

LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES EN DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

Par

Étienne VERGÈS
ATER à la Faculté de Droit de Grenoble

1. "Si l'art de faire les lois est entre tous difficile, celui de les insérer dans le temps est plus périlleux encore. Heureux est-on lorsque, croyant aplanir quelques difficultés, l'on en crée pas de nouvelles" (1). Ainsi résumée, la problématique des dispositions transitoires dissuaderait plus d'un juriste de s'aventurer dans cet univers transversal, technique et peu attractif de prime abord. Si l'on ajoute à cela, que l'objet de la présente étude est précisément de se placer au point de rencontre des dispositions transitoires et de la procédure civile, l'on pourrait craindre de perdre son lectorat dès les premières lignes. La question n'est pourtant pas sans intérêts.

L'inflation des textes normatifs est un phénomène incontesté. En droit judiciaire, elle se caractérise, non par l'accumulation des textes, mais par la fréquence des réformes. Sans connaître les excès de la législation pénale, le procès civil subit régulièrement son lot de lois et décrets qui tendent tous à perfectionner le fonctionnement de l'institution judiciaire. A l'évidence, la modernisation des procédures est un objectif louable, si l'on omet de s'intéresser à la question de la succession des réformes dans le temps. Toute médaille possède son revers et le mouvement perpétuel de la législation est un facteur important d'instabilité voire d'opacité (2).

Pour résoudre la question, chaque texte rencontre dès son entrée en vigueur les règles du droit transitoire. Ces règles se présentent sous des formes diverses. En premier lieu, le droit transitoire commun se caractérise par un principe très simple à formuler mais dont l'application relève d'une redoutable complexité. Ce principe n'apparaît pas dans le nouveau Code de procédure civile ni dans celui de l'organisation judiciaire (3). Pour le connaître on se tourne logiquement vers l'article 2 C. civ. qui prévoit la non rétroactivité des lois (4). La loi de procédure (5) ne peut

(1) J. Normand, L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie, *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 558. L'auteur de poursuivre : "Ce serait trop dire que dans l'exercice de cet art, le législateur contemporain ait toujours été parfaitement inspiré, il conviendra d'en juger".

(2) J. Héron, *Principes du droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1996, p. 10.

(3) Depuis le décret n° 92-86 du 22 janvier 1992, ont été insérés dans le COJ les articles R. 212-1, R. 311-7 et R. 321-31 qui organisent la succession dans le temps des lois en matière de création et de suppression des Cours d'appel, Tribunaux de grande instance et Tribunaux d'instance.

(4) "Il n'y a aucune règle spéciale aux lois de procédures" écrivait P. Roubier dans son ouvrage de référence : *Le droit transitoire*, Dalloz-Sirey, 2^{ème} édition, 1960, p. 544.

(5) Le droit judiciaire privé connaît en application des articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 une pluralité de sources. Aussi, nous utiliserons le terme de loi d'une manière générique ainsi que la définit M. Héron (*op. cit.* p. 12) : il s'agit de toute "norme abstraite (édictee) selon une procédure qui donne lieu à publicité, quelle qu'en soit la forme". Dans le cadre de cette étude, les expressions "loi nouvelle",

donc être rétroactive. Pourtant cette absence de rétroactivité ne peut avoir la même signification s'agissant d'une loi de forme. Le point de rattachement concernant l'application dans le temps de la loi nouvelle n'est pas le même s'il est question d'une disposition de droit substantiel ou de droit processuel. Le fait générateur du droit substantiel se situe nécessairement en amont du procès, c'est lui qui donne naissance au litige. Au contraire, la règle de droit processuel s'applique aux faits et actes du procès, la loi nouvelle peut donc intervenir pendant le déroulement de ce procès et légitimement s'appliquer aux actes postérieurs à son entrée en vigueur. C'est le principe bien connu de l'effet immédiat des lois nouvelles de procédure (6). La difficulté découle de la constatation suivante : en l'absence d'un dispositif complet et cohérent, à l'instar de celui qui a été introduit dans le "nouveau" Code pénal (7), doctrine et jurisprudence ont progressivement dégagé un droit commun en procédure civile qui permet de donner à chaque situation concrète une solution transitoire. Il en ressort un enchevêtrement de règles techniques dont les fondements et la cohérence n'apparaissent pas toujours avec la clarté nécessaire à la discipline (8).

C'est pour cette raison que les textes réformant la procédure civile sont assortis de dispositions transitoires spécifiques dont l'objet est d'aménager la mise en œuvre du droit nouveau. Une réforme d'ampleur telle que l'adoption d'un nouveau code, ne peut se satisfaire d'une entrée en vigueur en un seul bloc. Certaines procédures anciennes doivent persister jusqu'à épuisement des affaires en cours ; au contraire, certaines règles nouvelles particulièrement nécessaires ne doivent pas subir un report dans l'entrée en vigueur du nouveau texte ; enfin, l'aménagement d'un droit de transition est parfois nécessaire pour passer d'une institution à une autre. La fréquence des dispositions transitoires dans les textes de droit judiciaire privé (9) conduit à la construction d'un droit transitoire spécial qui présente des particularités tant dans sa construction interne que dans ses rapports avec le droit transitoire commun. La présente étude se propose d'appréhender ce droit transitoire spécial.

2. Un travail préalable de définition de l'objet "dispositions transitoires" s'avère nécessaire. Les textes étudiés envisagent ces dispositions sous des formes différentes : on les trouve incluses dans un titre spécifique prévoyant expressément des "dispositions transitoires", ou encore des "dispositions diverses et transitoires" ; on les rencontre aussi enfouies dans le texte même de la réforme. Il faut alors pouvoir les reconnaître.

On peut considérer qu'une disposition transitoire présente les caractéristiques suivantes (10) :

- elle détermine un **passage partiel d'un texte à un autre** (cette hypothèse suppose donc que toutes les dispositions du texte nouveau n'entreront pas en vigueur au même moment) ;
- elle établit un **régime juridique temporel** visant à aménager la transition du droit ancien au droit nouveau ;

"droit nouveau", ou encore "règle nouvelle" seront employées indistinctement pour envisager les sources législatives et réglementaires.

(6) G. Bolard, Droit transitoire et procédure civile, *Mélanges J. Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 440.

(7) Les articles 112-1 à 112-4 nouv. C. pen. prévoient un ensemble de règles qui réglementent l'application dans le temps de toutes les lois de la matière, tant en droit de fond qu'en procédure.

(8) Les éditions du juriste proposent ainsi, sous la plume de J. Miguet quatre fascicules très complets qui présentent toutes les solutions du droit transitoire commun en droit judiciaire privé : *juris-classeur*, éditions techniques, fasc. 59 à 62, mise à jour 1995.

(9) J. Normand, L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie, *op. cit.* p. 556.

(10) Il s'agit là d'une définition commune adoptée lors des séances de travail de l'atelier de méthodologie juridique.

- elle institue un **régime dérogatoire** par rapport à l'ensemble du texte de sorte que certaines dispositions ne suivront pas l'entrée en vigueur globale de la réforme. Cette dérogation peut prendre trois formes distinctes : la survie partielle de la loi ancienne, l'application anticipée d'une partie de la loi nouvelle, ou encore, l'institution d'un régime distinct à la fois de l'ancien et du nouveau droit.

Au regard de cette définition, nous nous attacherons à mettre en évidence l'existence de nombreuses dispositions transitoires dans les textes du droit judiciaire privé (I) ; puis notre réflexion portera sur la coexistence d'un droit transitoire commun et de dispositions spécifiques (II). Nous pourrions alors mesurer l'apport des dispositions transitoires quant à l'application dans le temps des lois de procédure.

I - L'EXISTENCE DE DISPOSITIONS TRANSITOIRES DANS LES TEXTES DU DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

3. La méthode qui consiste à recourir aux dispositions transitoires présente certaines constantes dans les textes procéduriers. Ces dispositions présentent-elles toujours les caractères qui ont été définis plus haut ? Sous quels aspects ces dispositions apparaissent-elles ? Nous répondrons à ces questions à travers l'étude des formes (B) et des caractères (A) des dispositions transitoires en procédure civile.

A - Les caractères de la transition

4. Deux idées traversent la notion de dispositions transitoires. D'une part, elles interviennent pour aménager le passage partiel d'un texte à un autre, en cela la disposition prévoit un régime dérogatoire (a) ; d'autre part, l'aménagement est provisoire, ce qui signifie que la période de transition doit être assortie d'un terme (b).

a) Le passage partiel d'un droit à un autre

5. Premier élément de reconnaissance, ce caractère est celui qui symbolise, avant tout, les dispositions transitoires. Un article qui prévoit l'entrée en vigueur uniforme de l'ensemble du texte ne saurait être considéré comme une disposition transitoire au regard de la définition adoptée. L'idée même de transition exprime le passage progressif d'une situation à un autre. L'entrée en vigueur simultanée de tous les articles d'une loi ou d'un décret exclut nécessairement l'idée de transition. La disposition transitoire est conçue comme un "entre deux" juridique. A un temps donné, on appliquera une partie de l'ancien droit, une partie du nouveau droit, et peut être, le cas échéant, un troisième droit préconisant des solutions autonomes au regard de l'ancien et du nouveau droit. Cette imperfection dans l'entrée en vigueur de la loi nouvelle crée une situation dérogatoire expressément prévue par la disposition transitoire. Cette dérogation n'est pas toujours évidente à déceler.

6. **Le passage partiel simple.** Peu d'exemples suffisent à expliquer un tel phénomène. Un décret du 20 juillet 1972 (11) instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans la partie générale du nouveau Code de procédure civile prévoyait dans son article 125 :

"Le présent décret entrera en vigueur le 16 septembre 1972.

(11) Décret n° 72-684 du 20 juillet 1972, *J.O.* 25 juillet 1972.

Toutefois, les dispositions des articles 53, 104 à 111, du I de l'article 119, et l'article 121 et des I, II, III de l'article 122 sont immédiatement applicables y compris aux pourvois pendants devant la Cour de cassation".

On trouve dans cette disposition un exemple typique du passage partiel simple d'un droit à un autre. Les articles visés correspondent à un certain nombre de règles relatives au recours et le pouvoir réglementaire a estimé urgent de les appliquer le plus rapidement possible. Ainsi, l'ensemble du décret devait entrer en vigueur le 16 septembre 1972 alors que ces articles produisaient leur effet dès le 26 juillet 1972.

Le passage partiel d'un droit à un autre s'avère particulièrement utile concernant les réformes d'ensemble de la procédure. Ainsi, le décret du 20 juillet 1972 visait un ensemble de dispositions éparses relatives à l'action, aux moyens de défense, à l'audience, au délibéré et au jugement. Autant de questions disparates abordées dans un même texte. Comme le souligne G. BOLARD (12), le procès se présente sous la forme d'une situation juridique globale composée de multiples situations particulières. Chaque groupe de règles à l'intérieur du code présente une cohérence et une finalité qui lui est propre. L'application dans le temps d'une réforme globale nécessite un certain respect de ces spécificités. Une modification des conditions d'une voie de recours ne peut recevoir la même application dans le temps que la création d'un nouvel ordre de juridiction. Si le droit transitoire commun n'ignore pas cette spécificité, le recours aux dispositions transitoires permet d'aménager mieux encore le passage d'un droit à un autre.

7. Le passage partiel complexe. Certaines dispositions présentent un caractère dérogatoire douteux. L'identification du passage partiel de l'ancien au nouveau droit apparaît plus difficile à déterminer.

L'article 12 du décret du 10 avril 1985 (13) modifiant les taux de compétence des tribunaux de grande instance et de commerce est rédigé comme suit :

"Les dispositions des articles 1 à 10 du présent décret ne seront applicables qu'aux instances introduites devant la juridiction du premier degré postérieurement au 30 avril 1985".

En apparence ce texte possède un caractère dérogatoire. L'ensemble du décret doit entrer en vigueur le 14 avril 1985 à l'exception des articles 1 à 10. On retrouve l'idée de l'entrée en vigueur partielle du nouveau décret. Pourtant, ce texte ne comporte que 13 articles. Les dix premiers sont des dispositions substantielles de procédure civile sur les taux de compétence des tribunaux de grande instance et de commerce, le onzième abroge un décret du 31 mars 1874, le douzième organise l'entrée en vigueur des dix premiers, enfin, le dernier comporte l'habituelle formule "Le garde des sceaux, ministre de la justice, est chargé de l'exécution du présent décret...". On constate aisément que, loin d'être dérogatoire, l'article 12 précité organise l'entrée en vigueur de dix dispositions substantielles sur onze. On observe donc un passage partiel, mais la disposition transitoire expresse ne peut être envisagée comme dérogatoire au regard de l'ensemble du texte. Son caractère transitoire au sens où nous l'entendons ne peut être totalement rejeté mais semble contestable.

Un autre cas de figure présente une complexité similaire. La loi du 16 juillet 1987 (14) révisait la procédure devant les tribunaux de commerce et le mode d'élection des délégués consulaires. Le titre 1 de la loi concerne les tribunaux de

(12) G. Bolard, Droit transitoire et procédure civile, *op. cit.* p. 445.

(13) N° 85-422, J.O. 13 avril 1985.

(14) Loi n° 87-550 du 27 juillet 1987, J.O. 19 juillet 1987.

commerce, le titre 2 les greffiers de ces tribunaux, et le titre 3 l'élection des délégués consulaires. Deux articles visent l'application dans le temps de cette loi :

article 21 : "Les dispositions du titre 1, du titre 2 et de l'article 19 de la présente loi entreront en vigueur le 1^{er} janvier 1988".

article 24 : "Les dispositions des articles 6 à 18 (il s'agit du titre 3) de la présente loi sont applicables lors du prochain renouvellement triennal des délégués consulaires et des membres des chambres de commerce et d'industrie".

L'entrée en vigueur partielle de la loi du 16 juillet 1987 ne fait aucun doute au regard de ces deux articles. Pourtant, cette apparence de transition ne doit pas cacher la dualité de la loi : d'une part les règles de procédure applicables devant les tribunaux de commerce, d'autre part l'élection des membres de ces juridictions. Deux matières distinctes regroupées dans une même loi par leur communauté d'objet. Cette loi étant dépourvue d'unité procédurale, on ne peut voir à travers les articles 21 et 24 le passage partiel d'un droit à un autre. Il s'agirait plutôt de deux droits distincts dont l'application dans le temps est prévue de façon spécifique, sans être dérogatoire, par deux dispositions de la même loi.

Le caractère dérogatoire des dispositions transitoires au regard de la réforme d'ensemble présente une incontestable diversité, il en va de même pour le caractère provisoire de la période transitoire.

b) Le caractère provisoire de la période transitoire

8. La notion de transition contient en elle-même l'idée selon laquelle, un jour ou l'autre, la loi nouvelle doit retrouver une application uniforme. Toute disposition transitoire doit donc prévoir un terme à la période transitoire. La situation idéale serait celle d'une date à laquelle toutes les dispositions de la loi nouvelle seraient entrées en vigueur. Cette date doit toujours exister, ce qui ne signifie pas qu'elle doit toujours être déterminée. Il existe ainsi quatre modèles de transition.

9. **Le terme déterminé :** il s'agit ici de l'hypothèse la plus simple : à échéance fixe et déterminée, la période transitoire cessera. On la retrouve dans de très nombreux textes et notamment dans le décret du 13 juillet 1984 (15) modifiant certaines dispositions de procédure civile et d'organisation judiciaire. L'article 31 de ce décret prévoit :

"Le présent décret entrera en vigueur le 1^{er} octobre 1984 à l'exception des dispositions de l'article 19 qui seront applicables à compter du 1^{er} janvier 1985".

Le texte institue donc une période transitoire d'une durée de trois mois dont le point de départ se situe au premier octobre 1984 et le terme au premier janvier 1985. Pendant cette période, l'application de l'article 19 est retenue et le droit ancien survit provisoirement. Le terme déterminé possède un intérêt certain, il est aisé à utiliser et ne présente pas de difficulté d'interprétation.

10. **Le terme indéterminé :** une telle situation peut paraître surprenante. Le terme de la période transitoire existe, mais on ne le connaît pas. On peut l'envisager mais on ne peut en dater l'échéance. Le cas se présente pourtant fréquemment. Ainsi, l'article 109 du décret du 9 septembre 1971 (16) mentionne que :

(15) Décret n° 84-618, du 13 juillet 1984, J.O. 18 juillet 1984.

(16) Décret n° 71-740 du 9 septembre 1971, J.O. 11 septembre 1971 et rectificatif J.O. 16 septembre 1971.

"Les recours formés contre les décisions statuant dans les matières ou sur les mesures mentionnées à l'article 41 continuent à être instruits et jugés selon les modalités en vigueur à la date à laquelle ils ont été formés".

Ce texte prévoit la survie de la loi ancienne pour tous les recours formés avant l'entrée en vigueur du décret. La loi ancienne va donc continuer à s'appliquer jusqu'à épuisement de tous ces recours. Le terme de la période transitoire dépend donc de l'épuisement du rôle de la juridiction compétente pour statuer sur ces recours (en l'occurrence contre certaines décisions du juge de la mise en état). Cette situation provoque un phénomène étonnant : au même moment, la juridiction pourra connaître des recours de même nature contre les décisions du même juge mais "instruits et jugés" selon deux procédures différentes. Ce type de dispositions soulève une objection : qu'advient-il de l'unité procédurale ? Peut-on admettre qu'une juridiction applique au même moment deux règles distinctes ? La question doit, en réalité, être posée : l'unité procédurale présente un double aspect. Le premier est celui que nous venons d'évoquer, il appréhende le procès en un temps donné : un même juge ne peut instruire et juger différemment deux recours identiques au même moment. Le second se situe dans le déroulement du procès : le juge ne peut modifier la procédure applicable à un recours en raison de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle, si ce recours a été formé sous l'empire de la loi ancienne. La dualité de l'idée d'unité procédurale contraint le créateur du texte à faire un choix : privilégier l'unité d'un procès tout au long de son déroulement, ou, au contraire, favoriser le traitement uniforme de toutes les procédures à un moment donné. L'exercice est périlleux et le législateur peut être tenté de déléguer son pouvoir.

11. Le terme délégué : peu fréquent, le terme délégué est utilisé lorsque le législateur ou le pouvoir réglementaire souhaite une application modulable du nouveau droit. Le créateur de la règle de droit va laisser à chaque juridiction, la possibilité de choisir le moment le plus opportun pour l'entrée en vigueur d'une partie de la réforme. L'exemple typique est celui de l'article 14 du décret du 23 novembre 1979 (17) :

"Le premier Président de la Cour d'appel, sur requête du Procureur général, fixera la date à laquelle les conseils des prud'hommes institués en application de la loi du 18 juin 1979 susvisée seront installés, dans le délai prévu à l'article 10 de ladite loi. Dès leur installation, ces juridictions statuent valablement".

Une telle disposition appelle plusieurs remarques. On peut être surpris de voir que le pouvoir réglementaire, qui est un pouvoir délégué en matière d'organisation juridictionnelle, se décharge lui-même de l'application de la loi nouvelle sur les juridictions. L'originalité de la méthode a pour objectif principal de tenir compte des contraintes propres à l'organisation de chacune des juridictions instituées. Le respect des spécificités caractérise, ici encore, la disposition transitoire. On peut ajouter à cela que le terme de la période transitoire n'est pas laissé à l'appréciation purement discrétionnaire des présidents de juridiction. La loi du 18 janvier 1979 a pris soin dans son article 10 de déterminer une date butoir (18). La singularité de la situation réside bien dans le fait que le terme n'est ni déterminé, ni indéterminé. On connaît, certes, la durée maximale de la période transitoire (donc le terme n'est pas totalement indéterminé), mais cette période diffère d'une juridiction à l'autre (donc le terme n'est pas non plus déterminé pour toutes les juridictions). On peut dire qu'en réalité, le terme n'est pas déterminé de façon uniforme pour toutes les juridictions.

(17) Décret n° 79-1022, J.O. 2 décembre 1979.

(18) Selon cette disposition, les juridictions devaient être installées au plus tard le 15 janvier 1980.

12. Le terme conditionné : dernier cas de figure, le terme conditionné ne va pas sans soulever certaines interrogations. On en trouve un exemple dans l'article 103 du décret du 9 septembre 1971 (19) :

"l'entrée en vigueur des dispositions de la deuxième partie est subordonnée à l'unification des professions d'avocat et d'avoué devant les tribunaux de grande instance. Elle sera concomitante à cette unification si celle-ci est décidée par le parlement".

La "deuxième partie" évoquée par l'article 103 concerne les dispositions applicables devant le tribunal de grande instance, c'est à dire la réforme de la procédure devant cette juridiction qui devait être intégrée en 1975 dans le nouveau Code de procédure civile. Il va sans dire que cette réforme était subordonnée à l'unification des professions d'avoué et d'avocat dans la mesure où elle supprimait la représentation obligatoire des justiciables par les avoués devant le Tribunal de grande instance. A première vue, l'article 103 présente une logique incontestable, mais du point de vue du droit transitoire, cette technique n'en est pas moins sujette à caution. En effet, rien ne garantit l'application du décret du 9 septembre 1971 dans ses dispositions relatives au Tribunal de grande instance. L'entrée en vigueur du nouveau droit est en fait soumise au vote d'une loi unifiant les professions d'avoué et d'avocat. De manière indirecte, l'autonomie du pouvoir réglementaire en procédure civile cède la place à un pouvoir délégué, ou plutôt conditionné. La réforme d'une procédure dont la compétence relève du règlement autonome dépend de l'adoption d'un texte relevant de la compétence du parlement. Cette situation paradoxale n'est pas sans incidence sur la disposition transitoire en question. A la lecture de l'article 103, on constate que la période transitoire n'est pas limitée dans le temps. Le terme est déterminable mais aucun élément objectif ne permet de prédire si la condition suspensive de l'entrée en vigueur du droit nouveau se réalisera ou si la réforme est condamnée à être suspendue définitivement. L'histoire nous apprend que le problème ne s'est pas posé. En l'espèce, une loi adoptée le 31 décembre 1971 visait précisément l'unification des professions d'avocat et d'avoué, soit moins de quatre mois après la publication du décret, il n'en reste pas moins que l'utilisation du terme conditionné peut risquer de produire des situations absurdes.

La technicité et la diversité qui marquent les caractères des dispositions transitoires laissent place à une plus grande simplicité en ce qui concerne les formes de la transition.

B - Les formes de la transition

13. Il existe trois modèles de transition : la survie de la loi ancienne, l'application anticipée de la loi nouvelle, enfin l'instauration d'un régime juridique provisoire indépendant de l'ancien et du nouveau droit. Nous allons, à présent, confronter ces trois modèles aux dispositions transitoires dans les textes de droit judiciaire privé. Il nous faudra aussi nous interroger sur l'utilité de recourir à ces modèles de transition.

a) La survie de la loi ancienne

14. Il s'agit d'illustrer, dans un premier temps, cette survie avant d'en rechercher les fondements. L'article 34 du décret du 20 juillet 1989 (20) modifiant certaines dispositions de procédure civile prévoit :

(19) J.O. 11 septembre 1971 et rectificatif J.O. 16 septembre 1971.

(20) Décret n° 89-511 du 20 juillet 1989, J.O. 25 juillet 1989.

"Les dispositions du présent décret seront applicables à compter du 15 septembre 1989 (...)

Les dispositions de l'article 13 ne seront applicables qu'aux recours formés contre les jugements rendus après l'entrée en vigueur du décret".

Dans cette disposition, la survie de la loi ancienne apparaît clairement. Les recours jugés après le 15 septembre 1989 mais formés avant cette date seront jugés selon l'ancien droit alors même que le décret prévoit une nouvelle procédure. Le nouveau droit est retenu pendant une certaine durée. Ce modèle de dérogation est très fréquent en ce qui concerne l'exercice des voies de recours. On le retrouve dans d'autres cas de figure. Le décret du 28 août 1972 (21) possède un article 190 rédigé comme suit :

"les dispositions du présent décret entreront en vigueur le 16 septembre 1972 à l'exception de celles de la cinquième partie et celles des articles 37 et 185 qui seront applicables à compter du premier janvier 1973".

La "cinquième partie" visée dans le texte intéresse la procédure devant la Cour d'appel dans son ensemble. La survie de la loi ancienne ne dépend pas de l'épuisement du rôle de la Cour mais s'étend sur une période donnée de 4 mois. A travers ces deux exemples, on discerne deux idées qui sous-tendent la survie de la loi ancienne : la préservation de certains droits des justiciables d'une part, et l'aménagement de certaines institutions procédurales d'autre part.

15. Préservation des droits des justiciables et unité procédurale. La notion d'unité procédurale a déjà été évoquée plus haut sous une forme duale. L'un des aspects de cette unité se conjugue avec les droits des justiciables, ce qui explique sa prédominance en droit transitoire. La doctrine a constaté que l'effet immédiat des lois de procédure pouvait présenter des inconvénients majeurs (22). Pour comprendre ce phénomène, il faut rappeler que certaines règles procédurales ne portent pas seulement sur un acte donné à un moment donné, mais parfois sur une procédure qui se développe pendant une certaine durée. Ces procédures possèdent un point de départ et un terme définitif. C'est l'hypothèse d'un recours dont le point de départ est celui du jour où la décision attaquée est notifiée, et le terme, celui du jour où il est définitivement statué sur la recevabilité et le bien fondé de ce recours. Si une loi nouvelle intervient pendant cette phase, elle risque de porter préjudice aux droits des justiciables en modifiant, par exemple, les délais de prescription ou encore les conditions de recevabilité du recours. L'application immédiate de la loi nouvelle conduirait en fait à conférer une portée rétroactive à ce texte. L'exclusion d'une condition de recevabilité d'un recours par la loi nouvelle, modifierait - si elle reçoit une application immédiate - l'examen de recours formés antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau texte. Le recours doit au contraire obéir, tout au long de son exercice, au même droit, d'où l'expression d'unité procédurale. La survie partielle de la loi nouvelle entend donc "tempérer, dans certains cas, la rigueur du principe d'applicabilité immédiate de la loi nouvelle" (23).

On retrouve d'ailleurs l'idée d'unité procédurale en droit transitoire commun. L'article R.311-7 C. org. Jud. prévoit que :

"lorsqu'un tribunal de grande instance est créé ou lorsque le ressort d'un tribunal de grande instance est modifié (...), le tribunal compétent primitivement

(21) Décret n° 72-788 du 28 août 1972 *J.O.* 30 août 1972.

(22) Notamment, G. Roujou de Boubée, *La loi nouvelle et le litige*, *RTD civ.*, 1968, p. 479 ; J. Normand, *L'application dans le temps...op. cit.* p. 572 ; P. Hébraud, note sous Ass. plén. 3 avril 1962, *Dalloz*, 1962, juris, p. 465.

(23) G. Roujou de Boubée, *La loi nouvelle et le litige*, *op. cit.* p. 582.

saisi demeure compétent pour statuer sur les procédures introduites antérieurement à la date de création du tribunal ou de modification de son ressort".

Cette prolongation de la compétence est tout à fait similaire à celle que nous venons d'évoquer. Elle procède des mêmes motivations (24).

16. Report dans l'application et aménagement des institutions. La survie partielle de la loi ancienne peut être justifiée par la nécessité de laisser aux juridictions un temps d'adaptation avant d'appliquer le droit nouveau. L'article 190 du décret du 28 août 1972 précité nous en fournit un exemple significatif. Lorsqu'un texte réglementaire modifie de nombreux pans du Code de procédure civile, certaines dispositions ne peuvent entrer en vigueur sans avoir fait l'objet d'une "prise en main" par les magistrats, au besoin, d'une réorganisation de la juridiction. Cette accommodation suscite légitimement une période au cours de laquelle les institutions vont se préparer à recevoir le droit nouveau. On retrouve l'idée d'une progression qui se rapproche logiquement de la notion de transition. Permanence des droits des justiciables, adaptation et progression motivent la survie partielle de la loi ancienne. Qu'en est-il alors des dispositions transitoires prévoyant une entrée en vigueur anticipée de certaines règles ?

b) L'application anticipée de la loi nouvelle

17. Ce procédé est aux antipodes de celui que nous venons de décrire, il est aussi moins fréquent. Quels en sont, dès lors les fondements ? G. Roujou de Boubée évoque l'idée selon laquelle "le droit n'échappe (pas) au mouvement général d'accélération et la matière des conflits de loi dans le temps constitue certainement l'un des terrains les plus favorables à l'épanouissement de ce mouvement" (25). Une explication que nous tenterons de développer au regard de quelques exemples.

L'article 125 du décret du 20 juillet 1972 (26) organise l'entrée en vigueur de dispositions destinées à s'intégrer dans la partie générale du nouveau Code. Il dispose :

"le présent décret entrera en vigueur le 16 septembre 1972.

Toutefois, les dispositions des articles 53, 140 à 111, du I de l'article 119, de l'article 121 et les I, II et III de l'article 122 sont immédiatement applicables, y compris aux pourvois pendants devant la Cour de cassation".

Un rapide regard sur les dispositions visées dans ce 2^{ème} alinéa permettra d'éclairer notre propos :

- l'article 53 porte sur le régime des nullités. Il prévoit qu'une nullité ne peut être prononcée "qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque, de prouver le grief que lui cause l'irrégularité".

- l'article 108 prévoit que les erreurs ou omissions matérielles qui affectent un jugement peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu.

- l'article 110 al 1 vise la possibilité pour la juridiction qui a statué sur un chef de demande de compléter son jugement sans porter atteinte à la chose jugée.

- l'article 104 donne au jugement "la force probante d'un acte authentique".

(24) Une telle solution n'est pas partagée par tous. Cf. notamment G. Bolard qui estime "il ne serait guère concevable que la juridiction se survive jusqu'à complète liquidation de son rôle", *op. cit.* p. 448. C'est pourtant la solution expressément adoptée par l'article R.311-7 mais aussi par les articles R.212-1 et R.321-31 C. org. Jud.

(25) G. Roujou de Boubée, *La loi nouvelle et le litige*, *op. cit.* p. 481.

(26) Décret n° 72-684 du 20 juillet 1972, *J.O.* 25 juillet 1972.

Autant de dispositions éparses pour lesquelles nous tenterons de dégager les raisons d'une entrée en vigueur anticipée ; il nous faut, au préalable, envisager un autre exemple.

Le décret du 12 mai 1981 (27) fut le dernier à s'intégrer dans le nouveau Code. Il comporte un article 52 ainsi libellé :

"les dispositions du livre III du nouveau code de procédure civile entreront en vigueur le 1^{er} janvier 1982.

Toutefois, celles de l'article 1103 du nouveau code de procédure civile sont immédiatement applicables"

L'article 1103 en question évoque le pourvoi en cassation contre la décision qui prononce le divorce entre deux époux. La disposition mentionne que ce recours est suspensif lorsqu'il est exercé dans le délai de quinze jours.

Une première remarque s'impose. En aucun cas, l'entrée en vigueur anticipée n'a pour effet de conférer à une partie du texte une application rétroactive. En réalité, la situation se présente de la manière suivante : la réforme, dans son ensemble, voit son application retardée à une date ultérieure, malgré la publication au journal officiel ; la disposition transitoire se contente de prévoir l'effet immédiat de dispositions spécifiques. Mais en quoi consiste cette spécificité ?

18. Le respect des droits de la défense. C'est le motif le plus apparent de l'application avancée de la loi nouvelle. L'effet suspensif d'une voie de recours ou l'exigence d'un grief pour obtenir la nullité d'un acte de procédure sont deux règles en relation directe ou indirecte avec les droits de la défense. La preuve d'un grief, aujourd'hui généralisée en droit processuel relève d'une atteinte aux droits de la défense. Ces droits sont atteints si une irrégularité procédurale cause un grief au regard des intérêts de la partie qui allègue la nullité. Concernant l'effet suspensif d'une voie de recours, cette disposition améliore incontestablement l'efficacité du recours en question et donc du principe du *droit au recours*, corollaire des droits de la défense. Ces derniers ont toujours existé, ils symbolisent à la fois le respect des justiciables mais aussi la reconnaissance, au premier plan, des parties dans le procès. Toute disposition qui fait progresser ou qui impose le respect des droits de la défense ne peut voir son application retardée. Elle ne doit pas subir les effets d'un report dans l'entrée en vigueur du texte dans lequel elle est insérée. Son application anticipée au moyen d'une disposition transitoire est un moyen efficace d'étendre le bénéfice d'un nouveau droit à l'une ou à toutes les parties au procès (28).

19. La qualité et l'autorité des décisions de justice. C'est l'autre élément qui se dégage des dispositions dont on a précipité l'application. Les règles nouvelles qui engendrent la possibilité, pour une juridiction, de revenir sur sa décision pour en rectifier les erreurs matérielles ou omissions, pour en compléter les motifs ou le dispositif, sont autant de mesures qui contribuent à améliorer la qualité de cette décision. Un tel mobile ne rencontre aucune objection et ne peut porter atteinte à un

(27) Décret n° 81-500 du 12 mai 1981, *J.O.* 14 mai 1981.

(28) Sur l'application de l'article 53 du décret du 20 juillet 1972 instituant l'exigence d'un grief pour obtenir l'annulation d'un acte de procédure, Cf. J. Normand, *op. cit.* p. 574. Celui-ci explique comment l'application anticipée de la règle a contraint la Cour de cassation à valider les décisions de certaines Cours d'appel qui avaient anticipé sur la réforme en rejetant les demandes de nullité pour lesquelles aucun grief n'avait été démontré. Cette application anticipée n'a pas été sans effets pervers puisque certains arrêts d'appel n'ayant pas recherché l'existence d'un grief ont été cassés, puis renvoyés devant une nouvelle juridiction du fond. Dans certaines affaires, un grief a, finalement, été décelé et l'acte annulé. Un tel allongement inutile de ces procédures aurait pu être évité, toujours selon J. Normand, si la disposition avait été rédigée avec plus de précision.

quelconque intérêt. Différer l'application d'une telle mesure conduirait à nuire aux parties qui auraient pu bénéficier de la rectification mais aussi aux décisions de justice n'ayant pu faire l'objet d'une telle modification. La qualité d'un jugement lui donne une certaine autorité, à condition que cette autorité soit reconnue. L'article 104 précité du décret du 20 juillet 1972 donne au jugement la force probante d'un acte authentique. Il serait surprenant qu'une telle règle ne reçoive un effet immédiat. Il se peut que cette règle fasse partie d'un texte plus global nécessitant une entrée en vigueur différée. La disposition transitoire contribue au respect de sa spécificité relativement à son application dans le temps.

Pour synthétiser notre propos, on empruntera (29) simplement l'idée selon laquelle l'application anticipée d'une disposition peut correspondre aux progrès réalisés sur le droit antérieur qui exclut tout retard ayant pour conséquence de priver la justice ou les justiciables de ces progrès. Au delà de cette notion objective, législateur et pouvoir réglementaire peuvent simplement estimer que la disposition nouvelle paraît particulièrement nécessaire ou opportune. Cette qualité conférée à la règle justifie une fois encore l'application dérogatoire au regard du texte qui la contient.

Le particularisme est encore accentué lorsque la disposition transitoire institue un régime qui déroge non seulement au droit ancien mais aussi à la législation nouvelle.

c) La création d'un régime transitoire autonome

20. C'est l'hypothèse idéale du transit. A l'image du voyageur qui, pour passer d'un pays à l'autre traverse un troisième Etat, ce cas de figure met en scène un droit d'origine, un droit de destination, et, un troisième droit, celui qui sera traversé le temps de la transition. Ce type de disposition a pris le nom de "disposition transitoire substantielle" (30). D'emblée, il faut avouer que ce phénomène n'existe qu'à l'état de *trace* (31) en procédure civile. Contrairement à la procédure pénale qui a pu connaître des régimes transitoires autonomes originaux et cohérents (32), nous n'avons pu observer, au cours de nos recherches (33), qu'un seul modèle de dispositions transitoires instituant un droit différent de l'ancien et du nouveau régime. Il ne présente, d'ailleurs, qu'une application des solutions dégagées par la jurisprudence. La complexité du système exige une présentation détaillée de ce modèle.

On trouve, dans la loi du 5 juillet 1985 (34) relative à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, un article 46 ainsi rédigé :

(29) J. Normand, *ibid.*, p. 574, G. Roujou de Boubée, *op. cit.* p. 581.

(30) Sur cette appellation, Cf. notamment, F. Dekeuver-Defossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, LGDJ, 1997, p. 217 et suiv.

(31) La trace évoque, principalement dans les sciences de la nature, une très petite quantité perceptible, suffisante pour que sa présence soit remarquée mais trop faible pour qu'il puisse en être fait une utilisation quelconque. Au cours de nos recherches, seules trois dispositions transitoires ont envisagé l'hypothèse d'un troisième droit, d'où la rareté évidente du modèle.

(32) Par exemple, la loi du 4 janvier 1993 qui prévoyait l'intervention de l'avocat au cours de la première heure de garde à vue avait prévu une période transitoire jusqu'au 31 décembre 1994 pendant laquelle cette intervention n'aurait lieu qu'à compter de la 21^{ème} heure. En définitive le régime transitoire a été entériné par une loi du 24 août 1993. Cf. Sur ces lois, E. Vergès, *La réforme de la mise en état des affaires pénales, le projet Delmas-Marty face à ses prolongements législatifs de l'année 1993*, mémoire de DEA Sciences criminelles, Aix-en-Provence, 1995. Cf. aussi P. Battistini, *Les dispositions transitoires dans les législations modifiant le Code de procédure pénale*, dans la même revue, p. 1495.

(33) Qui se limitent, il est vrai, aux réformes de la procédure à compter du nouveau code, ainsi qu'à des recherches bibliographiques visant un certain nombre de textes antérieurs à cette date.

(34) Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, *J.O.* 6 juillet 1985.

"la prescription prévue à l'article 38 en cours lors de l'entrée en vigueur de la présente loi sera acquise à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de cette entrée en vigueur, à moins que la prescription telle qu'elle était fixée antérieurement, ne soit acquise pendant ce délai".

L'article 38 en question avait pour but de diminuer la prescription trentenaire en matière de responsabilité civile délictuelle. Il instituait un article 2270-1 dans le Code civil disposant que ces actions se prescrivaient par 10 ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation.

Cet article conduit à créer trois situations distinctes après l'entrée en vigueur de la loi :

- situation la plus simple, si un dommage survient après l'entrée en vigueur. Ce délai de prescription est celui de la loi nouvelle, c'est à dire de dix ans.

- si le dommage est né antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi (prenons l'hypothèse d'un dommage survenu six mois avant cette date), le délai de prescription recommence à courir à compter de cette entrée en vigueur, ce délai sera donc celui de dix ans auquel est ajouté le délai de six mois déjà écoulé. On obtient donc un nouveau délai de prescription : dix ans et six mois.

- si l'ancien délai de prescription (trente ans) est écoulé pendant les dix ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, la prescription de l'action est alors acquise. Par exemple, si un dommage est survenu en 1957, l'ancien droit prévoit que l'action est prescrite en 1987 soit trente ans plus tard. Pourtant, la loi de 1985 est intervenue entre temps, elle prévoit, en principe, un nouveau départ pour dix ans de la prescription. L'exception prévue par la loi joue dans cet exemple : l'ancienne prescription est acquise pendant le délai de dix ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi de 1985, elle ne bénéficie pas du rallongement de sa durée.

Une seule loi prévoit donc l'existence de trois prescriptions différentes. L'ancien délai de trente ans, le nouveau délai de dix ans, et un troisième délai, ce fameux troisième droit qui, dans notre exemple, est de dix ans et six mois.

21. Ces dispositions transitoires substantielles ne sont pas sans créer de nouvelles perturbations car, au lieu d'être en présence de deux droits qui se succèdent, le juge sera confronté à trois solutions selon les cas de figures qui lui sont présentés (35). Confusions et conflits d'interprétations peuvent résulter d'une telle disposition dont la rédaction ne présente d'ailleurs pas, la plus grande clarté. Néanmoins, au delà de l'insécurité juridique, cette technique permet à la fois de maintenir les droits procéduraires acquis avant l'entrée en vigueur de la réforme, tout en évitant certaines aberrations qui auraient pu se produire dans la conjonction des prescriptions trentenaire et décennale. Esprit logique et préservation des droits de la défense semblent encore une fois être à la source des dispositions transitoires substantielles en procédure civile.

On notera à ce propos que le droit commun transitoire rejoint ici l'application de ce type de dispositions. La jurisprudence prévoit ainsi que, lorsqu'un texte réduit la durée d'une prescription, le nouveau délai écourté ne commence à courir qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (36). Par contre la durée totale de la

(35) F. Dekeuver-Defossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, op. cit. p. 217, n° 177.

(36) Cf. notamment sur l'application de la loi du 13 juillet 1930 réduisant de cinq à deux ans le délai en matière d'assurance, Cass. civ., 9 juillet 1934, *Rec. ass.*, 1934, p. 255 ; et plus généralement sur la question, le *juris-classeur procédure*, fasc. 61, n° 21.

prescription ne peut dépasser la durée totale de l'ancien délai tel qu'il était fixé par la loi abrogée (37).

On constate ici que les dispositions transitoires peuvent reprendre les solutions du droit transitoire commun. Quelle est alors leur utilité, leur spécificité ? Quels sont les objectifs qui déterminent législateur et pouvoir réglementaire à recourir à la technique des dispositions transitoires alors même qu'il existe un droit transitoire commun ?

II - LA COEXISTENCE DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET DES PRINCIPES DU SYSTÈME TRANSITOIRE COMMUN EN DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

22. Nous avons confronté les textes de procédure civile à la définition retenue en introduction. Nous avons ainsi été en mesure de cerner les applications de cette notion en procédure civile. Il nous faut maintenant nous interroger sur les raisons qui gouvernent l'existence d'un droit transitoire spécial - constitué par l'ensemble des dispositions transitoires - mitoyen d'un droit transitoire commun - constitué par un ensemble de principes d'origine souvent jurisprudentielle -, se déclinant en de multiples applications. Ces deux ensembles entretiennent des rapports, leurs actions se conjuguent, se complètent ou se contredisent. Nous observerons ainsi qu'il existe un recours utile aux dispositions transitoires (A) et, dans une certaine mesure, une utilisation parfois maladroite de ce procédé (B).

A - Le recours utile aux dispositions transitoires

23. Le droit transitoire commun n'est pas, loin de là, sans présenter un certain nombre d'imperfections. En premier lieu, aucun principe n'est explicitement formulé dans un texte de procédure civile. Tout au plus avons-nous pu déceler la présence de trois articles, dans le code de l'organisation judiciaire, prévoyant les modalités d'application des lois qui créent ou suppriment certaines juridictions (38). Le principe de l'effet immédiat des lois de procédure se déduit de l'article 2 du Code civil (39). La jurisprudence est donc tenue de louvoyer à travers la diversité des règles du droit judiciaire privé pour en dégager un système transitoire cohérent. La tâche est loin d'être aisée et nous verrons que les solutions générales ne sont pas toujours opportunes ou adaptées. Les dispositions transitoires ont, entre autres, pour fonction de rectifier les erreurs commises par le droit commun (a) mais aussi de préciser voire de perfectionner l'application du droit commun (b).

a) La remise en cause du droit transitoire commun

24. Au cours de nos recherches, nous avons identifié un certain nombre de dysfonctionnements du droit commun. Nous avons classé ces dysfonctionnements puis nous nous sommes attaché à la manière dont les dispositions transitoires les corrigeaient en modifiant la solution de conflit de loi dans le temps. Ces modifications poursuivent divers objectifs.

25. *Eviter que l'application immédiate ne se transforme en rétroactivité.* Le danger principal relatif au principe de l'effet immédiat est justement que cet effet

(37) Cass. civ., 9 juillet 1934, préc. Cf. aussi, sur l'application de la loi du 5 juillet 1985 susvisée, CA Paris, 4 avril 1990, *Dalloz*, 1990, IR, p. 114.

(38) Les articles R.311-7, R.212-1 et R.321-31 C. org. Jud. déjà cités applicables devant le TI, TGI et Cour d'appel.

(39) "La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif".

provoque une rétroactivité. Cette dérogation au principe fondateur du droit transitoire devrait tomber sous le coup de la censure des juges. Pourtant, la frontière entre effet immédiat et rétroactivité n'est pas toujours évidente à établir. Plusieurs exemples montrent que la jurisprudence a pu faire jouer les effets d'une règle nouvelle sur des actes antérieurs à son entrée en vigueur (40).

Un premier exemple met en lumière une interprétation douteuse de l'effet immédiat par des juridictions du fond. Un décret du 27 mars 1977 établissait l'inventaire d'un certain nombre de biens insaisissables. Ce décret a été appliqué aux procès verbaux de saisies antérieurs à l'entrée en vigueur du décret. A l'appui d'une telle solution, on a avancé le principe de l'effet immédiat aux saisies qui n'avaient pas été matériellement effectuées. On soutenait aussi que s'agissant d'un texte plus clément à l'égard du débiteur, ce texte pouvait légitimement porter sur des actes antérieurs en vertu de la règle de la rétroactivité *in mitius* bien connue des pénalistes. Ces deux arguments fallacieux cachaient une véritable rétroactivité prohibée. La Cour de cassation ne devait pas s'y tromper. Elle rétablissait une interprétation exacte de l'effet immédiat en affirmant qu'il fallait se placer au jour du procès verbal pour déterminer quelle était, à ce jour, la loi applicable (41). La rétroactivité était évitée *in extremis*, ce n'a pas toujours été le cas.

S'agissant d'apprécier la régularité formelle d'un mémoire préalable à une instance en révision des loyers signifiée en 1967, la Cour d'appel de Reims a soumis cet acte de procédure à un décret entré en vigueur le 3 juillet 1972 sous prétexte que sa décision était postérieure à cette date (42). Nouvelle application rétroactive qui devait échapper à la censure de la Cour suprême. Cette dernière allait, elle aussi, céder à la confusion.

L'article 387 al 2 nouv. C. pr. civ. a institué la règle selon laquelle la péremption d'instance ne peut plus être couverte lorsque le délai est écoulé. Aucun acte ne peut être effectué à la suite de cette péremption. Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code, certains actes avaient été effectués, conformément au droit en vigueur, après l'écoulement du délai de péremption. Jugés quelques années plus tard, alors que le nouveau code était applicable, ces actes ont été déclarés irrecevables par de nombreuses juridictions du fond. Attitude confirmée par la Cour de cassation notamment dans un arrêt du 16 février 1978 (43). Cette dernière faisait observer que les juges du fond ne peuvent qu'appliquer le droit en vigueur au jour de leur décision.

Toutes ces interprétations détournées du principe de l'effet immédiat procèdent, en fait, d'une confusion sur le point de rattachement de cet effet. Nous l'avons déjà dit, un acte de procédure peut s'étaler sur une certaine durée. Il peut aussi être effectué en un jour donné et sa validité contrôlée bien plus tard. Dans le cas d'une saisie, le procès verbal initial de la saisie est effectué afin d'établir l'inventaire des biens du débiteur. Un certain temps s'écoule avant que la saisie matérielle et la vente des biens saisis n'interviennent, ne serait-ce que pour laisser au débiteur un délai de paiement ou de contestation. Il apparaît logique que le point de rattachement du droit applicable à une saisie soit celui du procès verbal de la saisie. Cet acte, s'il est régulier au jour où il a été fait, ne peut plus, par la suite être entaché d'illégalité du fait d'une modification de la règle de droit. Dans cet exemple, le procès verbal de saisie fige, définitivement, la détermination des biens saisissables et insaisissables, au jour où il est effectué.

(40) Nous empruntons ces exemples à l'article précité de J. Normand.

(41) Cass. civ. 2^eme, 4 juin 1980, *Bull. civ.*, II, n° 133, p. 93.

(42) C.A. Reims, 21 février 1975, *Gaz Pal.*, 1975, 2, p. 688, *RTD civ.* 1976, p. 179, obs. Normand.

(43) Cass. civ. 2^eme, 16 février 1978, *Bull. civ.*, II, n° 41, p. 34.

Ces considérations montrent que le point de rattachement du droit applicable ne peut être systématiquement fixé au jour de la décision des juges, mais au contraire, doit tenir compte de la particularité de chaque situation procédurale. Ceci, afin d'éviter qu'application immédiate et rétroactivité ne se confondent. C'est pour cela que de très nombreuses dispositions transitoires définissent avec précision un point de rattachement qui déterminera le droit applicable. Par exemple, l'article 9 al. 2 du décret du 5 décembre 1975 (44) prévoit que :

"les dispositions de l'article 727 du nouv. C. pr. civ. ne seront applicables qu'aux affaires dont la juridiction sera saisie après l'entrée en vigueur des dispositions visées à l'alinéa précédent".

Ici la dérogation apparente au principe de l'effet immédiat ne vise en fait qu'à préserver la validité des actes accomplis antérieurement à la mise en œuvre du nouveau texte.

De même l'article 14 du même décret dispose que :

"les articles 703 à 723 ne s'appliqueront qu'aux demandes formées le 31 décembre 1977, jusqu'à cette date, il est procédé conformément aux règles en vigueur au 31 décembre 1975".

Dans cette disposition, le point de rattachement est clairement identifié : il s'agit de la date de la demande. Les juges sont, en principe, tenus de suivre la prescription réglementaire.

26. Empêcher que le fonctionnement des institutions ne soit alourdi.

C'est souvent un effet pervers résultant de l'application immédiate du droit nouveau. On le retrouve particulièrement lorsqu'un texte, crée, supprime, ou modifie, l'organisation ou la compétence des juridictions. Par exemple, le transfert de compétence d'un tribunal à un autre, ne va pas sans poser des difficultés. En premier lieu, le justiciable qui avait saisi la juridiction antérieurement compétente va devoir enrôler de nouveau son affaire devant la nouvelle juridiction et perdre ainsi un temps précieux dans le règlement de son litige. De même, la juridiction nouvellement compétente ajoute à son rôle un contentieux qui allongera d'autant les délais pour rendre une décision. Le phénomène d'encombrement n'est pas systématique. Si une juridiction nouvelle est créée, elle accueillera facilement le contentieux qui lui est déféré, et les justiciables gagneront autant de temps à saisir des magistrats dont la disponibilité est immédiate.

C'est pour cela que la loi du 18 janvier 1979 réformant les juridictions des prud'hommes et instituant de nouvelles juridictions avait prévu dans son article 4 que les procédures en cours devant les anciens conseils seraient transférées en l'état aux juridictions nouvellement instituées.

A l'inverse, l'article 5 du décret du 5 décembre 1975 retardait l'entrée en vigueur des dispositions du nouveau code sur la récusation, et le renvoi aux demandes formées après l'entrée en vigueur du décret de codification. Le droit commun transitoire aurait au contraire commandé une application immédiate des dispositions sur la récusation aux instances en cours. Ce qui aurait pu avoir pour effet de dessaisir un magistrat ou une juridiction en cours d'instance. On imagine aisément le ralentissement ainsi créé dans le traitement des dossiers. La disposition transitoire a eu pour effet d'éviter un tel phénomène.

27. Remettre en cause l'existence d'un critère inadéquat issu du droit commun.

Nous avons rencontré ce cas de figure en matière d'application dans le

(44) Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, nouv. C. pr. civ., *Dalloz* 1998, p. 665.

temps des lois de compétence. On applique aujourd'hui de façon systématique (45) le principe de l'effet immédiat des lois de compétence aux instances à venir ou en cours et ce, quelle que soit la date qui a donné naissance au litige (46). Cependant, en ce qui concerne les instances en cours, la compétence d'une juridiction résiste à la loi nouvelle si une décision sur le fond a été rendue par cette juridiction (47). Ce choix d'un jugement sur le fond comme critère destiné à figer le droit applicable, loin d'être contestable, n'en paraît pas plus opportun. Quel motif justifie une telle solution ? La doctrine a pu légitimement développer un débat sur la question (48). On a fait valoir que la solution sur le fond relevait de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Il fut justement rétorqué qu'il ne s'agissait pas là du seul acte lié à la fonction juridictionnelle. On admettait enfin que la règle émanait plus d'un "compromis raisonnable" (49) que d'une solution tout à fait rationnelle. Il s'agirait tout au plus d'une modération quelque peu arbitraire, afin d'atténuer les effets, souvent rigides, du principe de l'application immédiate.

C'est pour cette raison que les dispositions transitoires s'affranchissent assez librement de la règle jurisprudentielle en modifiant le point de rattachement de la loi nouvelle. Le décret du 5 décembre 1975 instituant le nouveau code de procédure civile comporte un article 4 rédigé comme suit :

"Les dispositions des articles 33 à 52 du nouv. C. pr. civ. ne sont applicables qu'aux demandes introductives d'instances formées après l'entrée en vigueur du présent décret".

Les dispositions en question déterminent les règles générales de compétence applicables devant toutes les juridictions. La disposition transitoire en excluant les instances en cours du champ d'application du nouveau code en matière de compétence évitait ainsi de tomber dans le piège d'un critère arbitraire tel qu'il avait été déterminé par le droit commun. On se demande même si la solution ne mériterait pas d'être généralisée.

28. La succession de mesures transitoires spéciales aboutit à la création d'un droit commun. C'est un phénomène que nous avons pu observer au cours de nos recherches. Certaines solutions de droit transitoire sont parfois déduites d'un ensemble de dispositions transitoires en provenance de textes épars mais adoptant la même solution. Une manière de créer un pont entre droit commun et droit spécial. J. Normand remarquait (50) qu'aucune jurisprudence récente ne réaffirmait le principe de l'effet immédiat des règles de compétence, sauf décision sur le fond. En l'absence de rationalité véritable de la solution jurisprudentielle (51) les dispositions transitoires dérogent quasi-systématiquement (52) à la règle de principe. Ces

(45) La solution de principe est d'ailleurs apparue dans la jurisprudence pénale, Cass. crim., 5 novembre 1852, *DP*, 1852, 5, p. 353. On la retrouve dans de nombreuses décisions de juridictions du fond par la suite. Sur ce dernier point, Cf. *Juris-classeur procédure*, fascicule 60, n° 46, p. 10.

(46) Solution apparemment logique dans la mesure où la naissance du litige, question de fond, n'a pas de relation, quand à la détermination de la règle transitoire, avec la question de la compétence de la juridiction.

(47) Une fois encore, l'initiative a été prise en matière pénale : Cass. crim. 7 juillet 1871, *S*, 1871, 1, p. 85 ; *DP*, 1871, 1, p. 263. La jurisprudence civile reprenait rapidement la solution : Cass. requ., 25 nov. 1895, *DP*, 1896, 1, p. 37 ; *S*, 1899, 1, p. 502.

(48) Ce débat a été mis en valeur dans l'article de G. Bolard *op. cit.* p. 443, au sein duquel nous avons puisé les différents arguments.

(49) P. Roubier, *Le droit transitoire*, *op. cit.* p. 545.

(50) J. Normand, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé...*, *op. cit.* p. 559.

(51) Nous avons eu l'occasion de souligner l'inadéquation du critère déterminé par le droit commun, Cf. *supra* n° 27.

(52) Notamment : Décret du 26 novembre 1965 article 45, décret du 9 septembre 1971 article 105, décret 75-1122 du 5 décembre 1975 article 3 al 2, décret 75-1123 du 5 décembre 1975 article 4. J.

dispositions, en consacrant la survie de la loi ancienne, confèrent aux textes une portée limitée. Ces textes ne s'appliqueront qu'aux instances introduites après leur entrée en vigueur, ce qui exclut de leur champ d'application les instances en cours. Lorsque la règle jurisprudentielle ne s'applique plus en raison de l'utilisation répétée des dispositions textuelles spéciales, on peut en conclure d'une part que cette règle n'avait pas de fondement certain, mais surtout que le contenu même du droit a changé. La dérogation organisée et systématique finit par former une nouvelle règle de principe, c'est à dire un nouveau droit commun. On peut penser qu'une généralisation de la règle devrait plutôt prendre la forme d'une disposition introduite dans le nouveau code de procédure civile qui réglerait définitivement le conflit de lois dans le temps. La présence répétée de dispositions transitoires dans les textes relatifs aux règles de compétence souligne, dans ce cas de figure, les malfaçons structurelles du droit commun.

Toutes les dispositions transitoires ne constituent pas un moyen de réformer le droit commun, certaines se contentent d'en parfaire l'application.

b) *Le perfectionnement du droit commun*

29. La principale caractéristique du droit commun transitoire réside dans la généralité de son application. Certes, chaque principe possède de très nombreux démembrements sous la forme d'applications jurisprudentielles adaptées. Cependant, on constate qu'il existe un certain nombre de facteurs ayant pour effet de rendre plus délicate l'application de la règle de droit commun ou encore le choix de la solution transitoire adaptée. Ces facteurs peuvent tenir à l'ambiguïté de certains critères utilisés par le droit commun ou encore à la nature de la loi nouvelle, cette nature déterminant la règle de conflit appropriée.

30. **Préciser les critères de la transition.** Objet d'un éternel débat doctrinal et jurisprudentiel, la notion d'instance est aussi la source de nombreux troubles en droit transitoire. Ainsi, le principe fondateur du droit transitoire est bien celui de l'application immédiate des lois de procédure "aux instances en cours" (53). Le terme d'instance ne faisant l'objet d'aucune définition textuelle (54), il a fallu que la jurisprudence détermine à quel moment débutait et se terminait l'instance en cours. On pourrait considérer que l'instance débute avec l'assignation et se termine avec le jugement définitif, mais alors, que penser d'une instance radiée, puis reprise plus tard ? Ou encore d'un jugement définitif qui ferait l'objet d'une rectification d'erreurs matérielles ou d'omissions (55) ? L'instance devant une juridiction du fond après renvoi en cassation poursuit-elle celle qui s'était déroulée devant les premiers juges du fond ? Les dispositions transitoires n'évitent pas toujours ce travers (56) mais

Normand constate d'ailleurs que la survie de la loi ancienne est "à peu près toujours consacrée lors des réévaluations périodiques des taux de compétence". *op. cit.* p. 579. On en trouve une confirmation dans le dernier texte paru à ce jour réformant le nouv. C. pr. civ., le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998. Ce texte prévoit dans son article 33 que "les règles de compétence prévues aux articles 1^{er} et 2 ne sont applicables qu'aux instances introduites à compter de la date d'entrée en vigueur du présent décret". L'alinéa 2 est pareillement rédigé : "Les règles déterminant le taux de ressort ne sont applicables qu'aux décisions prononcées à compter de cette date".

(53) Sur ce principe, Cf. *Juris-classeur procédure*, fascicule 64, n° 3 et suiv.

(54) J. Normand souligne ainsi la difficulté "L'ambiguïté atteint son paroxysme, au moins apparent avec les textes qui se réfèrent à la notion d'instance. La difficulté vient de ce que le vocable, indifféremment utilisé dans les lois de droit judiciaire et dans les lois de droit substantiel, est revêtu, ici et là d'une signification différente". *op. cit.* p. 582 est suiv.

(55) Article 462 nouv. C. pr. civ.

(56) Cf. *infra* n° 36.

l'on doit à certains textes le mérite de donner à la loi nouvelle un point de repère plus précis quand à son application dans le temps.

Ainsi, le décret du 13 octobre 1965 instituant la mise en état des affaires civiles contenait un article 20 déclarant :

"le présent décret ne sera applicable qu'aux instances ayant fait l'objet d'un acte introductif ou d'un acte d'appel postérieur à sa mise en vigueur".

Le choix de l'acte introductif d'instance ou de l'acte d'appel comme point de départ de l'application de la loi nouvelle constituait, sans conteste, une précision au regard de la notion plus générale d'instance.

D'autres dispositions se réfèrent avec encore plus d'exactitude aux actes qui font l'objet de la demande à l'image de l'article 22 du décret du 17 décembre 1985 qui prévoit :

"les demandes en rectification d'actes d'état civil (...) présentées avant cette date resteront de la compétence des autorités valablement saisies conformément aux règles précédemment en vigueur".

31. Trancher un conflit de qualification sur la nature de la loi nouvelle.

Il est possible que la loi nouvelle présente une nature ambiguë dans la mesure où elle traite de questions pouvant faire l'objet d'une double qualification. Par exemple, un texte sur les clauses attributives de compétence insérées dans un contrat aborde à la fois un problème procédural (la compétence) et de droit substantiel (droit des contrats). De même, une loi nouvelle ayant pour objet l'action en justice concerne des questions de fond (objet de l'action) et de procédure (prescription de l'action). Des divergences de jurisprudence sont apparues concernant le choix à opérer dans une telle hypothèse. Ce fut le cas notamment de la loi du 7 juin 1894 qui modifiait la compétence du tribunal de commerce en ce qui concerne *"la remise d'argent de place en place"*. Cette loi faisait dépendre la compétence du caractère civil ou commercial de l'opération. Une Cour d'appel (57) devait appliquer immédiatement le nouveau texte considérant qu'il s'agissait d'une loi de compétence. Une autre (58) refusait au contraire d'appliquer la loi nouvelle à une lettre de change émise avant la date d'entrée en vigueur, faisant ainsi dépendre la solution du conflit d'une question de droit substantiel. Le problème a parfois été résolu par des dispositions transitoires. La loi du 7 mars 1957 élargissait la notion de louage de services à la catégorie des *"voyageurs représentants placiers"*. Les contrats passés entre ces personnes et leurs employeurs relevaient désormais de la compétence du conseil des prud'hommes. L'article 2 de la loi est venu préciser que :

"les nouvelles règles sont de plein droit applicables aux contrats et aux instances en cours".

En optant expressément pour l'application immédiate, la disposition opérant le choix de considérer la loi nouvelle comme instituant des règles de procédure.

On retrouve la même problématique lorsqu'une disposition de droit proces-suel peut recevoir deux qualifications. Une loi qui modifie l'organisation des juridictions emporte aussi un changement en ce qui concerne la compétence des juridictions concernées. Faut-il, dès lors, appliquer le droit transitoire relatif aux lois d'organisation juridictionnelle ou de compétence ? Le problème a été résolu, pour certaines juridictions, par le décret du 22 janvier 1992 (59) mais il reste entier pour celles qui ne sont pas visées dans le décret ; il s'est notamment posé à plusieurs reprises lors de la création ou de la suppression d'une juridiction spéciale possédant

(57) C.A. Besançon, 11 mars 1895, S, 1898, 2, p. 297 ; DP, 1899, 2, p. 465.

(58) C.A. Riom, 17 juillet 1896, mêmes réf.

(59) Cf. *supra*, note n° 3.

une compétence exclusive dans un domaine précis. Les dispositions transitoires sont rares en la matière mais l'on trouve des solutions de manière indirecte dans d'autres dispositions. C'est le cas de la loi du 9 mars 1918 (60) dont l'article 27 déclarait que les décisions rendues postérieurement à son entrée en vigueur ne pouvait faire obstacle à l'exercice des droits reconnus par cette loi (et notamment au droit de saisir la juridiction spécialisée créée par cette loi). De façon indirecte la loi opérant un transfert de compétence avec effet immédiat sur les instances en cours et alors même qu'une décision aurait été rendue sur le fond. Une façon originale de régler le conflit en évacuant ainsi l'interrogation relative à la nature de la loi en question.

32. *Caractère dérogatoire et hiérarchie des normes.* En définitive, il reste une question qui n'est pas réglée par le droit positif en ce qui concerne le caractère dérogatoire des dispositions transitoires vis à vis du droit commun. Nous venons de montrer que l'action utile de ces dispositions réside justement dans l'altération des solutions du droit transitoire commun. Mais une telle altération est-elle théoriquement concevable ? En présence de deux règles, l'une de droit commun et l'autre prévue dans un texte spécial, laquelle peut légitimement s'imposer sur l'autre ? Une façon de résoudre le problème consisterait dans l'utilisation de l'adage *specialia generalibus derogant*. Mais la solution n'est pas si simple car le droit judiciaire privé trouve sa source dans des règles différemment situées dans la hiérarchie formelle des normes. Les principes du droit commun sont pour la plupart exprimés par la jurisprudence même s'ils découlent tous directement ou indirectement de l'article 2 du code civil. Certaines règles de droit commun sont inscrites dans le nouv. C. pr. civ. (61) et ont donc une valeur réglementaire. Les dispositions transitoires se trouvent, quant à elle, dans le corps du texte, législatif ou réglementaire, qui constitue le droit nouveau. Sources législatives, réglementaires, jurisprudentielles se confrontent ainsi créant une certaine confusion dans le choix de la règle à appliquer. On pourrait considérer que la disposition transitoire, prévue par un texte, prime sur toutes les règles dégagées par la jurisprudence. Mais certaines dispositions transitoires ont une nature réglementaire. Elle ne peuvent théoriquement pas déroger à un principe général du droit (62). Logiquement, toute disposition réglementaire qui contreviendrait au principe de l'effet immédiat devrait être écartée. Inversement, ce même principe céderait le pas devant la même disposition insérée dans une loi (sur l'organisation judiciaire par exemple). L'absurdité de la situation démontre qu'il n'est pas concevable de s'en tenir à la hiérarchie purement formelle et qu'il est nécessaire de dégager une autre logique. La doctrine et la jurisprudence ont tenté d'apporter des solutions à ce conflit. La position dominante est celle selon laquelle la disposition transitoire prime sur la règle normale de conflit. Selon J. Miguet (63) : *"l'application normale des règles de conflit de lois en matière de voies de recours se voit naturellement entravée quand la loi nouvelle pose des mesures transitoires, sauf quand la mesure ne fait que poser un principe général d'application immédiate : il faut alors suivre les règles normales de conflit"*. La position est claire, le droit commun ne peut se développer que s'il n'existe pas de disposition transitoire ou que celle-ci renvoie expressément aux solutions générales de ce droit. Concernant

(60) Cette loi a créé une commission arbitrale pour statuer sur les litiges entre propriétaires et locataires nés de la première guerre mondiale. Sur les divergences d'interprétation jurisprudentielles, Cf. *juris-classeur procédure*, Fascicule 60, n° 22 et suiv.

(61) Cf. *supra*, note n° 3.

(62) Selon la théorie classique de R. Chapus concernant la supériorité des PGD sur les règlements et son application en procédure civile, C.E. 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, *Dalloz* 1979, juris, p. 606 ; *JCP* 1980, II, 19288.

(63) *Juris-classeur procédure*, fascicule 61, n° 96.

les règles de conflit en matière de délai de procédure, le même auteur affirme : "l'application de ces principes est naturellement différente dans le cas où il existe des mesures transitoires" (64). Cette thèse est confirmée par la Cour de cassation qui dans un avis du 29 novembre 1993 (65) reprend une formule identique : "en l'absence de dispositions transitoires, il doit être répondu à la question posée en application des principes qui gouvernent les conflits de loi dans le temps". Tout semble donc aller pour le mieux et l'adage *specialia generalibus derogant* prime apparemment sur le système de la hiérarchie formelle. Ce serait sans compter avec les contradictions internes de la jurisprudence. En 1962, l'assemblée plénière de la Cour de cassation énonçait très clairement que : "l'article 16 du décret du 22 décembre 1958, en tant qu'il déroge au principe de l'effet immédiat des lois de procédure lorsqu'il soustrait aux règles nouvelles les instances en cours, doit être interprété restrictivement comme tendant seulement à éviter un changement de procédure, à la date du 2 mars 1959, devant une juridiction saisie antérieurement". Une telle position a de même été observée en matière d'exercice des voies de recours. G. Roujou de Boubée (66) constate ainsi que : "la Cour de cassation se prononce de manière constante en faveur de l'application de la loi nouvelle et, par là, interprète fort étroitement les dispositions transitoires légales". Originalité qui semble être propre aux dispositions de procédure puisque cet auteur poursuit ainsi : "le refus de la jurisprudence de reconnaître aux dispositions transitoires de procédure leur véritable portée semble d'ailleurs d'autant plus surprenante qu'à l'inverse, lorsqu'il s'agit des dispositions de fond, les tribunaux se montrent généralement disposés à en faire une application aussi immédiate que possible". Finalement, la solution n'apparaît pas si contradictoire. On assiste plus à un compromis entre deux solutions qu'à un véritable conflit. Il semble en effet qu'en tant que lois spéciales, les dispositions transitoires écartent les solutions ordinaires du conflit de loi dans le temps. Cependant, étant dérogatoire aux principes qui règlent ce conflit, la jurisprudence se permet, car la matière provient en partie d'une source réglementaire, de restreindre l'application de certaines dispositions transitoires pour adopter des solutions médianes entre droit commun et droit spécial. Une position complexe mais qui présente une logique de compromis finalement raisonnable.

L'utilité des dispositions transitoires relativement aux incertitudes et malfunctions du droit commun vient d'être longuement développée. Il en reste que ce droit transitoire spécial n'est pas sans présenter lui aussi un certain nombre d'imperfections.

B - L'utilisation maladroite des dispositions transitoires

33. "Il faut reconnaître qu'à légiférer en droit transitoire, l'on s'expose constamment à jouer les apprentis sorciers" nous confie M. Normand (67). Il est vrai que la technique des dispositions transitoires n'est pas des plus commodes. Il faut éviter, voire corriger les erreurs du droit commun sans en commettre d'autres. On doit agir opportunément et éviter certaines omissions regrettables. On s'apercevra que l'utilisation de ces dispositions par le législateur ou le pouvoir réglementaire, peut paraître parfois tout à fait inutile ou encore reprendre les erreurs du droit

(64) *ibid.* n° 43.

(65) Cass., avis, 29 novembre 1993, n° 14/93 ; TGI Bobigny, JCP 1994, II, 22203.

(66) *Op. cit.* n° 13.

(67) *Op. cit.* p. 581.

commun (a) lorsque ces mesures existent, car leur défaut majeur réside bien dans leur absence (b).

a) L'omission de la spécificité des dispositions transitoires

34. Le contenu même des dispositions transitoires détourne parfois ces dispositions de leur objet soit en reprenant la solution de droit commun soit, et c'est plus grave, en reproduisant les erreurs du droit commun.

35. *L'application stricte des solutions du droit commun.* A quoi sert-il d'introduire un article spécifique dans un texte qui vise à diriger l'application dans le temps de ce nouveau droit si l'article en question ne fait que prévoir des solutions qui seront de toutes manières appliquées par les juges ? Ce travers du droit transitoire spécial est pourtant très fréquent. Quelques exemples suffiront à convaincre de l'utilité très relative du procédé. En matière de création d'une juridiction, avant le décret du 22 janvier 1992, une jurisprudence constante (68) prévoyait logiquement qu'en cas de création d'une nouvelle juridiction, le principe était que la juridiction devait être saisie immédiatement des affaires relevant de sa compétence. La loi du 18 janvier 1979 qui créait de nouvelles juridictions prud'homales prévoyait ainsi, de manière surabondante, que les procédures en cours devant les anciens conseils seraient immédiatement transférées en l'état aux nouveaux conseils institués par la loi. De manière plus générale, lorsque le législateur prévoit une réforme d'ampleur de l'organisation judiciaire, il pose un certain nombre de mesures transitoires. Lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi nouvelle aux instances en cours, on constate que "la mesure transitoire n'ajoute rien aux principes généraux des conflits de loi dans le temps en matière d'organisation judiciaire : ce sont donc ces principes qui s'appliquent" (69). Il arrive dans certaines hypothèses peu fréquentes qu'une mesure transitoire puisse légitimement reprendre une règle du droit commun. Il s'agit du cas de figure dans lequel un même article prévoit à la fois une dérogation aux principes et une dérogation à cette dérogation. Ainsi l'article 197 du décret du 28 août 1972 dispose que : "les dispositions de la cinquième partie s'appliqueront aux instances en cours le 1^{er} janvier 1973 sous réserve pour les affaires instruites selon la procédure abrégée des règles prévues aux articles 198 à 201 ci-dessous". L'article 197 prévoit donc en principe une dérogation à l'effet immédiat en retardant l'entrée en vigueur des dispositions du nouveau décret en ce qui concerne la partie relative à l'appel. Pourtant, au sein de cette partie, le texte prévoit une nouvelle dérogation à la dérogation que l'on trouve notamment dans l'article 199 ainsi rédigé : "les affaires auxquelles s'applique le décret du 13 octobre modifié sont, le cas échéant, transférées en l'état au conseiller de la mise en état de la chambre à laquelle elles ont été distribuées". On retrouve ici la règle de principe selon laquelle, lorsqu'une nouvelle juridiction est créée, le contentieux en cours devant un autre juge est immédiatement transféré en l'état à celle-ci. L'article 199 qui n'apporte en apparence pas de dérogation au droit commun se justifie en ce qu'il déroge à l'article 197 qui prévoyait une solution générale pour toutes les règles relatives à la procédure d'appel. En dérogeant à la dérogation, l'article 199 retrouve la solution de conflit ordinaire.

36. *La reproduction des erreurs du droit commun.* On trouve ici une maladresse plus dommageable. Ayant identifié l'inadéquation ou les erreurs du droit

(68) Cass. civ. 29 mars 1897, DP 1897, 1, p. 256.

(69) J. Miguet, *Juris-classeur procédure*, fascicule 60, n° 37 et suiv.

commun, le créateur de la mesure transitoire se doit de les éviter. Ce n'est pas toujours le cas. Il se contente parfois d'utiliser des notions de procédure dont la définition prête à confusion sans en éclaircir la signification. Les notions "d'instance" ou de "procès" en cours ou à venir sont ainsi des concepts flous et nous avons montré que le droit commun les utilisait à mauvais escient (70). Certaines dispositions transitoires se réfèrent à ces notions réitérant la confusion quant à leur signification. Ainsi le décret du 30 octobre 1935 mentionnait dans son article 10 que : "le présent décret entrera en vigueur le premier décembre 1935 et s'appliquera à tous les procès qui seront intentés depuis cette époque". Faute de préciser par quel acte débute le procès et quand on peut considérer qu'il est terminé, cette disposition présente une ambiguïté certaine. Le problème s'est notamment posé relativement au délai d'appel applicable. Certaines Cours d'appel se sont référées à la date de l'exploit introductif de la première instance (71) et d'autres à la date à laquelle avait été interjeté l'appel (72) ; d'autres encore à la date du jugement de première instance (73). Une loi interprétative du 4 janvier 1939 a dû intervenir pour résoudre la question en remplaçant les termes de "procès en cours" par ceux de "procès dont l'exploit introductif de l'instance est, à l'origine, postérieur au premier décembre 1935". On imagine difficilement qu'une disposition transitoire dont l'objet même est d'éviter les difficultés résultant de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle puisse générer finalement des contradictions telles qu'une nouvelle loi interprétative soit rendue nécessaire et intervienne plus de quatre années après l'entrée en vigueur de la réforme. Dans certains cas, c'est la Cour de cassation qui a dû trancher une difficulté née d'une disposition transitoire sur demande expresse des juges du fond. Dans son article 97, la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des voies d'exécution mentionnait qu'"elle ne sera pas applicable aux mesures d'exécution forcée et aux mesures conservatoires engagées avant son entrée en vigueur". Comme a pu le souligner la doctrine (74), ce texte a fait l'objet de débats "passionnés" relativement à la portée de son application. C'est ainsi qu'un TGI a dû demander à la Cour de cassation de se prononcer sur l'interprétation de cette disposition. Cette dernière est venue préciser que "les répartitions de deniers ne sont ni des mesures d'exécution forcée ni des mesures conservatoires au sens de l'article 97 de la loi". Il existe des cas de figure dans lesquels le législateur a lui-même des doutes sur la clarté des mesures transitoires qu'il prévoit. La loi du 18 janvier 1979 qui institue des nouveaux conseils des prud'homme comporte un article 4 al 3 prévoyant que "le premier président de la Cour d'appel statue par ordonnance non susceptible de recours, sur les difficultés auxquelles peut donner lieu l'application du présent article". Il est intéressant de remarquer que le législateur peut se trouver si peu sûr de lui qu'il préfère confier le règlement du conflit de loi dans le temps au pouvoir juridictionnel. C'est d'autant plus surprenant que les juridictions n'ont pas besoin d'une délégation expresse pour résoudre les difficultés d'application d'un texte et encore moins d'une juridiction ad hoc statuant "sans recours". Autant d'attitudes surprenantes de la part du législateur qui semble parfois incapable de fournir des solutions précises de conflit et qui paraît même d'éluder la question. Le mieux ne serait-il pas alors, de ne rien prévoir ? A condition que le vide juridique ainsi créé ne se révèle pas plus

(70) Cf. *supra*, n° 30.

(71) notamment, C.A. Lyon, 30 novembre 1936 et C.A. Douai, 10 novembre 1936, *JCP* 1937, éd. A, II, 89.

(72) Notamment, C.A. Toulouse, 26 décembre 1936, *JCP* 1937, éd. A, II, 89.

(73) C.A. Nîmes, 12 juillet 1937, *Gaz Pal* 1937, 2, p. 650.

(74) H. Croze et T. Moussa, note sous Cass. avis, 29 novembre 1993, n° 14/93, TGI Bobigny, *JCP* 1994, II, 22203.

préjudiciable encore. C'est tout le problème des omissions du droit transitoire spécial.

b) La formation d'un droit transitoire spécial lacunaire

37. Une telle constatation découle logiquement de tous nos développements précédents. L'idée même d'un droit transitoire spécial constitué par l'ensemble des dispositions transitoires ne pourrait être qu'une illusion. Ce n'est, à notre avis, pas le cas. Nous avons pu dégager une définition commune à un ensemble de dispositions transitoires, affirmer l'existence de finalités propres, et nous avons mis en évidence le caractère dérogoratoire de ce droit particulier. Nous nous trouvons face à un ensemble, qui sans être un système, est tout de même traversé par l'idée majeure du particularisme. Mais ce qui manque le plus à cet ensemble, c'est une cohérence, voire même une construction plus formelle, des règles de sa création. Législateur et pouvoir réglementaire possèdent, et c'est légitime, tout pouvoir d'aménager ou, au contraire, d'éluder la question de la mise en œuvre du texte nouveau. Nombre de textes entrent donc en vigueur sans qu'aucune disposition transitoire ne facilite son application. L'absence de dispositions dans une loi importante a pu être conçue comme une anomalie (75) ; deux exemples montreront comment l'utilisation de mesures transitoires aurait pu éviter de nombreuses difficultés.

38. Dans la loi du 5 juillet 1985 relative à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation se trouve un article 45 qui indique que : "le tribunal de grande instance connaît à juge unique des litiges auxquels peuvent donner lieu les accidents de la circulation terrestre. Le juge peut toujours renvoyer une affaire en l'état à la formation collégiale". Ce texte, qui prévoyait une compétence exclusive du TGI statuant à juge unique dans le domaine des accidents de la circulation, entraînait en conséquence l'incompétence de juridictions qui pouvaient auparavant connaître de ce litige (76). Aucune mesure transitoire n'est venue accompagner ce transfert de compétence. On devait logiquement faire valoir le principe de l'effet immédiat applicable en matière de compétence des juridictions (sous réserve de l'exception d'un jugement rendu sur le fond). Le transfert d'un tel contentieux n'est pas sans causer des troubles d'ordre pratique. Les magistrats anciennement compétents se sont vus dessaisir de dossiers sur lesquels ils avaient déjà travaillé sans avoir rendu de décision sur le fond. Le juge unique devait, au contraire, hériter d'un contentieux important à venir, mais aussi, pendant devant les autres juridictions et traiter ce contentieux seul. Il paraît regrettable qu'au regard de l'objectif d'accélération des procédures, clairement affiché par la loi, ce texte n'ait pas prévu de disposition instaurant la survie de la loi ancienne pour les procédures en cours.

39. Un exemple très récent nous est encore fourni pour illustrer ce propos. Le décret du 28 décembre 1998 (77) modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile généralise la pratique des "conclusions récapitulatives" en appel. Ce type de conclusions est rendu obligatoire par l'article 29 de la loi qui établit que "les parties doivent reprendre, dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs

(75) J. Héron, *Principes du droit transitoire*, op. cit. p. 11.

(76) Notamment la juridiction administrative lorsque l'accident avait été provoqué par un fonctionnaire agissant dans le cadre de ses fonctions dans un véhicule appartenant à l'administration.

(77) Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, *J.O.* 30 décembre 1998.

conclusions antérieures. A défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés et la Cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées".

La nouvelle exigence n'est pas mince et la sanction sévère. L'avocat qui omettrait de récapituler tous les arguments précédemment développés perdrait le bénéfice d'un long travail ce qui n'a pas été sans provoquer la colère de certains (78). En l'absence de dispositions contraires, cet article doit s'appliquer immédiatement aux procédures en cours. Si dans une affaire touchant à sa fin, un avocat a le malheur de produire un dernier jeu de conclusions revenant sur certains points précis ou visant à éclaircir les juges et si l'adversaire souhaite répondre à ces conclusions avant de plaider, ceux-ci devront ressortir tout le dossier quasiment prêt à être jugé dans lequel certains écrits peuvent remonter à plusieurs années afin de récapituler les prétentions et moyens des parties. On peut imaginer la situation encore plus absurde d'une affaire clôturée mais non encore jugée lors de l'entrée en vigueur du décret. La Cour d'appel peut, le jour de l'audience, omettre de statuer sur toutes les prétentions antérieurement formulées si elles n'ont pas fait l'objet d'une récapitulation dans l'ultime jeu de conclusions. "Un travail de Romain attend les avocats et avoués si le texte était adopté" envisageait un praticien avant la publication du décret (79). Le texte entré en vigueur (80), on conçoit aisément la perte de temps provoquée par l'absence de disposition transitoire. On a pu proposer des aménagements visant à assouplir les contraintes ainsi créées. Par exemple, ne pas imposer les conclusions récapitulatives pour les affaires ayant fait l'objet d'une ordonnance de clôture au 1^{er} mars 1999 (81). On a conseillé aux chefs de juridictions de veiller, en accord avec les barreaux et les compagnies d'avoués à "organiser raisonnablement" l'application dans le temps de la réforme (82). "Une conception rigoriste, plus encore que rigoureuse, de la mise en œuvre des dispositions nouvelles ne serait certainement pas le meilleur moyen de faire accepter une réforme pour laquelle l'adhésion des auxiliaires de justice est une condition sine qua non de réussite" concluait l'un des commentateurs du texte (83). On se rend désormais compte des conséquences importantes produites par l'omission d'une disposition transitoire dans un décret modifiant substantiellement le droit judiciaire privé. Cette constatation semble replacer les dispositions transitoires au centre d'un processus qui a pour objectif d'aménager le mieux possible le passage d'un droit à un autre.

CONCLUSION - LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES, UNE TECHNIQUE AXÉE SUR LE PARTICULARISME, UN DROIT DIFFICILE À MAÎTRISER

40. A l'issue de cet exposé, il apparaît nettement que les dispositions transitoires se présentent sous un double aspect. Il s'agit, dans un premier temps, d'une technique utilisée par le législateur ou le pouvoir réglementaire dans le but de respecter certains particularismes à la fois vis à vis du texte dans lequel elles sont intégrées, mais aussi vis à vis du droit commun. Dans un deuxième temps, ces dispositions semblent former un ensemble juridique qui prend une place importante au sein de la "théorie des conflits de loi dans le temps" (84).

(78) J.-L. Meunier, Un gadget incertain et pervers : la systématisation des conclusions récapitulatives, *Gaz Pal* 24-26 janvier 1999, p. 4.

(79) *ibid.* p. 6.

(80) Au 1^{er} mars 1999 en application de l'article 32 du décret.

(81) L. Cadiet, Premières vues sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998..., *JCP* 1999, Actualités, p. 397.

(82) L. Cadiet, Chronique de droit judiciaire privé, *JCP* 1999, I, 130.

(83) *ibid.*, p. 728.

(84) Selon l'expression de G. Roujou de Boubée, *op. cit.* p. 501.

Qu'elle soit conçue comme élément d'un système juridique ou comme méthode législative, la présence des dispositions transitoires n'est pas sans soulever une certaine appréhension, attitude justifiée par la fréquence et la diversité de leur utilisation. Leur emploi est-il toujours opportun ? Ne vaudrait-il pas mieux modifier le droit commun pour l'adapter à la multiplicité des situations ? Ne pourrait-on pas créer des principes d'utilisation méthodique de ces dispositions afin d'en systématiser l'existence et la forme ? Ne doit-on pas laisser, au contraire, le créateur du droit nouveau seul juge et maître de la mise en œuvre de son texte ? Autant de questions qui appellent assurément des réponses contradictoires. L'existence d'une controverse fournie (85) souligne l'imperfection et l'incomplétude de la matière, deux caractères qui tiennent inévitablement au fait que l'utilisation de ces dispositions relève plus de la technique du "cas par cas" que d'une volonté rationnelle et continue de perfectionner les solutions du droit transitoire. Les dispositions transitoires ne forment certainement pas un nouveau droit en pleine évolution. Au contraire, leur existence est déjà ancienne et aucune progression cohérente n'apparaît de manière évidente. Leur utilisation est inévitable dans un certain nombre de situations mais l'on regrettera que cette discipline ne connaisse pas la maturité qui lui permettrait de jouir d'une plus grande efficacité.

Le 8 octobre 1999

(85) J. Normand observe "la présence d'un système juridique qui combine assez heureusement la sagesse de l'expérience et l'adaptation des normes qui en résultent aux situations particulières", *op. cit.* p. 585. De son côté, G. Bolard estime que "des solutions (de droit commun) rationnellement justifiées sont plus sûres et plus claires. Elles allégeraient peut être les dispositions transitoires expresses, ou en réduirait le nombre, elles guideraient le législateur dans leur élaboration"; cet auteur ajoute que la complexité trop grande du droit commun devrait conduire à limiter le développement surabondant d'un droit spécial, *op. cit.* p. 450. Face à cette opposition, G. Roujou de Boubée se place plutôt en conciliateur fataliste constatant que "les dispositions transitoires existent (et forment un) chapitre nouveau au sein de la théorie des conflits de loi dans le temps"; il appelle simplement de ses vœux "une volonté uniforme de la part du législateur (...) condition nécessaire de toute tentative de synthèse, *op. cit.* p. 501.