres raisons qui procèdent de la technique juridique elle-même. Il s'agit des principes de la légalité et de la nécessité des délits et des peines dans deux de leurs composantes : la non-rétroactivité des lois nouvelles plus sévères et la rétroactivité des lois nouvelles plus douces. Ces raisons qui existaient déjà depuis la consécration du principe de légalité à la Révolution de 1789 se trouvent aujourd'hui particulièrement renforcées depuis leur constitutionnalisation (21). Or, lorsqu'on analyse la manière dont chacune de ces deux règles pourrait se combiner avec des dispositions transitoires éventuelles, on s'aperçoit qu'elles ont pour effet de rendre ces dispositions soit inutiles, soit injustes et contre productives.

10 - 1/ Imaginons d'abord le texte d'abrogation d'un délit correctionnel quelconque qui serait assorti d'une disposition transitoire prévoyant que pendant une période de 6 mois, 1 an..., les mêmes faits seraient cependant punis des peines des contraventions de la 5ème classe (ou de tout autre classe de contraventions). De la sorte, on pourrait découper le temps de commission de cette infraction en 3 périodes : A - la période de l'incrimination délictuelle de la loi ancienne, B - la période temporaire de l'incrimination contraventionnelle prévue par la disposition transitoire de la loi nouvelle, C - la période de non incrimination prévue pour l'avenir par la disposition définitive de la loi nouvelle.

Quel sera alors l'effet du principe de la rétroactivité in mitius qui découle de celui de la nécessité des peines sur ces diverses situations ? La loi nouvelle rétroagissant dans le passé comme étant moins sévère, on observera que seront non punissables, non seulement les infractions commises dans la période C, mais également celles qui avaient été perpétrées au cours de la période B et même de la période A. Or, compte tenu d'une part du caractère temporaire de la période B (6 mois, 1 an...) et d'autre part de la lenteur de la procédure et du jeu des voies de recours, on peut avancer sans grand risque d'erreur qu'aucune des contraventions commises au cours de la période B, voire des délits correctionnels commis dans la fin de la période A, ne sera définitivement jugée avant d'avoir atteint la période C. C'est dire que le jeu du principe de la rétroactivité in mitius rend pratiquement inutile la disposition transitoire.

11 - 2/ S'agissant de l'incidence du principe de non-rétroactivité des lois nouvelles plus sévères, les choses se présentent de manière quelque peu différente mais ce principe concourt aussi à sa façon à l'explication de l'absence de dispositions

(19) Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986, 332 p.

(20) *Op. cit.*, p.330.

(21) Cons. const. 127 DC du 19-20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, D. 1982.J.441, note Dekeuwer, JCP. 1981.II.19701, note Franck ; Favoreu et Philip, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 9ème éd. 1997, p. 428 et s., sp. n° 8 et 9.

transitoires expresses en droit positif. Certes ce principe ne rend nullement inutile la prévision d'une disposition transitoire lors de la création d'une incrimination nouvelle, de l'extension du champ d'application d'une infraction existante ou de l'aggravation des pénalités qui la frappe. Si l'on reprend en effet la division du temps de perpétration des infractions en trois périodes, A, B, C, les faits commis au cours de la période A demeurent soumis à la loi applicable pendant cette période qui est la moins sévère et ceux commis au cours de la période transitoire B restent à leur tour soumis à la disposition transitoire de la loi nouvelle quelle que soit la date du jugement définitif ; en effet, quoique plus sévère que la loi de la période antérieure A, la disposition transitoire l'est moins que la loi nouvelle définitive de la période postérieure C. Finalement seraient soumises à la répression pleinement aggravée prévue par la disposition définitive de la loi nouvelle, les seules infractions commises à partir du début de la période C. Sur le terrain de l'utilité, la disposition transitoire présenterait donc un intérêt certain.

12 - En revanche, une telle disposition serait ressentie comme profondément *injuste* et c'est sur ce terrain que s'explique aussi sans doute l'absence de disposition transitoire expresse dans ce cas.

S'agissant de faits antérieurs à la loi nouvelle (période A), il est tout à fait normal qu'ils échappent à une répression qui n'était pas prévue par un texte au moment où les faits ont été commis. Le principe de la non rétroactivité des lois nouvelles plus sévères - comme plus largement le principe de la légalité des délits et des peines dont il est l'un des corollaires - repose en effet sur cette idée qu'il serait à la fois politiquement inacceptable et psychologiquement absurde de punir pour des faits qui n'étaient pas connus comme incriminés, ou comme ne l'étant pas aussi lourdement, au moment où ils ont été commis (22).

Mais à partir du moment où un fait déterminé a été désigné pour l'avenir comme délictueux et où l'évaluation de sa gravité a été faite par l'indication des peines désormais encourues, il y aurait quelque incohérence à prévoir, par une disposition transitoire, une répression de degré intermédiaire entre la loi ancienne et la loi nouvelle. Ce serait d'abord inciter en quelque sorte les délinquants en puissance à passer à l'acte pendant la période intermédiaire pour n'encourir qu'une peine inférieure pour un acte dont la plus grande gravité a été affichée par la disposition définitive : loin d'être dissuasif, le droit pénal deviendrait incitatif, ce qui est l'exemple même de la contre productivité. Ce serait aussi créer une disparité de traitement pénal entre les délinquants "transitoires" et les délinquants "définitifs", qui ne pourrait être ressentie par ces derniers à juste titre que comme injuste. Le principe de non rétroactivité des lois nouvelles plus sévères perd ici ses fondements et son application constituerait un véritable détournement de finalité. Ici encore par conséquent on perçoit une nouvelle raison de nature à expliquer l'absence de dispositions transitoires expresses dans le droit positif.

B - L'incidence des principes qui régissent les modes de transition de la loi ancienne à la loi nouvelle

13 - L'analyse des modes de transition de la loi ancienne de droit pénal de fond à la loi nouvelle de même objet ne paraît pas avoir spécialement retenu l'attention des auteurs. Certes lorsqu'ils étudient l'application de la loi pénale dans le

(22) Sur les fondements du principe de légalité, Cf. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, 7ème éd. 1997, n° 153.

temps, ils ne manquent pas de faire allusion à certains de ces procédés (23). Mais ces développements ont un caractère incident et dispersé dans le cadre de l'étude des deux grands principes qui gouvernent l'application des lois pénales dans le temps, la non rétroactivité des lois plus sévères et la rétroactivité des lois plus douces.

Pourtant, il n'est pas sans intérêt d'étudier ces modes de transition en eux-mêmes. Leur examen permet de mieux comprendre comment fonctionne le principe de la légalité des délits et des peines, ses effets, mais aussi ses limites. De plus - et c'est ce qui nous intéresse ici - il permet de mieux percevoir pourquoi le droit pénal de fond ne peut s'accommoder de dispositions transitoires véritables.

14 - Les modes de transition de la loi pénale ancienne à la loi nouvelle sont assez nombreux et de nature diverse. Ils se distribuent en *deux grandes catégories de cas* : les cas de *discontinuité* de la loi pénale et les cas de *continuité* la loi pénale. La question générale qu'ils posent par delà leur étude particulière est de savoir s'ils obéissent à quelque principe général ou s'ils ne constituent qu'une simple casuistique plus ou moins subtile, sans principe ni exceptions.

Or leur analyse respective conduit à penser qu'il existe bien un principe général qui régit la matière, le "*principe de discontinuité de la loi pénale*", à l'égard duquel les quelques cas de continuité ne font figure que d'*exceptions* (24).

a) Le "principe de discontinuité de la loi pénale" et l'absence de dispositions transitoires expresses

15 - Le "principe de discontinuité de la loi pénale" trouve son expression concrète à travers *trois grandes hypothèses* dont aucune ne paraît laisser de place à des dispositions transitoires.

16 - 1/ La première hypothèse, qui est en même temps la plus évidente, est celle de l'abrogation pure et simple de la loi d'incrimination ou de la loi de pénalité. En pareil cas, l'abrogation opère par elle-même ; elle marque la discontinuité de la loi pénale. S'il s'agit de l'abrogation de la loi d'incrimination, les faits commis sous l'empire de la loi ancienne et non définitivement jugés ne sont plus punissables par la vertu de la loi abrogative, faute de support légal. S'il s'agit de l'abrogation de la loi qui prévoyait une peine déterminée, cette dernière n'est pas applicable aux auteurs des faits commis sous l'empire de la loi ancienne et non encore définitivement jugés, faute également de support légal.

17 - Deux exemples récents, parmi d'autres, permettent d'illustrer le phénomène dans sa double dimension.

Abrogation de la loi d'incrimination - L'article 33 de la loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat a abrogé la loi du 30 décembre 1906 sur les ventes au déballage qui soumettait ces ventes à une autorisation spéciale du maire. En conséquence la Chambre criminelle a

(23) Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, 7ème éd. 1997, n° 257 ; Desportes et Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, *Droit pénal général*, 5ème éd. 1998, n° 318 ; W. Jeandidier, *Jcl. pénal*, Art. 112-1 à 112-4, *Application de la loi pénale dans le temps*, 1998, n° 19 et s..

(24) Un arrêt de la Chambre criminelle du 4 septembre 1990 B. n° 309 énonce certes que le "principe" a été méconnu ... à propos de l'un des cas de continuité, mais on sait que la Cour de Cassation emploie souvent le terme "principe" pour énoncer, non pas un principe général du droit, mais simplement une règle particulière issue d'un texte de loi ou même une solution à portée limitée.

décidé, dans deux arrêts rendus en 1997 (25), que la loi nouvelle qui abroge une incrimination pénale, s'appliquant aux faits commis avant son entrée en vigueur mais non définitivement jugés, les condamnations prononcées par les Cours d'appel pour ventes sans autorisation municipale manquent de support légal et doivent donc être cassées, sauf application de la théorie de la peine justifiée si une autre infraction a été retenue par les juges du fond (26).

Abrogation de la loi de pénalité - L'amende proportionnelle en matière de faux en écriture prévue par l'article 164 de l'ancien Code pénal a été abrogée à compter du 1er mars 1994 par les articles 372 et 373 de la loi du 16 décembre 1992 modifiée. Aussi par un arrêt du 16 mai 1994 (27), la Chambre criminelle a annulé partiellement par voie de retranchement sans renvoi un arrêt de Cour d'appel du 4 juin 1993 qui avait condamné le prévenu d'un usage de faux entre autres peines à une amende en application de l'article 164 de l'ancien Code pénal au motif que ce texte abrogé à compter du 1er mars 1994 "n'a été remplacé par aucune disposition du Code pénal entré en vigueur à cette date" (28).

18 - On remarquera que pour justifier cette solution, la jurisprudence se fonde habituellement, non pas seulement sur l'effet extinctif de la loi d'abrogation qui fait disparaître le "support légal" de l'incrimination ou de la sanction, mais également - voire principalement - sur la règle de la rétroactivité in mitius énoncée aujourd'hui dans l'article 112-1 al. 3 du Code pénal (29). En réalité, cette motivation, qui ajoute à la constatation de l'effet abrogatoire pur et simple de la loi ancienne par la loi nouvelle, paraît superfétatoire. Elle néglige le fait qu'en matière pénale, s'il est sans doute excessif de soutenir que "l'infraction n'a pas de valeur juridique propre" et que "c'est le jugement répressif qui est le seul élément possédant une valeur juridique" (30) c'est ce jugement seul qui crée la situation juridique de condamné. Déclaratif quant à l'affirmation de la culpabilité du prévenu, il est constitutif en ce qui concerne sa condamnation (31). Aucune condamnation ne peut donc intervenir après l'abrogation de la loi pénale qui lui sert de support juridique, sans qu'il soit nécessaire de faire appel au principe de la rétroactivité in mitius. Le recours à ce principe ne s'impose que lorsque la loi nouvelle reprend une incrimination déjà prévue dans la loi ancienne, mais prévoit des peines moindres que celle-ci (32).

(25) Crim. 18 juin 1997, B. n° 243 ; 17 déc. 1997, B. n° 435. Dans la première espèce, l'arrêt de la Cour d'appel (6 février 1996) était antérieur à la loi abrogative du 5 juillet 1996 ; aussi la Chambre criminelle a estimé que cet arrêt n'encourait aucune censure pour avoir ainsi statué à la date de la décision, mais qu'il manquait désormais de support légal et devait en conséquence être annulé. Dans la seconde espèce en revanche, l'arrêt de la Cour d'appel (31 octobre 1996) était postérieur à la loi abrogative et la Chambre criminelle énonce en conséquence que "c'est à tort que les juges ont ainsi statué en matière de soldes".

(26) Crim. 17 déc. 1997 précité. L'autre infraction retenue était la publicité de nature à induire en erreur. Pour d'autres illustrations, Crim. 16 déc. 1985, B. n° 404 ; 10 mars 1986 (Arrêt n° 1), B. n° 97 ; 6 janvier 1987, B. n° 3 ; 26 janvier 1987, B. n° 38.

(27) B. n° 183.

(28) Pour d'autres exemples, Crim. 2 mars 1976, B. n° 78 (Loi supprimant une peine complémentaire) ; Crim. 21 oct. 1987, B. n° 360 et 18 fév. 1992, B. n° 76 (Loi limitant l'interdiction judiciaire du territoire français).

(29) Cf. les arrêts précités. Adde, Crim. 17 mai 1989, B. n° 205 (recel de banqueroute simple abrogée par la loi du 25 janvier 1985).

(30) En ce sens, A. Vitu, Des conflits de lois dans le temps en droit pénal, thèse, Nancy 1945, n° 73 et s..

(31) Cette distinction se reflète dans la rédaction même du dispositif des jugements et arrêts de Cour d'appel : "Par ces motifs, déclare X... coupable des faits qui lui sont reprochés. En répression, le condamne à la peine de... etc...".

(32) Cf. Crim. 2 mars 1987, B. n° 103. La même solution s'applique lorsque la loi nouvelle, après l'abrogation de principe de la loi ancienne, maintient en vigueur à titre transitoire l'infraction ancienne

D'ailleurs l'article 6 alinéa 1 du Code de Procédure pénale range l'abrogation de la loi pénale parmi les causes d'extinction de l'action publique. C'est au demeurant le fondement qui avait été retenu par la Chambre criminelle pour expliquer que l'émission de chèque sans provision avait cessé d'être répréhensible à la suite de la modification de l'article 66 du décret du 30 octobre 1935 par l'article 9 de la loi du 30 décembre 1991 (33). C'est également l'opinion défendue par certains auteurs (34). Mais quoiqu'il en soit du fondement de la solution, on perçoit aisément que ni l'un ni l'autre ne laissent place à l'idée de disposition transitoire expresse. On ne peut même pas parler véritablement de transition ; c'est plutôt de *rupture du pénal* qu'il conviendrait de parler.

19 - 2/ Une observation comparable peut être faite à propos du deuxième cas de discontinuité de la loi pénale qui se présente lorsqu'il s'écoule un certain temps entre d'une part la date de l'abrogation de la loi ancienne d'incrimination et d'autre part celle de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle de même nature. L'existence d'un espace de temps, même très bref, entre les deux textes suffit à entraîner une solution de continuité entre les deux incriminations, même si elles sont exactement semblables : un "vide non pénal" sépare ainsi deux "pleins pénaux", on peut parler de vide transitionnel (35).

20 - Le cas de la police de la circulation routière illustre bien ce cas de transition de la loi ancienne à la loi nouvelle. L'article R. 232-2° du Code de la route, dans sa version antérieure à un décret du 28 août 1991, disposait que constitue une contravention de la 4ème classe toute violation des dispositions dudit Code relatives à la vitesse des véhicules à moteur (contravention de défaut de maîtrise). Le décret de 1991 précité a remplacé ce texte par une disposition qui ne sanctionne de la contravention que les seuls dépassements de vitesse excédant un certain plafond (20 km lorsque la vitesse autorisée est inférieure à 130 km/heure et 30 km lorsqu'elle est de 130 km/heure). Mais ultérieurement un décret du 23 novembre 1992 est venu modifier à nouveau l'article R. 232-2° en disposant qu'est puni des peines de la contravention de la 4ème classe le conducteur qui a contrevenu aux dispositions du Code concernant la vitesse soit lorsque cette vitesse n'a pas été réduite conformément à ses dispositions, soit lorsque la vitesse constatée est supérieure de 30 km ou plus à la vitesse maximale autorisée (36). Ce nouveau décret a ainsi rétabli la contravention de défaut de maîtrise par l'un de ses termes ("lorsque cette vitesse n'a pas été réduite conformément aux dispositions du Code de la route").

Saisie d'un pourvoi à la suite de condamnations pour défaut de maîtrise pour des faits antérieurs au remplacement du décret de 1991 mais prononcées postérieurement à celle-ci, y compris après la publication du décret du 23 novembre 1992 qui a rétabli la contravention, la Chambre criminelle a cassé ces condamnations sur

(sous la forme d'arrêtés ministériels par exemple), mais prévoit une peine moins sévère pour la répression définitive de la nouvelle infraction qui la remplace : Crim. 23 fév. 1987, B. n° 88, 2 mars 1987, B. n° 104 ; 15 juin 1987, B. n° 250.

(33) Crim. 30 janvier 1992, B. n° 40. Voir encore antérieurement Crim. 28 nov. 1974, B. n° 356 (exercice illégal de l'art dentaire) ; 3 janvier 1983, B. n° 1 (infractions douanières) ; 5 juin 1984, B. n° 210 et 10 déc. 1985, B. n° 399 (travail temporaire) ; 22 avril 1986, B. n° 137 (exercice illégal de la profession de géomètre-expert).

(34) Cf. note F. Derrida s/Aix-en-Provence 11 fév. 1986, D. 1986.J.150 (n° 3).

(35) Il en va autrement toutefois si la loi nouvelle est rétroactive au mépris du principe de légalité, faute d'avoir été soumise au contrôle de constitutionnalité. En ce sens Crim. 12 juin 1989, D. 1989.J.585, rapport Souppé et note Derrida cassant Paris 3 fév. 1988, D. 1988, D. 1988.J.402, note Derrida, Gaz. Pal. 1988.I.215, note Marchi.

(36) Le texte a été modifié à nouveau par un décret du 5 mai 1994 et par un décret du 24 mars 1998.

moyen relevé d'office et pris de la violation de l'article 6 du Code de Procédure pénale, dès lors que la contravention de défaut de maîtrise n'était plus réprimée depuis l'entrée en vigueur du décret du 28 août 1991 et quoiqu'elle ait été rétablie par le décret du 23 novembre 1992 (37).

L'arrêt du 24 novembre 1993 qui a cassé un arrêt de Cour d'appel rendu le 5 août 1992, donc avant le rétablissement de la contravention de défaut de maîtrise, n'a rien de significatif en ce qui concerne le mode de transition actuellement examiné ; se fondant sur la règle selon laquelle "une disposition pénale nouvelle qui abroge le texte réprimant une infraction s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés", il entre en réalité dans le premier cas de discontinuité de la loi pénale, le cas d'abrogation pure et simple de la loi d'incrimination qualifiée de "rupture du pénal". En revanche, l'arrêt du 2 mars 1994 qui casse une décision de Cour d'appel du 12 mai 1993, donc rendue postérieurement au rétablissement de la contravention de défaut de maîtrise, illustre parfaitement l'hypothèse du "vide transitionnel" : "Attendu, déclare-t-il, qu'aucune peine ne saurait être prononcée lorsque les faits poursuivis, bien qu'entrant dans les prévisions de deux textes répressifs successifs applicables respectivement à la date de leur commission et à celle de leur jugement, ont échappé à toute incrimination entre l'abrogation du premier de ces textes et l'entrée en vigueur du second" (38). Il tombe alors sous le sens que le "vide transitionnel" est antinomique de toute disposition transitoire expresse.

21 - L'espace de temps qui sépare l'abrogation de la loi ancienne de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle peut-il toutefois être réduit au point de n'être plus qu'un "instant de raison" ? C'était l'une des questions soulevées par la réforme du droit des procédures collectives par la loi du 25 janvier 1985. En l'espèce, l'article 238-2° de cette loi disposait que les "articles 1 à 149 et 160 à 164 de la loi du 13 juillet 1967 (dont les articles 126 à 148 relatifs aux banqueroutes) étaient abrogés. Parallèlement, son article 240 alinéa 1 décidait que les dispositions de la loi nouvelle, et par conséquent celles qui sont relatives aux délits de banqueroute (article 196 et suivants) ne seraient applicables qu'aux procédures ouvertes après leur entrée en vigueur et l'article 243 précisait que les dispositions de la loi entreraient en vigueur à une date fixée par décret qui a été celle du 1er janvier 1986 (article 199 du décret du 27 décembre 1985). Il y avait donc en apparence *solution de continuité* entre l'incrimination de la banqueroute dans la loi ancienne de 1967 et dans la loi nouvelle de 1985.

Ce *hiatus* législatif, volontaire semble-t-il et non par inadvertance, n'a pas manqué d'être relevé par certains auteurs qui ont soutenu que les faits de banqueroute consommés sous l'empire de la loi de 1967 cessaient d'être punissables sous le

(37) Crim. 24 nov. 1993, B. n° 356, D. 1994. Som. Com. 259, obs. P. Couvrat et M. Masse, Rev. sc. crim. 1994, B. n° 86 ; 26 oct. 1994, B. n° 344. Toutefois, l'application des pénalités prévues par l'ancien article 320 (aujourd'hui art. 222-19 CP) n'étant pas subordonnée à l'existence d'une contravention légalement punissable, la circonstance que le défaut de maîtrise s'est trouvé dépourvu de sanction pénale, par l'effet de l'abrogation du texte qui l'incriminait, n'a pas mis obstacle à ce qu'il soit retenu comme l'un des éléments constitutifs du délit de blessures involontaires (Crim. 28 juin 1995, B. n° 242).

(38) L'arrêt du 26 octobre 1994 concerne un troisième cas de figure en ce que l'arrêt de condamnation de la Cour d'appel pour défaut de maîtrise avait été rendu le 11 décembre 1989, donc avant même l'abrogation du décret de 1991. L'arrêt de la Chambre criminelle a donc décidé que si l'arrêt attaqué n'encourait aucune mesure pour avoir statué comme il l'a fait au jour de la décision, il n'en devait pas moins être annulé en raison de l'abrogation de la contravention de défaut de maîtrise par le décret du 28 août 1991. Toutefois cet arrêt contribue à la "théorie du vide transitionnel" en ajoutant in fine : "Et attendu qu'il ne reste rien à juger, les faits, objets de la poursuite, ne pouvant relever des nouvelles dispositions pénales instituées par le décret du 23 novembre 1992".

régime de la loi de 1985, non seulement lorsque les incriminations avaient été abandonnées par cette dernière (ex. défaut de déclaration au greffe dans les 15 jours de la cessation des paiements), ce qui allait de soi, mais également lorsqu'elles avaient été reprises par la loi nouvelle (ex. dissimulation ou détournement de l'actif du débiteur) (39). Mais cette interprétation littérale n'a pas été retenue par la Chambre criminelle (40) approuvée par une autre partie de la doctrine (41). Pour la Cour de cassation, il semble que la fixation de la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle au 1er janvier 1986 n'a pas eu d'autre effet que de substituer la loi nouvelle à l'ancienne de sorte qu'elle s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non encore définitivement jugés, dès le moment où ils entrent à la fois dans les prévisions de chacune des deux lois. Aucune explication satisfaisante n'a été donnée de cette solution à propos d'un texte qui posait, il est vrai, une question autrement plus importante (42).

22 - 3/ La troisième application du principe de discontinuité de la loi pénale est sans doute celle qui est la plus significative en même temps que la plus subtile, car elle se trouve à la marge des cas exceptionnels où il y a continuité. Elle concerne certes les cas où il existe entre l'incrimination qui est prévue par la loi nouvelle et celle qui était visée par la loi ancienne une grande disparité. Mais elle s'applique également à ceux où l'on observe entre les deux incriminations, en même temps qu'une grande ressemblance, une certaine différence qui fait que les faits qui ont été commis sous l'empire de la loi ancienne ne peuvent plus tous entrer de manière exacte dans les prévisions de la loi nouvelle. Que la loi ancienne ait été abrogée de manière expresse par la loi nouvelle ou que son abrogation résulte tacitement de son incompatibilité avec cette dernière, tout se passe comme si les deux textes étaient séparés par un "instant de raison" qui opère rupture, sans solution de continuité entre eux. Du fait de cette discontinuité, les faits commis sous l'empire de la loi ancienne abrogée ne pourront pas être réprimés sous celui de la loi nouvelle, fut-elle même une loi plus douce ; l'effet énergique de l'abrogation s'y oppose ; le principe de discontinuité opère ici encore. Par voie de conséquence, toute idée de disposition transitoire expresse se trouve elle-même exclue. On peut parler pour cette hypothèse de "vide transitionnel virtuel", par différenciation avec le "vide transitionnel réel" évoqué dans le deuxième cas de discontinuité (43).

23 - Ce mode de transition de la loi ancienne à la loi nouvelle a un caractère général. On l'observe non seulement dans les solutions du droit pénal ordinaire que l'on pourrait appeler "droit pénal de plein exercice", mais également dans celles des droits pénaux marginaux, ou "quasi-droits pénaux" dont les contraventions de grande voirie sont une variété. Ces dernières solutions montrent toute l'ampleur que peut atteindre le principe de discontinuité de la loi pénale.

24 - S'agissant du *droit pénal ordinaire*, il y a discontinuité chaque fois que les éléments constitutifs de l'infraction prévue par la loi nouvelle diffèrent quelque peu de ceux qui résultaient de la loi ancienne. La jurisprudence a appliqué la solution par exemple à l'incrimination d'outrage aux bonnes mœurs par message pornographique qui était prévue par les articles 283 et suivants de l'ancien Code et que

(39) Cf. notes F. Derrida, D. 1986. J. 182 et 1988. J. 37.

(40) Crim. 10 mars 1986, D. 1986. J. 182.

(41) Obs. Roujou de Boubée, D. 1986.IR.407 ; Obs. Vitu, Rev. sc. crim. 1988.77 sur Crim. 6 janvier 1987, B. n° 3.

(42) Cf. infra, n° 39.

(43) Cf. supra, n° 19.

l'article 227-24 du Code de 1992-1994 a limité au cas où le message est "susceptible d'être vu ou perçu par un mineur" (44), ou encore au délit d'abandon de famille dont les dispositions de l'article 357-2 ancien du Code pénal qui présumaient volontaire le défaut de paiement de la pension n'ont pas été reprises par l'article 227-3 du nouveau Code qui impose aux juges de caractériser l'élément intentionnel du délit (45) (46). Dans les deux espèces précitées, la Chambre criminelle fonde sa solution sur le principe de la rétroactivité *in mitius* de l'article 112-1 du Code pénal ; mais cette motivation est inutile et même inexacte. En effet la relaxe du prévenu est la conséquence pure et simple de l'abrogation du texte ancien d'incrimination et de l'extinction de l'action publique en cours d'exercice ; admettre le contraire serait faire survivre la loi ancienne d'incrimination contrairement au principe de légalité (47). Le recours à la rétroactivité *in mitius* n'a de sens que lorsqu'il y a exceptionnellement continuité de l'incrimination entre la loi ancienne et la loi nouvelle pour étendre les dispositions plus douces de cette dernière aux faits commis sous l'empire d'une loi ancienne plus sévère. Au demeurant lorsque le législateur n'a pas prévu d'abrogation expresse, la jurisprudence retient le jeu de la discontinuité en se fondant sur le simple fait de l'incompatibilité entre le texte ancien et le texte nouveau sans faire appel à la rétroactivité *in mitius* : "Attendu que cessent d'être applicables aux poursuites en cours les dispositions des lois et règlements, même non expressément abrogées dans la mesure où elles sont inconciliables avec celles d'une loi nouvelle ou d'une convention internationale" (48). Comme on le voit, il n'y est nullement question de rétroactivité *in mitius* (49).

25 - Pour ce qui est des *droits pénaux marginaux*, un arrêt récent du Conseil d'État rendu en matière de contraventions de grande voirie illustre bien la force du principe de discontinuité (50). En l'espèce, les articles L. 69-1, L. 70 et L. 71 du Code des postes et télécommunications prévoyaient que la dégradation ou la détérioration du réseau souterrain des télécommunications de l'exploitant public ou l'atteinte à son fonctionnement constituaient des contraventions de grande voirie et les articles R. 43 et R. 44 du même Code disposaient à leur tour que la dégradation d'une installation du réseau aérien des télécommunications du même exploitant public était punie d'une amende et poursuivie et jugée comme en matière de grande voirie. L'ensemble de cette législation répressive était destiné à apporter une protection particulière aux biens de l'exploitant public France Télécom résultant de leur soumission au régime des contraventions de grande voirie.

Or, l'article 13 de la loi du 26 juillet de réglementation des télécommunications a abrogé expressément les articles L. 69-1, L. 70 et L. 71 dudit Code et institué une nouvelle infraction pénale qui punit d'une amende de 10.000 F le fait de déplacer, détériorer, dégrader de quelque manière que ce soit une installation d'un réseau de télécommunications ouvert au public ou de compromettre le fonctionnement d'un tel réseau. D'autre part, le Conseil d'État, considérant que ce texte avait entendu mettre fin pour l'avenir de manière générale à la protection particulière dont

(44) Crim. 5 avril 1995, B. n° 150.

(45) Crim. 28 juin 1995, B. n° 243.

(46) Voir encore : en matière de violation d'arrêté d'expulsion (Crim. 5 avril 1995, B. n° 148) ; de malversation par syndic à la liquidation des biens (Crim. 20 oct. 1986, B. n° 296) ; d'exercice illégal d'activité de banquier (Crim. 16 déc. 1985, B. n° 404).

(47) Pour un cas de survie de la loi ancienne d'incrimination violant directement le principe de légalité et présenté à tort à notre avis comme une simple dérogation au principe de la rétroactivité *in mitius*, Cf. article 110 de la loi du 17 juillet 199, *infra*, n° 50.

(48) Crim. 21 mai 1992, B. n° 203, JCP.1993.II.21985, note J. Pannier ; 12 juin 1995, B. n° 213.

(49) V. cependant, Crim. 26 mars 1998, B. n° 116.

(50) C.E. 23 avril 1997, Préfet de la Manche, Rec. Leb., JCP.1997.IV. n° 2128, obs. M.C. Rouault.

bénéficiaient les biens de l'exploitant public France Télécom a estimé que les articles R.43 et R.44 précités étaient incompatibles avec les dispositions de l'article 13 de la loi de 1996 et se trouvaient donc implicitement abrogés.

Saisi alors d'infractions à ces derniers textes commises avant l'entrée en vigueur de la loi de 1996 mais n'ayant pas encore donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée, le Haut Conseil a estimé que les contrevenants n'étaient plus punissables à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi de 1996 ; l'amende prévue par les textes, quoique prononcée par le juge administratif, ayant le caractère d'une punition soumise au principe de la nécessité des peines de l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789.

26 - On observe dans ce cas une application de discontinuité qui repose sur la différence de finalité et donc d'éléments constitutifs, entre les infractions anciennes abrogées et l'infraction nouvelle créée en remplacement par l'article 13 de la loi de 1996. La solution aurait sans doute été différente si les éléments constitutifs avaient été rigoureusement les mêmes (51), le principe de discontinuité de la loi pénale souffrant exception dans cette hypothèse.

b) Les exceptions de continuité de la loi pénale et l'absence de dispositions transitoires expresse

27 - La pratique jurisprudentielle, peu favorable à la discontinuité de la loi pénale, apporte deux exceptions au principe de discontinuité qui sont quelquefois confondues en doctrine (52), mais qu'il est nécessaire de distinguer car elles ne correspondent ni aux mêmes situations ni aux mêmes justifications et n'engendrent pas les mêmes difficultés de mise en œuvre : la succession de lois "à droit constant" et la succession de lois "à droit équivalent". Ici encore les modes de transition de la loi ancienne à la loi nouvelle excluent l'idée de dispositions transitoires expresse, mais pour des raisons diamétralement opposées aux cas précédents, la continuité de la loi ancienne à la loi nouvelle et non pas la rupture, la solution de continuité entre l'une et l'autre.

1) L'exception de la succession de lois "à droit constant"

28 - La pratique législative et réglementaire récente dite de "codification à droit constant" (53), destinée à répondre à l'inflation des lois par des codifications organisées de façon thématique, faciles à mettre à jour et permettant à tous les intéressés de connaître à tout moment l'état complet de la législation, concerne le droit pénal de fond comme les autres branches du droit. Dès lors la question n'a pas manqué de se poser de savoir si l'abrogation de la loi à la suite de sa codification à droit constant devait aussi obéir au principe de discontinuité de la loi pénale.

29 - La jurisprudence de la Chambre criminelle en a décidé autrement en énonçant que "l'abrogation d'une loi à la suite de sa codification à droit constant ne modifie ni la teneur des dispositions transférées ni leur portée". Un arrêt de Cour d'appel (Colmar, 19 juillet 1995) contre lequel le pourvoi a été rejeté et dont la mo-

(51) Sous réserve de la difficulté soulevée par le transfert de la compétence du juge administratif au juge pénal qui résulte de l'article 13 de la loi de 1996, mais que le Conseil d'État n'a pas eu à examiner en raison de la discontinuité qu'il a retenue.

(52) Voir par exemple Merle et Vitu, *op. cit.*, n° 257, p. 349

(53) B. Beignier (sous la direction de ...), La codification, Dalloz, 1996 ; M. Suel, Essai sur la codification à droit constant, éd. du Journal officiel, 2ème éd. 1995.

tivation a été reprise dans l'arrêt de rejet précise encore davantage la solution : "ni le principe de légalité des délits et des peines ni le principe de la non-rétroactivité des lois ne font obstacle à ce qu'une loi nouvelle s'applique à des faits incriminés par une loi ancienne sous l'empire de laquelle ils ont été commis dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction poursuivie et sa répression sont identiques" (54). La jurisprudence a ainsi créé une exception au principe de discontinuité.

C'est la création du Code de la consommation par la loi du 26 juillet 1993 qui a été essentiellement l'occasion de cette innovation jurisprudentielle. Le premier arrêt a concerné, semble-t-il, les dispositions de la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications transférées dans ledit Code et abrogées par voie de conséquence par la même loi du 26 juillet 1993 (55). A suivi un arrêt du 12 juin 1995 (56) pour les dispositions de l'article 30 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relatives à la vente sous condition de produits ou prestations de services à un consommateur, sanctionnées par une peine contraventionnelle d'amende (57), qui ont été transférées dans l'article L. 122-1 du Code de la Consommation et abrogées corrélativement ; la Chambre criminelle précise dans cet arrêt que le nouvel article L. 122-1 a maintenu cette infraction sans ajouter de nouveaux éléments constitutifs ni modifier les peines applicables sous l'ancien comme sous le nouveau texte, ce qui implique que, dans le cas contraire, il y aurait eu application du principe de discontinuité (58). La même solution a encore été retenue à propos de l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 relatif à la publicité trompeuse transféré dans les articles L. 121-1 et suivants du Code de la Consommation, de l'article 28 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la publicité des prix devenu l'article L. 113-3 du même Code (59) et de la loi du 23 juin 1989 réglementant les loteries publicitaires, dont l'article 5, qui avait fait l'objet du décret d'application du 22 août 1990, a été à son tour transféré dans les articles L. 121-36 et suivants du même Code (60).

30 - Cette exception au principe de discontinuité emporte notamment deux conséquences importantes, outre l'application pure et simple de la loi pénale nouvelle aux faits commis sous l'empire de la loi ancienne.

En premier lieu, lorsqu'une disposition de la loi abrogée et transférée dans un Code à droit constant assortit de sanctions pénales la violation de décrets pris en application de celle-ci, ces décrets demeurent applicables et leur méconnaissance continue à être pénalement sanctionnée (61). La même solution devrait être étendue au cas où la codification concernerait des décrets prévoyant des peines contraventionnelles et où leurs dispositions elles-mêmes feraient l'objet d'arrêtés d'application ; ces arrêtés continueraient à être pénalement sanctionnés. Dans le cas de discontinuité de la loi pénale au contraire, les décrets ou arrêtés d'application cessent d'être applicables faute de texte de support s'ils sont inconciliables avec la loi nouvelle et, en toute hypothèse, ils cessent d'être pénalement sanctionnés.

En second lieu, lorsque la sanction pénale de la disposition substantielle résulte elle-même d'un décret d'application, l'incrimination contraventionnelle

(54) Cf. crim. 16 oct. 1996, B. n° 367

(55) Crim. 4 mai 1995, B. n° 163, Rev. sc. crim. 1996.111, obs. Bouloc.

(56) B. n° 212.

(57) Contravention de la 5ème classe prévue par l'article 33 du décret d'application du 29 décembre 1989.

(58) Cf. supra, n° 23.

(59) Crim. 20 déc. 1995, B. n° 395.

(60) Crim. 16 oct. 1996, B. n° 367, Dr. pén. avril 1997.

(61) Crim. 4 mai 1995 et 16 oct. 1996 précités. Adde : S. Cimamonti, Législation par référence et nouveau Code pénal, Rev. recherche juridique, Cahiers de méthodologie juridique, n° 12, 1997-4, p. 1253 et s., sp. 1266.

subsiste (62). Cette solution trouve son appui dans le principe général selon lequel les règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils procèdent tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou ne sont pas inconciliables avec les règles tracées par une législation postérieure (63).

31 - Pour expliquer cette exception, la Chambre criminelle parle de *transfert* de l'incrimination dans le nouveau Code (64) ou encore de maintien de l'infraction dans le nouveau texte (65) et d'abrogation en suite du transfert ou du maintien. En matière commerciale, un arrêt de la Chambre commerciale du 13 mai 1997 (66) rendu à propos du Code de la propriété industrielle créé par la loi du 1er juillet 1992 explique également que c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que la loi nouvelle qui a codifié à droit constant n'a pas eu pour effet d'abroger les textes antérieurs codifiés, même implicitement.

32 - La solution est approuvée par certains auteurs qui considèrent que "l'abrogation de la loi ancienne intervenue par suite de la codification à droit constant n'est qu'une abrogation formelle, et non une suppression de la" (67). D'autres jettent sur elle un regard plus distant, sinon ironique : "Évoquer des dispositions transférées là où il y avait eu abrogation des lois anciennes et promulgation d'un Code nouveau, c'est faire comme si de rien n'était du point de vue normatif ; la Cour glisse sur la succession formelle des textes pour ne retenir que l'existence maintenue de dispositions de fond, que l'on peut appliquer dans n'importe lequel de leur état" (68). Mais d'autres auteurs encore dénoncent les pièges de la "codification à droit constant" car elle peut couvrir parfois de véritables créations législatives (69), soit qu'elle fasse revivre par inadvertance des textes abrogés (70), soit qu'elle consacre par inattention puisqu'on est censé codifier à droit constant, des dispositions devenues entre temps inconstitutionnelles (71). Mais quoiqu'il en soit de ces appréciations, la notion de transfert et a fortiori celle de maintien de l'infraction ancienne dans le nouveau Code ne laissent pas de place à l'idée de disposition

(62) Crim. 12 juin 1995, précité.

(63) Crim. 20 mai 1887, B. n° 202 et jurisprudence ultérieure constante.

(64) Crim. 4 mai 1995, précité.

(65) Crim. 12 juin 1995, précité.

(66) D. 1997.IR.152.

(67) B. Bouloc, obs. Rev. sc. crim. 1996.111.

(68) R. Libchaber, Rev. trim. dr. civ. 1997, 778.

(69) J.-H. Robert, obs. s/Crim. 12 oct. 1994, Dr. pén. janvier 1995, Comm. n° 9.

(70) Ainsi la loi n° 91-363 du 15 avril 1991 relative notamment à la partie législative du livre II du Code rural a donné "force de loi, dans leur rédaction en vigueur à la date de la présente loi" aux dispositions contenues dans la partie législative du Livre II (nouveau) du Code rural annexé au décret n° 89-804 du 27 octobre 1989. Or l'article 377 ancien du Code rural avait été abrogé par une loi du 23 janvier 1990, de sorte que la codification administrative du Code rural par le décret de 1989 qui en reprenait la substance dans l'article L. 228-10 était devenue, sur ce point, illégale. L'attribution par la loi du 15 avril 1991 de la force législative à la totalité de la codification administrative du décret du 27 octobre 1989 a ainsi fait revivre un texte cependant abrogé depuis plus d'une année, sous le couvert d'une codification "à droit constant" (Cf. A. Charlez, Pénalités en matière d'infractions de chasse, Gaz. Pal. I.D. 172).

(71) Ainsi la codification "à droit constant" du Code de la Consommation a permis de légaliser par ce Code les dispositions du décret du 22 janvier 1919 relatif à la recherche et à la constatation des infractions de fraude qui permettent aux inspecteurs des fraudes d'entrer, sans aucun contrôle de l'autorité judiciaire, dans les lieux privés à usage commercial (C. Cons. art. L. 215-3 alin. 1 et 2). Or ces dispositions sont devenues inconstitutionnelles depuis la décision du Conseil constitutionnel 83-164 DC du 29 décembre 1983, Perquisitions fiscales (JCP. 1984.II.20160, note Drago et Decocq) qui subordonne les investigations des agents de l'administration dans des lieux privés à l'intervention de l'autorité judiciaire (Considérant n° 28).

transitoire expresse. Il en va d'ailleurs de même en cas de succession de lois "à droit équivalent" bien que la transition de l'une à l'autre s'explique de manière quelque peu différente.

2) *L'exception de la succession de lois à "droit équivalent"*

33 - La jurisprudence apporte en effet une autre exception au principe de discontinuité de la loi pénale dans le cas où la loi nouvelle, sans être identique à la loi ancienne, est rédigée de telle façon que les faits qui entraînent dans les prévisions de cette dernière entrent encore dans celles de la nouvelle loi. Suivant la formule d'un arrêt : "Une loi déterminant autrement que la loi précédente les éléments constitutifs d'une infraction est applicable aux faits commis avant son entrée en vigueur si ceux-ci entrent dans les prévisions de l'ancienne et de la nouvelle loi" (72) ou encore : "Le principe de la légalité des délits et des peines ne met pas obstacle à ce qu'une loi nouvelle en ses dispositions équivalentes ou favorables, s'applique à des faits déjà incriminés par la loi ancienne sous l'empire de laquelle ils ont été commis" (73). On parle en pareil cas de "maintien du support légal de l'infraction", de "continuité complète, mitoyenneté sans faille entre les deux textes successifs" (74) ou encore de lois "à droit équivalent", notion floue au demeurant qui permet à la jurisprudence de décider arbitrairement entre ce qui est équivalent et ce qui ne l'est pas. L'équivalence est retenue, non seulement lorsque la qualification des faits demeure la même d'une loi à l'autre (ex. banqueroute) (75), mais également lorsque les mêmes faits entrent dans deux ou plusieurs qualifications différentes dans la loi nouvelle (ex. l'abus de blanc seing prenant la qualification d'abus de confiance ou de faux en écriture) (76). D'autre part, lorsque la peine est différente dans la loi nouvelle, on se borne à appliquer, selon les cas, la non-rétroactivité des peines plus sévères ou la rétroactivité des peines plus douces, mais l'incrimination demeure (77). Par ailleurs, si la peine de l'infraction elle-même avait été déterminée par référence à un texte abrogé, le simple remplacement législatif de cette référence quelques mois plus tard par le renvoi à un nouveau texte en vigueur suffit à assurer l'équivalence entre la loi ancienne et la loi nouvelle, malgré l'écoulement d'un certain temps entre la date de l'abrogation de la loi de pénalité de référence et celle de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi de pénalité de référence (78).

34 - La jurisprudence a fait une grande utilisation de la théorie des lois successives à droit équivalent en raison de la mobilité de plus en plus grande de la législation pénale contemporaine et il y a lieu de penser que le phénomène ne cessera de s'aggraver au fil de l'accélération des réformes législatives.

35 - La théorie a été ainsi appliquée depuis près de 25 ans : à l'exercice illégal de la profession de banquier à la suite de la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédits (79) ; aux délits de détournements

(72) Crim. 4 sept. 1990, B. n° 309.

(73) Crim. 12 juin 1989, D. 1989.J.585, rapport Soupe, note Derrida.

(74) Cf. obs. Vitu, Rev. sc. crim. 1988, p. 80.

(75) Crim. 4 sept. 1990, B. n° 309.

(76) Crim. 18 mai et 21 sept. 1994, B. n° 187 et 300.

(77) V. par exemple, Crim. 29 juin 1993, B. n° 229 ; 17 sept. 1997, B. n° 301.

(78) Crim. 30 juin 1998, B. n° 209 et Cf. supra n° 19 et s.. De manière générale sur la législation par référence dans le nouveau Code pénal, V. S. Cimamonti, Revue de la recherche juridique, Cahiers de méthodologie juridique, n° 12, La législation par référence, 1997-4, p. 1253-1273.

(79) Crim. 16 oct. 1989, B. n° 359.

d'actif (80), d'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds (81), de malversation par syndic de la liquidation judiciaire (82) et de tenue irrégulière de comptabilité (83) après la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises ; aux infractions aux règles de la facturation (84), de la revente à perte (85) et de la publicité des prix (86) à la suite de la réforme du droit de la concurrence par l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; à l'émission de chèque sans provision malgré injonction bancaire après la réforme de la loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement (87).

La création du nouveau Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994 a été évidemment l'occasion de très nombreuses applications de la théorie des lois successives "à droit équivalent" dans sa partie législative (88), mais aussi dans sa partie réglementaire (89). Postérieurement à cette entrée en vigueur, le délit de malversation par organe de la procédure collective prévu par l'article 207 de la loi du 25 janvier 1985 et sanctionné par référence au texte de répression de l'abus de confiance, a soulevé à nouveau des difficultés à la suite de l'abrogation de l'article 408 alinéa 2 de l'ancien Code pénal à compter du 1er mars 1994 et de la substitution à ce dernier, dans ledit article 207 de l'article 314-2 du nouveau Code par l'article 88 de la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. Le vide législatif qui s'était écoulé entre le 1er mars et le 10 juin 1994 en raison d'une lacune de la loi d'adaptation au nouveau Code pénal avait conduit la Cour d'appel à déclarer l'action publique éteinte au motif que l'abrogation de l'article 408 de l'ancien Code au 1er mars 1994 avait eu pour effet d'abroger les sanctions pénales dans les textes qui s'y référaient. Mais la Chambre criminelle a cassé cette décision au prétexte que la référence aux peines de l'article 408 alinéa 2 de l'ancien Code dans l'article 207 de la loi de 1985 signifiait que le législateur avait "entendu assimiler ces malversations aux faits d'abus de confiance et que, en conséquence, la Cour d'appel aurait dû appliquer l'article 314-2 du nouveau Code dès le 1er mars 1994, malgré l'absence d'adaptation dudit article 207 au nouveau Code pénal, sans solution de continuité jusqu'à la loi du 10 juin 1994 (90).

36 - Ce n'est certes pas la première fois que la Cour de cassation recourt ainsi à l'idée d'assimilation de l'infraction pénalisée par référence à l'infraction référée (91) ; mais la solution par laquelle la Chambre criminelle remplit le vide transitionnel laissé par inadvertance par le législateur et se substitue ainsi à ce dernier n'en demeure pas moins critiquable. L'application de la notion d'assimilation

(80) Crim. 10 mars 1986, B. n° 97 ; 6 janv. 1987, B. n° 3 ; 1er juin 1987, B. n° 227.

(81) Crim. 10 mars 1986, précité.

(82) Crim. 12 juin 1989, D. 1989.J.585, rapport Soupe et note Derrida.

(83) Crim. 4 sept. 1990, B. n° 309.

(84) Crim. 1er juin 1987, B. n° 225 ; 10 juin 1987, B. n° 240.

(85) Crim. 1er juin 1987, B. n° 226.

(86) Crim. 20 déc. 1995, B. n° 395, Rev. sc. crim. 1996, 643, obs. Bouloc.

(87) Crim. 29 juin 1993, B. n° 222.

(88) Crim. 16 mai 1994, B. n° 183 (faux en écriture de commerce) ; 18 mai et 21 septembre 1994, B. n° 187 et 300 (abus de blanc seing) ; 22 juin 1994, B. n° 247 (trafic de stupéfiants) ; 29 juin 1994, B. n° 260 (circonstance aggravante de port d'arme en matière de vol) ; 24 janv. 1996, B. n° 42 (crimes exécutés au moyen de tortures ou actes de barbarie) ; 21 fév. 1996, B. n° 85 (outrage à citoyen chargé d'un service public) ; 21 janv. 1998, B. n° 28 (dégradation civique remplacée par l'interdiction des droits civiques, civils et de famille).

(89) Crim. 17 sept. 1997, B. n° 301 (contravention de dégradation de chemins publics).

(90) Crim. 30 juin 1998, B. n° 209, Rev. sc. crim. 1999, 315, obs. Bouloc.

(91) Cf. Crim. 3 mars 1938, B. n° 61, Rev. sc. crim. 1938, 487, obs. Magnol. Sur la législation par référence dans le nouveau Code pénal, Cf. S. Cimamonti, article précité.

n'est d'ailleurs pas constante. Ainsi un arrêt du 21 juin 1989 (92) a refusé d'étendre l'annulation de plein droit du permis de conduire prévue par l'article L. 15-II.2° du Code de la route pour le cas d'application simultanée de l'article L. 1° dudit Code (conduite sous l'empire d'un état alcoolique ou en ivresse manifeste) et des articles 319 et 320 de l'ancien Code pénal (délit correctionnel d'homicide ou de blessures par imprudence, aujourd'hui article 221-6 ou 222-19) à l'hypothèse où il y a eu contravention de blessures par imprudence de l'article R.40-4° de l'ancien Code (aujourd'hui R. 625-2 CP) commise sous l'empire d'un état alcoolique ou d'ivresse, bien que l'article L. 1.III du Code de la route prévoit qu'en pareil cas il y a lieu à l'application des peines prévues par l'article 320 de l'ancien Code (article 222-19 actuel) par l'effet de la circonstance aggravante. Ainsi, la détermination des peines de la contravention de blessures par imprudence aggravée de conduite en état alcoolique par renvoi aux peines du délit de blessures par imprudence, n'entraîne pas pour autant l'assimilation de ladite contravention aggravée au délit de blessures par imprudence lui-même. On peut donc être plus que réservé sur la solution de l'arrêt précité du 30 juin 1998 qui méconnaît ouvertement le principe de discontinuité de la loi pénale (93).

37 - La discussion relative à la théorie de l'assimilation en cas de détermination des pénalités par référence conduit à se demander quelle est la justification de la théorie de la continuité des lois successives de "droit équivalent", lorsqu'il s'agit non plus des pénalités, mais des incriminations elles-mêmes. Ce ne peut être bien entendu le principe de la rétroactivité in mitius puisque la continuité de l'incrimination opère, non seulement lorsque les peines prévues par la loi nouvelle sont plus douces ou équivalentes, mais également lorsqu'elles sont plus sévères ; dans ce dernier cas, la non-rétroactivité des lois nouvelles plus sévères a seulement pour effet d'entraîner l'application des peines prévues par la loi ancienne (94). Dans les quelques espèces où elle a laissé percer le bout de l'oreille sur cette question, la Chambre criminelle parle de "substitution de la loi nouvelle à la loi ancienne abrogée" (95), de "remplacement" du texte ancien abrogé par une disposition nouvelle (96) ou même de "maintien" par la loi nouvelle de l'interdiction de la loi ancienne (97). Il s'agit là beaucoup plus d'une constatation que d'une justification. En réalité la Cour de cassation est simplement mue par une volonté répressive qui répond sans doute à des préoccupations légitimes de politique criminelle mais qui

(92) Crim. 21 juin 1989, non publié au Bull., Dr. pén., nov. 1989, Com-24, obs. J.-H. Robert.

(93) La pratique législative récente révèle un cas de figure voisin du précédent, bien qu'il se rapporte aux incriminations et non aux pénalités. La loi du 1er juillet 1994 a institué un régime dérogatoire aux règles générales de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, pour les traitements automatisés d'informations nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé. Corrélativement la même loi a étendu les incriminations qui sanctionnent la violation de la loi de 1978 à celle de la réglementation spéciale édictée par elle. Mais pour assurer cette répression, l'article 3 de ladite loi du 1er juillet 1994 a complété les articles 41 et 44 de la loi de 1978 qui avaient été abrogés par la loi modifiée du 16 décembre 1992 d'adaptation de la législation existante au nouveau Code pénal à compter du 1er mars 1994, date d'entrée en vigueur du nouveau Code. Ainsi, à la suite d'une inadvertance peu pardonnable, la loi du 1er juillet 1994 a modifié des dispositions législatives abrogées depuis 4 mois. Il a fallu une loi du 4 janvier 1995 pour opérer la rectification nécessaire et insérer dans les articles 226-16 et 226-21 les incriminations de la réglementation particulière introduite par la loi du 1er juillet 1994. On n'ose pas imaginer si la question s'était posée à la Chambre criminelle, que celle-ci aurait eu l'audace de faire rétroagir la loi nouvelle plus sévère du 4 janvier 1995 au 1er juillet 1994 en invoquant l'idée d'équivalence par assimilation.

(94) Voir la formule de Crim. 17 sept. 1997, B. n° 301.

(95) Crim. 16 oct. 1989, B. n° 359.

(96) Crim. 16 mai 1994, B. n° 183.

(97) Crim. 16 oct. 1989, précité.

ne trouve chez elle aucune justification de technique juridique face au principe de légalité des délits et des peines.

L'explication technique qui serait, semble-t-il, la plus recevable consisterait à recourir à la théorie du *concours idéal d'infractions* avec cette précision essentielle qu'en pareil cas il y aurait non pas concours idéal simultané mais *concours idéal successif*. Cette explication permettrait d'ailleurs de limiter l'arbitraire jurisprudentiel en transposant en la matière les solutions retenues par la jurisprudence elle-même pour les cas de concours idéal simultané.

38 - Le problème essentiel que pose en effet la notion de lois successives à droit équivalent est celui de la discrimination entre les cas de *droit équivalent* et ceux de *droit différent*. Selon la conception que l'on s'en fait, le recours à la notion est acceptable ou au contraire verse dans l'arbitraire.

39 - Le débat principal relatif à l'incrimination des faits de banqueroute qui a été consécutive à la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises est exemplaire à cet égard. En l'espèce, l'article 197 subordonne désormais l'application des divers cas de banqueroute qu'il énumère à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Dès lors, la Cour de cassation ayant refusé d'admettre la discontinuité entre la loi de 1967 et la loi de 1985 (98), les partisans de l'extinction des poursuites à l'égard des faits de banqueroute commis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ont soutenu que le droit nouveau des banqueroutes était différent de celui de la loi ancienne de 1967. Différent d'abord par sa finalité car, alors que la loi de 1967 était destinée principalement à assurer la protection des créanciers, celle de 1985 a essentiellement pour but le sauvetage des entreprises. Mais différent aussi en ce que, pour les cas de banqueroute qui ont été conservés par la loi nouvelle (emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, détournement ou dissimulation d'actif, augmentation frauduleuse de passif, absence ou tenue fictive de comptabilité), la loi nouvelle a ajouté un élément constitutif supplémentaire : l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (99). Il est certain qu'en pareil cas, on ne pourrait pas retenir un concours idéal d'infractions et a fortiori un concours de qualification. Certaines juridictions du fond ont partagé ce point de vue (100). Mais telle n'a pas été la position de la Chambre criminelle. Dès un arrêt du 10 mars 1986 (101), elle a jugé que les faits de banqueroute commis sous l'empire des dispositions abrogées de la loi de 1967, demeurent punissables sous l'empire de la loi de 1985, lorsqu'ils entrent dans les prévisions de celle-ci. Pour aboutir à ce résultat, la Chambre criminelle a (en l'espèce des faits de détournements d'actif) dû dénaturer la substance des nouvelles incriminations de banqueroute en amputant leurs éléments constitutifs de ce que la loi de 1985 leur avait ajouté. Si les délits de banqueroute de la loi de 1985 supposent qu'une procédure de redressement judiciaire a été ouverte contre le débiteur, dit-elle, il s'agit là, non d'un élément constitutif ni même d'une condition préalable de l'infraction, mais d'une simple "condition préalable à l'exercice de l'action publique, constitutive d'une règle de procédure qui ne saurait avoir d'effet sur les poursuites régulièrement

(98) Cf. supra, n° 21.

(99) Cf. notes Derrida, D. 1986.J.182 et 1988.J.37 ; Bouloc, Rev. sc. crim. 1985.613. Contra : obs. Roujou de Boubée, D. 1986.I.R.407.

(100) Trib. cor. Laon 23 mai 1986, D. 1986.358, note F.D., Gaz. Pal. 1986.2.739.

(101) D. 1986.J.182, note Derrida. Adde : Crim. 26 mai 1986, JCP.1986.IV.223 ; 6 janv. 1987, B. n° 3, Rev. sc. crim. 1988.77, obs. approbatives Vitu ; 1er juin 1987, B. n° 227 ; 12 oct. 1987, D. 1988.J.37, note Derrida ; 5 juin 1989, B. n° 233 ; 25 juil. 1989, B. n° 295 ; 26 mars 1990, B. n° 133 ; 4 sept. 1990, B. n° 309.

engagées avant son entrée en vigueur". C'est donc par un biais procédural que la Chambre criminelle a contourné l'objection de la différence de droit pénal de fond entre les incriminations de banqueroute dans la loi de 1967 et celles qui résultent de la loi de 1985 (102). Ce faisant, elle consacre d'ailleurs implicitement la valeur de principe de la discontinuité de la loi pénale. Cela dit, qu'il y ait discontinuité ou continuité, on n'aperçoit guère comment des dispositions transitoires expresses pourraient venir s'insérer dans ces mécanismes transitionnels particuliers.

40 - Les solutions qui précèdent montrent encore en définitive, de manière générale, qu'il n'y a guère de place pour des dispositions transitoires expresses en droit pénal de fond.

En cas de *discontinuité de la loi pénale*, l'espace de temps plus ou moins long - même si ce n'est qu'un instant de raison - qui s'écoule entre la date de l'abrogation de la loi ancienne et celle de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, ne peut manifestement pas être considéré comme une période transitoire : c'est une période de *vide législatif pénal*.

Lorsqu'il y a *continuité entre la loi pénale ancienne et la loi pénale nouvelle*, la situation ne conduit pas davantage à admettre l'utilité ou même la possibilité de dispositions transitoires. Les deux lois, la nouvelle et l'ancienne, se succèdent sans solution de continuité, comme si aucun espace de temps, si infime soit-il, ne s'était écoulé entre l'abrogation de l'une et la mise en vigueur de l'autre. Elles sont soudées l'une à l'autre sans qu'il y ait le moindre interstice. Bien mieux, lorsque la loi nouvelle est plus sévère que l'ancienne, cette dernière, malgré son abrogation, recouvre en quelque sorte la loi nouvelle pour la répression des faits commis sous son empire en vertu du principe de la rétroactivité *in mitius* : loin d'y avoir l'espace de temps nécessaire à l'existence d'une disposition transitoire, il y a recouvrement temporaire et partiel de la loi nouvelle par la loi ancienne. Mais ce recouvrement ne s'opère pas toujours de manière intégrale ; il arrive que la situation soit en effet plus compliquée en raison de la complexité elle-même de la loi nouvelle qui contient à la fois des dispositions plus sévères et des dispositions plus douces que la loi ancienne. Tout paraît se passer alors comme si la loi nouvelle avait contenu une disposition transitoire expresse pour les faits commis sous l'empire de la loi ancienne et non définitivement jugés lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Il y a en quelque sorte disposition transitoire implicite.

II - LE REPÉRAGE DE DISPOSITIONS TRANSITOIRES IMPLICITES

41 - Le repérage de dispositions transitoires expresses n'est pas pour les raisons précédemment exposées chose aisée. Il faut y ajouter le caractère trompeur de la terminologie parfois employée dont on peut prendre deux exemples.

Ainsi la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 (103) insérait-elle, au titre de sa section III précisément intitulée "*Dispositions transitoires*", un article 93 dans la Constitution dont l'alinéa 2 venait édicter que les dispositions du titre X de cette dernière dans leur nouvelle rédaction "sont applicables aux faits

(102) On retrouve, semble-t-il, le même procédé d'esquive de la Cour de cassation à propos de la réforme de la législation pénale du chèque, et plus précisément de l'émission de chèque sans provision malgré une injonction bancaire. L'existence d'une injonction bancaire en est une condition préalable. Or la Chambre criminelle a jugé que si le décret du 22 mai 1992 pris en application de la loi du 30 décembre 1991 prévoit pour l'avenir les modalités dans lesquelles seront délivrées les injonctions, il ne s'agit là que de *règles de procédure* sans effet sur les poursuites régulièrement engagées avant son entrée en vigueur (Crim. 29 juin 1993, B. n° 229).

(103) Portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI.

commis avant son entrée en vigueur". Le titre X étant relatif à la *responsabilité pénale* des membres du Gouvernement on pourrait croire un bref instant à l'existence d'une disposition transitoire de droit pénal de fond. Mais l'on sait que la révision constitutionnelle ayant trait à la création de la Cour de justice de la République, la disposition intéresse en réalité la procédure pénale (104) et le droit constitutionnel (105).

Il en va de même, et quant à la jurisprudence cette fois, lorsque certains arrêts de la Chambre criminelle font référence, dans le cadre de poursuites pénales, à l'application des "dispositions transitoires" d'une loi.

Celles-ci peuvent tout d'abord avoir simplement pour objet le report de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Tel était le cas des dispositions de l'article 19-III de la loi du 3 janvier 1972 applicables à partir du 1^{er} avril 1972 adoucissant la répression en matière de chèque et relevant dès lors de l'application du principe de rétroactivité *in mitius* (106).

Il peut s'agir encore, plus que de véritables dispositions transitoires, de la question sensiblement différente de la loi temporaire (107) ou transitoire telle celle du 8 janvier 1993 relative à la législation sur le domaine funéraire qui supprimait le monopole communal des pompes funèbres mais permettait en son article 28 pendant trois ans le maintien des droits d'exclusivité conférés par les contrats de concession consentis avant sa date de publication (108).

Mais, à défaut de fréquentes et véritables dispositions transitoires expresses, n'est-il au moins possible d'identifier certains mécanismes notamment jurisprudentiels aboutissant en quelque sorte pour les situations en cours mais implicitement au même résultat ? C'est ce que l'on tentera de rechercher dans l'hypothèse de deux lois successives (A) puis au delà (B).

A - En présence de deux lois successives

42 - L'on peut se demander si la jurisprudence ne consacre pas l'équivalent d'une disposition transitoire en présence d'une loi nouvelle complexe divisible (a) et si elle ne réserve pas la possibilité d'une disposition transitoire en utilisant la formule "en l'absence de dispositions contraires expresses" de la loi nouvelle.

a) L'équivalent d'une disposition transitoire : la loi nouvelle complexe divisible

43 - La jurisprudence a parfois mis en œuvre dans le cadre des deux grands principes gouvernant l'application de la loi dans le temps le système de la loi nouvelle complexe divisible... à l'encontre duquel il est depuis lors arrivé au législateur de vouloir s'ériger dans une disposition spécifique. Peut-on considérer qu'en chacune

(104) Sur laquelle voir dans ce numéro : P. Battistini, "Les dispositions transitoires dans les dispositions légales modifiant le Code de procédure pénale", p. 1495.

(105) Sur lequel voir dans ce numéro : L. Pech, "Les dispositions transitoires en droit constitutionnel", p. 1407.

(106) Sur la falsification de chèque : cf. Crim. 12 décembre 1972, Bull. crim. n° 387 ; Sur l'émission de chèque sans provision, cf. Crim., 21 décembre 1972, Bull. crim. n° 403. On notera que l'hypothèse est antérieure à la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 1992 selon laquelle il est du pouvoir du législateur "sous réserve de l'application immédiate de mesures répressives plus douces, de fixer les règles d'entrée en vigueur des dispositions qu'il édicte".

(107) Sur la question : F. Desportes et F. Le Guehec, "Le nouveau Droit pénal", Tome A, Droit pénal général, 6^{ème} éd., Economica, 1999, n° 341, p.269.

(108) Crim. 22 janvier 1997, Bull. crim. n° 27, D. pénal 1997, comm. n° 82, obs. J.-H. Robert et Bull. crim. n° 28.

de ces deux hypothèses, le système jurisprudentiel comme la réaction législative le remettant en cause, on retrouverait l'équivalent d'une disposition transitoire ?

1) Le système jurisprudentiel

44 - Lorsque la loi nouvelle n'est pas simple ou univoque comme comportant des dispositions allant toutes dans le même sens (plus doux ou plus sévère) mais complexe parce qu'incluant à la fois des dispositions des deux types, la jurisprudence conclue parfois selon un critère toujours incertain (109) à la divisibilité de ces dernières aboutissant à une application distributive : rétroactivité in mitius des unes, non rétroactivité des autres.

La difficulté s'était présentée dès le 19^{ème} siècle dans l'hypothèse, aujourd'hui historiquement dépassée, où la loi nouvelle modifiait en même temps mais dans un sens différent le minimum et le maximum de la peine encourue ; diminuant le premier mais augmentant le second ou réciproquement (110).

Le système jurisprudentiel de la divisibilité, mis en place à partir de la loi Béranger du 26 mars 1891 qui instituait à la fois le sursis simple et la petite récidive correctionnelle (111), a défrayé la chronique doctrinale à propos de deux arrêts de la Chambre criminelle des 2 juin (112) et 22 août 1981 (113) relatifs à l'application dans le temps de la loi du 23 décembre 1980 sur la répression du viol et de certains attentats aux mœurs. Les deux décisions se sont en effet prononcées pour l'application immédiate aux procès en cours de la nouvelle pénalité plus douce (le maximum de la réclusion criminelle encourue étant ramené de 20 à 10 ans) à l'exclusion pour la première d'une nouvelle circonstance aggravante du viol et pour la seconde de la définition désormais plus large de l'incrimination, dispositions plus sévères qui ne sauraient rétroagir. Un auteur ne devait pas hésiter à affirmer que "distinguer (ainsi) au sein d'un même texte plusieurs sortes de dispositions pour les soumettre à une application distributive" ... "ce n'est pas régler un problème de conflit de lois, c'est se livrer à un charcutage" (114).

L'expression a le mérite de bien faire ressortir que le système jurisprudentiel de la loi nouvelle complexe divisible revient donc à emprunter par "tranches" aux deux lois en conflit : soit dans l'exemple précité les dispositions moins sévères de la loi ancienne quant à l'incrimination et les dispositions plus douces de la loi nouvelle quant à la peine. Autrement dit la jurisprudence crée à partir des deux lois en conflit une "troisième loi intermédiaire" (115), "fabrique un texte d'incrimination et de pénalité qui n'a jamais existé dans la volonté du législateur" (116). Ce texte, fruit du puzzle ou du patchwork opéré par le juge mais qui n'existe formellement nulle part, équivaut donc implicitement à une disposition transitoire virtuelle : il n'est en effet que temporairement applicable aux seuls faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme n'ayant pas fait l'objet d'une décision définitive et apparaît dérogatoire tant à l'égard de la loi ancienne que de la loi nouvelle dont il combine ou juxtapose les dispositions. La jurisprudence substitue de ce fait implicitement la disposition transitoire expresse non insérée par le législateur.

(109) En ce sens F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n° 352.

(110) Crim. 14 avril 1883, S. 1885, 1, p.401, note Villey.

(111) CA Paris, 6 et 21 avril 1891, S. 1891, 2, p.152 et 133.

(112) Bull. crim. n° 184.

(113) Bull. crim. n° 246 ; D. 1982, JP, p.288, note D. Mayer ; RSC 1983, p.65, obs. J. Larguier ; JCP, éd. G, 1983, I, 3123, n° 91, obs. M.-L. Rassat.

(114) M.-L. Rassat, obs. précitées.

(115) Merle et Vitu, op. cit., n° 259.

(116) J.-H. Robert, Droit pénal général, PUF, Thémis Droit privé, p.151.

45 - Mais ce dernier, conscient du mécanisme, peut avoir la volonté de s'y opposer notamment pour éviter un affaiblissement de la répression pendant une période transitoire. Cette réaction législative se concrétisera dans une disposition spécifique de la loi nouvelle.

2) La réaction législative

46 - On peut trouver un exemple topique d'une telle réaction législative dans l'article 338 de la loi d'adaptation qui déclarait également (117) que demeurent encore punies de vingt ans d'emprisonnement les infractions d'importation ou d'exportation illicites de stupéfiants, commises avant son entrée en vigueur mais jugées postérieurement lorsque ces faits ont été commis en bande organisée. Alors que la loi ancienne (article L. 627 du Code de la santé publique), sans prévoir cette dernière circonstance édictait une peine de vingt ans d'emprisonnement, la loi nouvelle (article 222-36 du Code pénal) prévoit une peine moins sévère en cas d'infractions "simples" (alinéa 1^{er} : soit dix ans d'emprisonnement) mais plus sévère en cas d'infractions "aggravées" par la circonstance de bande organisée (alinéa 2 : soit trente ans de réclusion criminelle).

L'application distributive des dispositions du nouveau Code aurait donc pu conduire, selon le modèle jurisprudentiel de 1981 et pour un même individu à la non-rétroactivité de l'institution de la circonstance aggravante plus sévère et à l'application immédiate de la division par deux de la pénalité de base. L'article 338 de la loi d'adaptation avait donc manifestement pour objectif d'éviter un tel résultat.

47 - A première vue, la disposition particulière par laquelle le législateur entend s'opposer à ce que la loi nouvelle soit considérée par les juges comme complexe et divisible ne saurait a priori constituer une disposition transitoire puisqu'il s'agit précisément d'éviter que la jurisprudence consacre l'équivalent d'une disposition transitoire. Autrement dit, le refus ou la condamnation légale d'une disposition transitoire jurisprudentielle implicite ne saurait sembler-il pouvoir constituer une disposition transitoire expresse.

La réaction législative ne devrait alors avoir pour effet que d'imposer le caractère indivisible des dispositions nouvelles. Certains auteurs (118) ont estimé en ce sens quant aux deux alinéas du nouvel article 222-36 du Code pénal qu'"il faut en réalité considérer que les dispositions sont indivisibles, la réduction de la peine étant indissociable de la création d'une circonstance aggravante nouvelle". Mais cette indivisibilité des dispositions nouvelles devrait alors, en fonction de leur caractère globalement plus doux ou plus sévère, aboutir pour les situations en cours soit à l'application immédiate de la loi nouvelle soit à la survie temporaire de la loi ancienne à l'exclusion de toute combinaison entre les deux lois en conflit.

48 - Or, tel n'est pas rigoureusement le résultat auquel parvient la disposition particulière de l'article 338 de la loi d'adaptation en permettant pour les situations en cours que les importations ou exportations illicites de stupéfiants commises en bande organisée soient punies de vingt ans d'emprisonnement.

Comme l'indique la circulaire du 14 mai 1993 "la circonstance de bande organisée, bien que non prévue par l'article L. 637, pourra donc être retenue par les tribunaux pour des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau

(117) Cf. supra n° 2.

(118) F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n° 355, p.287.

Code : en effet il ne s'agira pas en l'espèce d'une circonstance aggravante — puisqu'elle ne viendra pas aggraver la situation de la personne poursuivie par rapport aux peines encourues en application des anciens textes — mais bien au contraire d'un *nouvel élément constitutif* de l'infraction d'importation ou d'exportation en l'absence duquel *la peine antérieurement encourue* ne pourra être prononcée. Que la circulaire refuse ainsi de parler de "nouvelle circonstance aggravante" pour parler pudiquement de "nouvel élément constitutif" n'y change rien : l'article 338 emprunte donc à la fois à la loi nouvelle et à la loi ancienne. Certains auteurs, qui tout en défendant le texte, ne le reconnaissent-ils pas lorsqu'ils écrivent que la solution posée "*demeure plus favorable que celle résultant de chacune des lois en conflit* puisque la répression n'est possible qu'à la condition de rapporter la preuve d'une bande organisée (solution plus favorable que celle du droit antérieur) sans que la peine puisse excéder 20 ans d'emprisonnement (solution plus favorable que la loi nouvelle)" (119).

La Chambre criminelle devait en l'occurrence estimer dans un arrêt du 22 juin 1994 (120) que "si l'article 222-36, en ce qu'il réprime désormais les faits qu'il incrimine d'une peine de 30 ans de réclusion criminelle plus sévère dans sa nature et sa durée que celle encourue au moment des faits est, de ce fait, inapplicable, les peines prononcées demeurent justifiées... par application de l'article 338 de la loi du 16 décembre 1992". L'application par la jurisprudence de la notion de succession de lois "à droit équivalent" ou d'"assimilation" (121) présente donc également en l'espèce la particularité d'avoir bénéficié du renfort législatif.

La situation paraît dès lors doublement atypique. Comment expliquer l'article 338 de la loi d'adaptation alors, d'une part, que la réaction législative au mécanisme jurisprudentiel de la loi nouvelle complexe divisible revient à condamner une disposition transitoire implicite, d'autre part que l'absence de disposition transitoire expresse s'explique notamment par l'exception jurisprudentielle à la discontinuité de la loi pénale des lois "à droit équivalent" ?

La première explication, officiellement avancée, tient en l'incidence particulière du nouvel article 131-4 du Code pénal sur l'échelle des peines d'emprisonnement prévoyant désormais un maximum de dix ans au plus (122).

Mais l'on sait que certains auteurs ont trouvé une autre explication dans le fait que l'article 338 dans sa rédaction relative à la circonstance de bande organisée dérogerait tout autant à la Constitution qu'à la Convention européenne des droits de l'homme au regard du principe de non-rétroactivité de la loi pénale (123).

49 - Une autre formule jurisprudentielle "en l'absence de dispositions contraires expresses" de la loi nouvelle a quant à elle posé difficulté également au regard du principe de la rétroactivité *in mitius* auquel elle paraît réserver la possibilité d'exceptions. A supposer que tel soit le cas, ces dernières pourraient-elles consister en de véritables dispositions transitoires ?

b) La réserve d'une disposition transitoire ?

50 - L'on sait que depuis 1986 (124) toute une série d'arrêts de la Chambre criminelle comportent la formule parfois qualifiée de "véritable clause de

(119) F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n° 355, p.287.
 (120) Bull. crim. n° 247.
 (121) Cf. supra n° 33.
 (122) Cf. supra n° 2.
 (123) C. Guéry, op. cit.
 (124) Crim. 3 février 1986, Bull. crim. n° 41.

style" (125) suivant laquelle "une loi nouvelle, qui modifie une incrimination ou les sanctions applicables à une infraction, ne trouve à s'appliquer aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés qu'à la condition que cette loi n'ait pas prévu de dispositions expresses contraires".

Bien que prise au pied de la lettre et ainsi qu'il a été pertinemment relevé (126) elle puisse tout autant concerner les lois pénales de fond plus sévères et le principe de non rétroactivité, la formule est traditionnellement présentée comme réservant la possibilité d'exceptions législatives à la rétroactivité *in mitius* des lois plus douces.

C'est en effet dans ce cadre que la réserve jurisprudentielle a été mise en œuvre par le législateur à l'occasion de la loi du 17 juillet 1992 relative à l'organisation du marché européen pour le 1^{er} janvier 1993 emportant suppression des taxations et contrôles douaniers dont l'article 110 précisait expressément que "les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à la poursuite des infractions douanières commises avant son entrée en vigueur sur le fondement des dispositions législatives antérieures".

Et une jurisprudence constante de la Chambre criminelle a depuis lors confirmé l'application de ce texte (127).

Simple rappel aux juridictions inférieures qu'elles ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois pour les uns (128), l'incidente jurisprudentielle a été vivement critiquée par de nombreux auteurs souhaitant l'abandon d'une réserve "fort contestable" (129), d'un "curieux anachronisme" (130) comme contraire à l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques signé à New York en 1966 en vigueur en France depuis le 4 février 1981 consacrant le principe de rétroactivité *in mitius* (131) en ne visant toutefois que les seules lois de pénalités (132).

Une voie moyenne a toutefois été explorée à partir du fondement de la rétroactivité *in mitius* pour tenter de justifier la réserve jurisprudentielle de dérogations législatives audit principe à travers la nécessité de la répression (133) voire sa légalité pour les lois modifiant les incriminations (134).

En substance "dès lors que l'absence de nécessité de la répression justifie l'application de la loi plus douce, il n'est pas inconcevable d'admettre que la répression puisse, à titre exceptionnel, rester indispensable pour le passé" (135).

(125) A. Varinard in Pradel et Varinard, "Les grands arrêts du droit criminel", Dalloz, 2^{ème} éd. 1997, T. 1, n° 12, p.167.
 (126) A. Dekeuwer, "La rétroactivité *in mitius* en droit pénal. Un principe encore et toujours contesté", JCP, éd. G, 1997, I, 4065, n° 6.
 (127) Crim. 8 mars 1993, Bull. crim. n° 102 ; 2 juin 1993, Bull. crim. n° 198 ; 12 juin 1995, Bull. crim. n° 213 ; 28 novembre 1996, Bull. crim. n° 436 ; 6 février 1997, Bull. crim. n° 51, D. 1997, JP, p.615, note P. Conte ; 20 mars 1997, Bull. crim. n° 116 ; 5 mai 1997, Bull. crim. n° 164 ; 1^{er} octobre 1998, Bull. crim. n° 245.
 (128) Merle et Vitu, op. cit., n° 273.
 (129) Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, Droit pénal général, Armand Colin, 3^{ème} éd., 1998, n° 140, p. 83.
 (130) W. Jeandidier, Jurisclasseur pénal, Art. 112-1 à 112-4, "Application de la loi pénale dans le temps", n° 23, p. 7.
 (131) A. Huet, "Une méconnaissance du droit international ; à propos de la rétroactivité *in mitius*", JCP, éd. G, 1987, I, 3293.
 (132) "... Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier" ; en ce sens A. Dekeuwer, op. cit., n° 22.
 (133) J.-H. Robert, op. cit., p. 154 ; F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n° 343, p. 271.
 (134) A. Dekeuwer, op. cit., n° 22.
 (135) A. Varinard in Pradel et Varinard, "Les grands arrêts du droit criminel", Dalloz, 2^{ème} éd., 1997, tome 1, n° 12, p. 168.

51 - En l'état actuel de notre législation, cette réserve jurisprudentielle controversée ne semble pour l'instant avoir permis que l'éclosion de dispositions législatives expresses contraires à la loi nouvelle abrogative destinées à assurer la *survie temporaire de la loi ancienne plus sévère*. Tel est le cas de l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992 prévoyant explicitement le maintien transitoire des "dispositions législatives antérieures".

Mais de telles dispositions expresses aboutissant à un résultat entièrement contraire à la loi nouvelle et strictement identique à la loi ancienne ne sauraient être qualifiées de transitoires.

52 - Bien qu'il se heurte aux mêmes objections —violation du principe de rétroactivité in mitius voire directement du principe de légalité contre nécessité ou légalité de la répression— un raisonnement a fortiori permettrait toutefois de considérer que si la réserve jurisprudentielle permet au législateur d'assortir la loi nouvelle d'une disposition expresse aux effets aussi radicaux, ce dernier pourrait également insérer une véritable disposition transitoire opérant quant à l'incrimination et/ou aux pénalités une gradation temporaire entre la sévérité initiale de la loi ancienne et la douceur finale de la loi nouvelle.

C'est au demeurant, le résultat auquel aboutit la jurisprudence en présence non plus d'une disposition contraire de la loi nouvelle mais d'une loi intermédiaire au sein des lois en conflit.

B – Au-delà de deux lois successives

53 - La période relativement longue ayant séparé l'adoption du "nouveau" Code pénal par quatre lois du 22 juillet 1992 de son entrée en vigueur a été émaillée de toute une succession de lois.

L'on sait en effet que la date initialement fixée au 1^{er} mars 1993 a été successivement reportée au 1^{er} septembre 1993 par la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 puis au 1^{er} mars 1994 par la loi n° 93-913 du 19 juillet 1993 qui préférerait toutefois prudemment anticiper sur ce report quant à la suppression de l'emprisonnement contraventionnel en la déclarant applicable dès sa date de publication.

S'est alors posée une difficulté de rédaction des lois pénales de fond extérieures au Code votées entre son adoption et son entrée en vigueur notamment entre le 19 juillet 1993 et le 1^{er} mars 1994. Celle-ci n'a pas été résolue par le recours à une méthode uniforme, mais a donné lieu à des rédactions variables selon les textes.

Selon une première méthode, la loi nouvelle était rédigée au principal en suivant le style retenu par le nouveau Code pénal : "Le fait de..." ou "quiconque...". Tel était par exemple le cas de la loi n° 93-1282 du 6 décembre 1993 relative à la sécurité des manifestations sportives modifiant la loi du 16 juillet 1984 (136). Deux articles complémentaires (articles 4 et 5) venaient ensuite indiquer que "pour son application jusqu'à la date d'entrée en vigueur du Code pénal" le texte était rédigé selon la méthode de rédaction de l'ancien Code pénal : réintroduction des minima des peines d'emprisonnement et d'amende, renvoi aux articles anciens du Code.

Mais selon une méthode inverse, mise en œuvre par la loi, postérieure à la précédente, du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée (137), la loi nouvelle était au contraire rédigée au principal en utilisant les procédés de rédaction

(136) D. 1994, L^o, p. 5.

(137) D. 1994, L^o, p. 91. Ce qui montre au demeurant que l'ordre de la date des lois n'est pas nécessairement signe de modernité.

de l'ancien Code : "Sera puni de..." suivi de l'indication des minima et maxima des peines ; l'article complémentaire (article 6) ayant alors pour objet d'indiquer "qu'à compter du 1^{er} mars 1994" les dispositions précitées seront ainsi rédigées (soit conformément au nouveau Code).

Quelle que soit la méthode retenue, l'on pourrait penser qu'elle s'apparente à une disposition transitoire, la loi ancienne étant séparée de la loi nouvelle dans sa version applicable à compter du 1^{er} mars 1994 conformément au nouveau Code par une période allant jusqu'à cette date d'entrée en vigueur relevant, elle, de l'ancien Code.

L'apparence est toutefois trompeuse. C'est en réalité la même loi nouvelle qui, pour les infractions postérieures à son entrée en vigueur, fait l'objet de deux rédactions successives, certes formellement différentes mais édictant une répression identique.

54 - Il arrive toutefois que les lois successives soient, quant au fond véritablement différentes. L'hypothèse s'est présentée à nouveau au début des années quatre-vingt, l'infraction ayant été commise sous l'empire d'une disposition de l'ancien Code pénal, ensuite adoucie par la loi "Sécurité et liberté" du 2 février 1981 pour être finalement jugée sous l'empire de la loi du 10 juin 1983 plus sévère.

La jurisprudence, en l'occurrence illustrée par un arrêt de la Chambre criminelle du 23 novembre 1993 (138), fait alors triompher la loi intermédiaire la plus douce.

La solution est approuvée par de nombreux auteurs qui estiment qu'il faut comparer les lois en conflit deux par deux (139), le prévenu ayant un droit acquis à l'application de la loi plus douce à peine d'être victime des lenteurs de la justice (140). Mais d'autres estiment au contraire que le conflit de lois pénales n'oppose que la première (celle de l'infraction) et la troisième loi (celle du jugement) (141), le délinquant n'ayant aucun droit à se voir appliquer la loi intermédiaire sous l'empire de laquelle aucun élément de la situation juridique ne s'est produit (142).

Qu'on l'approuve ou qu'on la critique, la solution jurisprudentielle aboutit donc, à nouveau, à la consécration implicite d'une véritable disposition transitoire, la loi intermédiaire plus douce s'avérant tout à la fois dérogeatoire à la loi ancienne qui l'a précédée et à la loi nouvelle qui lui a succédé.

CONCLUSION

55 Si les dispositions transitoires, qu'elles soient expresses ou implicites, n'apparaissent pas très nombreuses en droit pénal de fond, la question de leur introduction et d'une éventuelle violation des principes gouvernant l'application de la loi pénale dans le temps reste récurrente en droit français.

On en prendra pour preuve la récente discussion du projet de loi de transposition de différentes conventions internationales parmi lesquelles la convention de l'O.C.D.E. sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997.

Initialement l'article 2 du projet de loi prévoyait que la nouvelle répression pénale ainsi instituée dans le cadre international (dix ans d'emprisonnement et un million de francs d'amende) ne s'appliquerait pas aux faits commis à l'occasion de

(138) Bull. crim. n° 314.

(139) F. Desportes et F. Le Guehec, op. cit., n° 356.

(140) J. Borré, "La cassation en matière pénale", LGDJ, 1985, n° 2467.

(141) Merle et Vitu, op. cit., n° 259.

(142) A. Varinard, op. cit., n° 9, p. 124.

contrats signés antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention. Il s'agissait donc de maintenir le "statu quo ante" pour les actes d'exécution postérieurs à cette entrée en vigueur mais pris au titre de contrats signés antérieurement.

Une telle interprétation de la non rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus sévère ayant été contestée, des amendements ont été proposés aux termes desquels les sommes ou les avantages susceptibles d'être versés ou octroyés au titre d'un contrat signé avant l'entrée en vigueur devraient être déclarés auprès de l'administration fiscale dans un certain délai (deux voire un an) à compter de cette entrée en vigueur ; seules les commissions ainsi déclarées au fisc étant légales.

Il en résulterait donc la prévision de trois régimes successifs : application de la loi ancienne et donc impunité pour les contrats ayant donné lieu à des actes d'exécution tous antérieurs à l'entrée en vigueur ; application de la répression pénale édictée par la loi nouvelle aux contrats signés postérieurement à cette entrée en vigueur et à leurs actes d'exécution ; mais entre les deux légalité temporaire du versement de commissions au titre de contrats antérieurs à condition de déclaration à l'administration fiscale postérieurement à l'entrée en vigueur.

Cette condition, étrangère à la loi ancienne comme à la loi nouvelle, apparaît le pivot d'une véritable disposition transitoire laquelle s'inscrit toutefois sur fond de polémique au regard de l'application du principe de non rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus sévère. Si l'on estime en effet que cette dernière doit s'appliquer immédiatement dès son entrée en vigueur aux actes d'exécution même de contrats antérieurs, la loi nouvelle succède sans interstice à la loi ancienne... ne laissant plus de place dès lors à une quelconque disposition transitoire.