



HAL
open science

La relativité du temps dans l'application de la loi pénale

Olivier Décima

► **To cite this version:**

Olivier Décima. La relativité du temps dans l'application de la loi pénale. Colloque franco-roumain "20 ans et le temps du droit", Nov 2015, Bucarest, France. hal-02114657

HAL Id: hal-02114657

<https://hal.science/hal-02114657>

Submitted on 29 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La relativité du temps dans l'application de la loi pénale

Olivier Décima

Professeur à l'Université de Bordeaux

Contribution au colloque franco-roumain « 20 ans et le temps du droit »,
Collège juridique franco-roumain d'études européennes,
6 et 7 novembre 2015

On attribue à Einstein la formule suivante : *“placez votre main sur un poêle une minute et ça vous semble durer une heure. Asseyez-vous auprès d'une jolie fille une heure et ça vous semble durer une minute. C'est ça la relativité.”* Le temps ne s'écoule pas de la même manière selon la situation de l'observateur. En relativité restreinte, par exemple, le temps dépend la vitesse de déplacement. Il n'est donc pas une valeur absolue, invariable. En matière pénale non plus (quoique plus modestement), le temps n'est pas absolu, qui dépend de la situation de l'observateur et des instruments de sa mesure.

Pourtant, le temps est omniprésent en droit répressif, processuel comme substantiel. La prescription de l'action publique est de plus en plus discutée¹ ; le délai raisonnable des procédures est plus contrôlé, de même que le délai de contrôle de la privation de liberté. La Cour EDH condamne fréquemment la France pour son inattention face au temps qui passe, lorsque, de ce dernier, dépend la liberté individuelle².

Au fond, le temps détermine la nature de l'infraction, qui peut être « instantanée » ou « permanente », de même que l'appréciation de la causalité (la cause directe serait la cause proche au sens de l'article 121-3 du Code pénal) ou de la tentative : le commencement d'exécution³ tend « immédiatement » à la consommation de l'infraction. En droit de la peine, le temps est l'échelle des sanctions⁴.

¹ V. not. Plén., 7 novembre 2014, n° 1'-83739.

² V. par ex. CEDH, 4 décembre 2014, Dr. pén. 2015, étude n° 5.

³ Art. 121-5 C. pén.

⁴ V. art. 131-1 et s. C. pén.

Nul n'ignore, au demeurant, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, qui guide son application dans le temps⁵. De prime abord, il n'y a pas de difficulté, pas de « relativité » : l'application de la loi pénale dans le temps est dirigée par des principes bien connus, consacrés à des degrés divers, et surtout bien fondés. D'un côté, les lois nouvelles de fond plus sévères ne sont pas rétroactives. Les lois plus douces sont rétroactives⁶. D'un autre côté, les lois de procédures sont en principe d'application immédiate, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent immédiatement au procès en cours. Elles ne sont point rétroactives si l'on admet que leur objet est la procédure pénale et non les faits délictueux qui, il est vrai, peuvent lui être antérieurs.

Mais ces principes classiques donnent lieu à bien des accommodements ou des hésitations, qui sont de deux types. D'une part, certaines incertitudes ne sont pas directement liées à la mesure du temps lui-même, mais davantage au domaine incertain des principes de non-rétroactivité *in pejus* et de rétroactivité *in mitius*, de sorte qu'elles doivent être rapidement évoquées. La notion de « loi » l'illustre : la jurisprudence n'est classiquement pas considérée comme normative, si bien que ses revirements sont en principe d'application immédiate⁷. La sévérité ou la douceur de la loi nouvelle est une deuxième difficulté. La mise en œuvre de la loi du 15 août 2015 relativement à la contrainte pénale, le montre⁸. La notion de sanction pénale offre à l'observateur un dernier exemple⁹. Il peut être fait application immédiate (et donc rétroactive)

⁵ Art. 112-1 à 112-4 du Code pénal

⁶ Cons. const., déc. 19 et 20 janv. 1981, Rec. Cons. const. 1981, p. 15 et spéc. p. 28, D. 1982, jurispr. p. 441, note A. Dekeuwer : « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ».

⁷ Comp. cependant CEDH, *Pessino c. France*, 10 octobre 2006, n° 40403/2 à propos la prévisibilité de la jurisprudence.

⁸ Crim. 14 avril 2015, n° 15-80858 et 14-84473, Dr. pén. 2015, étude 13, E. Bonis-Garçon. Ces décisions insistent sur le fait que la contrainte est plus douce que « l'emprisonnement sans sursis », auquel elle peut être substituée, alors que la loi du 15 août 2014 a présenté cette contrainte comme une nouvelle sanction, distincte, et alors que d'autres sanctions (stage de citoyenneté, jour-amende) ou d'autres modalités d'exécution peuvent être appliquées.

⁹ Faut-il ajouter que les textes internationaux sont interprétés restrictivement ? V. not. Crim. 22 décembre 2001, n° 01-81228 : l'art. 15 du pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux sanctions, et non aux incriminations.

de certaines mesures de sûretés¹⁰. Les exemples de rétroactivité ne manquent pas en jurisprudence¹¹. Les juridictions nationales semblent hésitantes, comme le montrent les décisions judiciaires et constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel admet l'application immédiate de la surveillance judiciaire¹², alors qu'il la refuse pour la rétention de sûreté¹³. La Cour de cassation, au cours de la même année, rejette puis accepte l'application immédiate des mesures pouvant être prononcées en cas de déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental¹⁴. La Cour EDH a admis une telle application immédiate¹⁵.

D'autre part, une autre série d'incertitudes semble véritablement relever de la relativité chronologique, car les critères de mesures du temps lui-même sont variables. Ces variations affectent tantôt la date de la loi pénale (1), tantôt la date des faits délictueux (2).

I. La relativité du temps de la loi

Dans de nombreuses hypothèses, les principes d'application de la loi ne sont pas respectés. La doctrine peine à expliquer ces mouvements de la jurisprudence, qui sont souvent présentés comme des atteintes aux principes classiques (A). Pourtant, la « nouveauté » de la loi pénale (dont dépend logiquement son application dans le temps) est une notion relative, ce qui permet d'expliquer en partie ces hypothèses litigieuses (B) – sans les légitimer.

¹⁰ Bien entendu, cela ne pose guère de problème si ces mesures sont plus douces : v. Plén. 22 novembre 2002, JCP 2003, 10042, note W. Jeandidier – à propos de l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale.

¹¹ V. not. Crim. 18 janvier 1950, 26 novembre 1997, D. 1998, 495.

¹² Cons. const., 8 décembre 2005 : la mesure ne serait « *ni une peine, ni une sanction* » ; c'est « *une modalité d'exécution de la peine* ».

¹³ le 21 février 2008 « *la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement* ».

¹⁴ Crim. 16 décembre 2009 JCP 2010, 117, note P. Mistretta : la décision censure les juges du fond d'avoir refusé d'appliquer immédiatement cette procédure et ces sanctions à l'instance en cours. Auparavant Crim. 21 janvier 2009 (JCP 2009 II 10043, note S. Detraz) affirmait exactement le contraire : « *le principe de légalité des peines visé par l'article 112-1 du Code pénal fait obstacle à l'application immédiate d'une procédure qui a pour effet de faire encourir à une personne des peines prévues à l'article 706-136 C.p.p* ».

¹⁵ CEDH, *Berland c. France*, 3 septembre 2015, n°42875/10. « *la Cour estime que la déclaration d'irresponsabilité pénale et les mesures de sûreté qui l'accompagnent ne constituent pas une « peine » au sens de l'article 7 § 1 de la Convention, et doivent être analysées comme des mesures préventives auxquelles le principe de non-rétroactivité énoncé dans cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer* ».

A. Les atteintes aux principes d'application de la loi dans le temps

Les exemples ne manquent pas, qu'il s'agisse des lois plus douces ou plus sévères.

En premier lieu, s'agissant des lois plus douces, la règle de la rétroactivité *in mitius* est parfois écartée. Les lois de « circonstances », en matière économique et financière, l'illustrent : la jurisprudence admet que le législateur exclut le jeu de la rétroactivité favorable et qu'en toute hypothèse, la norme plus douce ne rétroagit pas si le support légal de l'infraction demeure inchangé.

A ce titre, l'évolution jurisprudentielle a été longue et indécise. Une première série d'arrêts s'était opposée à la rétroactivité de la loi plus douce en matière de taxation¹⁶. La tendance s'était accentuée avec une décision du 10 novembre 1970¹⁷, qui a largement exclu la rétroactivité favorable à la personne poursuivie : « *il est de principe que les textes réglementaire en matière économique ou fiscale ne rétroagissent pas à moins de dispositions contraires formellement exprimées* ». La jurisprudence postérieure était plus mesurée¹⁸. Surtout, en 1981, la consécration constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius*, sur le fondement du principe de nécessité, semblait condamner les solutions les plus radicales¹⁹. Aussi la chambre criminelle commençait par limiter sa jurisprudence au domaine économique, à l'exclusion du domaine fiscal²⁰ – avant d'admettre la rétroactivité *in mitius*, sauf dispositions contraires expresses²¹, à propos de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. La solution était donc inversée : la rétroactivité favorable était acquise, à moins que législateur n'en décide autrement. La jurisprudence maintenait « la réserve légale », permettant au

¹⁶ Crim. 22 décembre 1916, B. 291 ; 11 mai 1948, JCP G 1948, II, 4434, note Vienne. Comp. cependant Crim. 17 mars 1919, B. 114.

¹⁷ Crim. 10 novembre 1970, n° 7-90044.

¹⁸ Crim. 4 décembre 1978, n° 77-92400.

¹⁹ Cons. const. 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC.

²⁰ Crim. 1 juin 1981, n° 80-94953.

²¹ V. not. Crim. 3 février 1986, n° 85-93250 ; Crim., 16 mars 1987, n° 85-95.685, D. 1988, p. 39, note A. Dekeuwer.

législateur d'exclure l'application immédiate de la loi favorable²². En 2010, le Conseil constitutionnel validait une telle réserve, selon une motivation curieuse²³.

De plus, par la suite, la jurisprudence décidait d'ajouter une autre limite à la rétroactivité favorable : la modification d'un règlement est sans effet si le support légal de l'incrimination demeure inchangé. Cette solution a été notamment appliquée en matière de favoritisme²⁴, de revente à perte et, récemment, en matière de défaut de permis de construire²⁵. Les changements du règlement national d'urbanisme qui s'opposaient à la constitution de l'infraction, car les conditions dans lesquelles le permis de construire était nécessaire ont été modifiées, n'ont pas été appliquées rétroactivement. La liste des matières concernées est encore longue : santé publique, défense nationale, droit du travail, environnement, infraction au Code de la route²⁶.

Une partie de la doctrine a tenté d'expliquer de telles limites à la rétroactivité *in mitius*²⁷ : la rétroactivité favorable s'appuie sur la nécessité, qui dépend à son tour de l'appréciation du législateur. Ce dernier devrait pouvoir l'exclure, lorsque l'application de la loi ancienne conserve un intérêt²⁸. La loi ancienne est,

²² Rappr., en matière douanière, Cass. crim., 6 févr. 1997, n° 94-84.670, D. 1997, p. 615, note Ph. Conte : « *une loi nouvelle, qui modifie une incrimination ou les sanctions applicables à une infraction, ne trouve à s'appliquer aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés qu'à la condition que cette loi n'ait pas prévu de dispositions expresses contraires* ». Rappr. loi n° 75-4 du 3 janvier 1975 dépénalisant l'émission de chèque sans provision : le nouveau système d'interdiction bancaire étant logiquement inapplicable aux incidents de paiement antérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la loi prit le soin d'exclure la rétroactivité *in mitius* et de maintenir l'ancien système répressif pour les infractions antérieures afin d'éviter l'impunité.

²³ v. *infra*

²⁴ Crim. 28 janvier 2004, B. 23, n° 02-86597 : *les dispositions législatives, support légal de l'incrimination, n'ont pas été modifiées*. Dans le cadre d'une action pour « recel d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics », la cour d'appel a écarté à bon droit l'application de l'article 28 du décret du 7 mars 2001, ayant relevé le seuil au-delà duquel la procédure d'appel d'offres est obligatoire, dès lors, d'une part, que les faits ont été commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, et, d'autre part, que les dispositions législatives, support légal de l'incrimination, n'ont pas été modifiées

²⁵ Crim. 16 juin 2015, n° 14-83798 et 14-85136.

²⁶ Crim., 18 janv. 2006, n° 05-84.369, F-D : JurisData n° 2006-032158 ; Dr. pén. 2006, comm. 53 : *lorsqu'une disposition législative, support légal d'une incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation de textes réglementaires pris pour son application n'a aucun effet rétroactif et les faits commis et poursuivis avant cette abrogation sont toujours punissables*

²⁷ A ce sujet, v. not. W. Jeandidier, JurisClasseur, Pénal Code, art. 112-2 fasc. 20, n° 17.

²⁸ Rappr. R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, Cujas, t. 1, 6e éd. 1988, n° 242 : il peut arriver que la survie de la loi ancienne soit tout aussi nécessaire pour "des raisons d'efficacité répressive".

en quelque sorte, abrogée mais nécessaire²⁹. La nécessité ne serait pas absolue ; elle serait très variable dans certains domaines. Par ailleurs, l'application de la loi nouvelle plus douce ruinerait la politique économique du gouvernement et favoriserait la spéculation normative, qui consiste à anticiper les évolutions de la réglementation répressive. Au surplus, les infractions en question relèveraient d'un droit pénal technique et « artificiel », distinct du droit pénal naturel qui protège les intérêts essentiels de la société et de la personne humaine. Un tel droit accessoire pourrait être soumis à des règles distinctes, moins protectrices.

Pourtant, la rétroactivité favorable possède la même valeur juridique, constitutionnelle et conventionnelle notamment, que la non-rétroactivité de la loi plus sévère. Elle s'impose au législateur à bien des titres, notamment en vertu des textes internationaux³⁰ et la jurisprudence européenne consacre la rétroactivité de la *lex mitior*³¹. Les textes constitutionnels ne contiennent aucune restriction. Et il n'existe aucune raison positive qui permettrait de discriminer et d'exclure la réglementation économique. De plus, le recours à la nécessité de la répression est d'un intérêt limité, qui ne peut tout justifier : le législateur pourrait également estimer que l'application rétroactive de la loi nouvelle plus sévère est nécessaire. Surtout, si l'autorité normative adoucit la répression, c'est bien parce qu'il considère que la sévérité n'est plus nécessaire. Au demeurant, il a toujours été admis qu'une loi réduisant le champ d'une incrimination est une loi nouvelle plus douce ; il n'y a aucune raison de distinguer suivant que cette loi ajoute une condition à la répression ou réduit le seuil en dessous duquel l'infraction est consommée³².

²⁹ Rapp. F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus droit privé, 16e éd., 2009, p. 305, n° 343

³⁰ V. A. Huet, *De quelques méconnaissances du droit international par le droit pénal français*, in Mélanges Bouloc : Dalloz, 2006, p. 450 ; *La France, le Comité des droits de l'homme de l'ONU et la rétroactivité de la loi pénale plus douce*, D. 2010, p. 2865.

³¹ CEDH, 27 sept. 1995, *G. c/ France*, § 24 ; 17 sept. 2009, *Scoppola c/ Italie* [n° 2], § 106, JCP G 2010, 70, n° 8, chron. F. Sudre ; CJUE, 29 oct. 1998, aff. C-230/97, *Ibiyinka Awoyemi c/ Belgique*, § 45 ; 3 mai 2005, aff. C-387/02, *Berlusconi et a.*, § 69 ; JCP G 2006, II, 10020, note O. Dubos, ont également vu là un « principe fondamental du droit pénal ».

³² E. Dreyer, *Limitation constitutionnelle de la rétroactivité in mitius*, JCP 2011, 82.

Faut-il ajouter que les notions de droit pénal technique, de lois de circonstances ou de loi temporaire sont imprécises, si bien que la mise en œuvre de cette jurisprudence dépend essentiellement de considération de politique juridique ?

Le rejet de la rétroactivité favorable relève d'une logique utilitariste, qui devrait davantage relever des répressions et régulations administratives, civiles ou disciplinaires.

Il est encore prétendu que la réglementation nouvelle n'aurait pas de coloration pénale véritable : elle serait extérieure à l'infraction. En somme, les éléments véritablement pénaux de l'infraction devraient être isolés. Les autres seraient soumis au régime « civil » d'application de la loi dans le temps, où la non-rétroactivité n'a pas valeur supra-législative. La seule modification de la réglementation administrative serait par exemple sans effet, dès lors que l'incrimination pénale qui la garantit demeure formellement inchangée. Mais c'est oublier que les textes modifiés participent bien souvent à la définition du comportement réprimés. Ainsi de la définition de la vitesse autorisée dans l'infraction au Code de la route ou des cas dans lesquels le permis de construire est nécessaire.

Dans ces conditions, l'exclusion de la rétroactivité de la loi plus douce est contestable.

En second lieu, une autre atteinte aux principes d'application de la loi pénale dans le temps peut être observée lorsque la norme nouvelle rétroagit malgré sa plus grande sévérité. Les illustrations ne manquent pas, ici non plus. Les lois interprétatives, tout d'abord, sont d'application immédiate, ce qui semble absolument légitime, *a priori* : elles ne créent pas de nouvelles normes mais éclairent le sens d'une règle préexistante, avec laquelle elles font corps³³. Mais elles clarifient parfois la loi ancienne dans un sens plus sévère, si bien qu'il est douteux de considérer qu'elles ne sont pas créatrices d'une nouvelle norme. Ainsi d'un texte précisant la notion de médicament, qui est employé au soutien des poursuites pour exercice illégal de la pharmacie, alors que les faits sont

³³ Crim. 21 octobre 1943, S. 1944, 1, 29.

antérieurs³⁴. Ensuite, les lois déclaratives ne font que constater une règle préexistante, telle que l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité³⁵. En ce sens, l'art. 7 §2 CSDH admet la répression d'un acte criminel « *d'après les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisés* »³⁶. Positivement, pourtant, la règle est bien nouvelle. Enfin, comme évoqué plus haut, les revirements de jurisprudence sont d'application immédiate, même s'ils sont plus sévères : le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle. La Cour EDH l'admet, si la solution présente une certaine prévisibilité³⁷. Elle le condamne dans le cas contraire³⁸.

B. La nouveauté relative de la norme pénale

Il n'est pas certain que toutes ces hypothèses constituent toujours une exception véritable aux principes d'application de la loi pénale dans le temps, si l'on admet que la date de la loi n'est pas le seul critère de sa nouveauté – paradoxalement.

En principe, la date de la loi n'est pas relative : elle est soumise à une appréciation purement formelle. La date d'entrée en vigueur du texte est le lendemain de la publication au journal officiel ou la date que les dispositions du texte prévoient à titre transitoire. Pourtant, il semble qu'existe à côté de la nouveauté formelle de la loi une nouveauté matérielle, à laquelle la jurisprudence pénale n'est pas insensible. Cette nouveauté matérielle est indifférente à la date de publication de la norme, car elle a pour critère la modification substantielle que la norme apporte à l'ordonnancement juridique.

Autrement dit, il importe peu que la règle de droit soit plus ancienne ou plus récente. Ce qui compte, en somme, c'est son originalité, c'est-à-dire la modification du droit positif qu'elle entraîne.

³⁴ Crim. 16 octobre 2013, n° 03-83910 : l'état de ces énonciations, qui caractérisent en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnel, les délits retenus à l'encontre des prévenus au regard, tant des textes applicables aux faits que des textes ultérieurs, lesquels n'ont fait qu'explicitier la définition de la notion de médicament, la cour d'appel a justifié sa décision.

³⁵ L. 26 décembre 2004

³⁶ Rappr. art. 15 §2 PIDCP.

³⁷ CEDH 30 mars 2004, Radio France c. France.

³⁸ Pessino c. France, 10 octobre 2006, n° 40403/02.

Or, une bonne partie des solutions précitées s'expliquerait par l'absence de nouveauté matérielle de la norme (nonobstant sa postériorité chronologique). En matière de lois de « circonstances », il semble considéré que le support essentiel de l'infraction demeure inchangé. La jurisprudence fait valoir la permanence de l'incrimination, dont les seules modalités d'application sont modifiées. Bref, le règlement d'application n'est pas considéré comme nouveau, dès lors que le siège de l'infraction n'a pas changé. Dans l'hypothèse d'une réserve légale expresse s'opposant à la rétroactivité favorable : le Conseil constitutionnel ne semble pas insensible à l'idée de permanence de l'infraction³⁹. En matière de revente à perte (dont le seuil avait été modifié dans un sens plus favorable), il a paru distinguer les « modalités de détermination du prix d'achat effectif » de l'infraction elle-même⁴⁰. Les lois interprétatives, déclaratoires, de même que le revirement jurisprudence, ne sont pas considérés comme substantiellement nouveaux : ils font corps avec la règle plus ancienne. Encore une fois, leur nouveauté matérielle est niée.

Cela étant observé, doit-on admettre cette distinction des nouveautés formelles et matérielles de la loi ? Son usage pourrait être légitime lorsqu'elle sert à apprécier la prévisibilité de la norme nouvelle, comme en matière de revirement de jurisprudence⁴¹. De plus, la jurisprudence nationale et européenne semble implicitement l'admettre lorsqu'après recodification, elle admet l'application de la loi nouvelle aux faits anciens au motif de la continuité de l'incrimination et de la prévisibilité de la répression⁴².

Mais, bien souvent, la distinction des nouveautés matérielle et formelle est artificielle. Elle conduit à nier, à cacher artificiellement, la modification substantielle (même accessoire, même indirecte) de l'incrimination pénale par un nouveau texte. Par exemple, la « permanence de l'infraction » ne suffit pas à

³⁹ Cons. const., 3 décembre 2010, n° 2010-74 QPC.

⁴⁰ Rappr. E. Dreyer, *Limitation constitutionnelle de la rétroactivité in mitius*, JCP 2011, 82.

⁴¹ Rappr. CEDH, *Pessino c. France*, *op. cit.* Dans le sens de la légalité matérielle, le Code pénal ne fait pas référence à la date de la loi ou à sa non-rétroactivité : il affirme que « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis ». Le code ne raisonne pas en terme de conflit chronologique de lois, mais d'existence de l'incrimination au moment des faits : l'intéressé doit savoir que le fait est prohibé.

⁴² Crim. 11 mai 2005, B. 146, RPDP, 2005, 628, Lepage et 633 Pin. CEDH, 17 mars 2009, Ould c/ France, D. 2009, 1573, Renucci

justifier le rejet de la rétroactivité *in mitius*, lorsque la norme nouvelle, comme un règlement d'application, apporte une véritable modification au fond du droit.

II. La date relative des faits délictueux

Voilà une interrogation permanente en droit pénal général : comment dater l'infraction⁴³ ? En principe, la date des faits se situe au moment où l'infraction est consommée, c'est-à-dire au moment où tous ses éléments constitutifs sont réunis. Elle dépend donc de la nature du délit. Il est par exemple commun de distinguer selon qu'il est instantané, si ses actes d'exécution ne nécessitent pas l'écoulement d'un laps de temps (comme la soustraction dans le vol), ou continu – dans le cas inverse (comme la détention dans le recel de choses). La loi nouvelle s'applique tant que les actes d'exécution n'ont pas cessé, puisque les faits lui demeurent concomitants, de sorte que la même infraction continue, commencée sous l'empire de la loi ancienne, peut être réprimée sur le fondement de la loi nouvelle, si elle s'est poursuivie après que cette dernière soit entrée en vigueur⁴⁴.

Il est encore usuel d'isoler les infractions complexes, qui supposent l'accomplissement de plusieurs actes différents (comme l'escroquerie) et l'infraction d'habitude, qui implique la répétition d'un même acte (comme l'exercice illégal de la médecine).

Néanmoins, la détermination temporelle des infractions est trop souvent incertaine, le droit pénal ayant parfois des difficultés à les sérier chronologiquement, comme le montre les trois illustrations qui suivent, relatives aux infractions d'habitude (A), aux infractions continues (B) et à l'hypothèse des faits indivisibles (C).

A. Les infractions d'habitude

⁴³ V. not. A. Tasarपाल, *Le moment et la durée des infractions pénales*, LGDJ, coll. Bibl. sc. Crim., 1967, p.49, n° 70.

⁴⁴ V. not. Crim. 11 février 1998, B. 53.

Comme évoquée plus haut, l'habitude pénale réside dans l'accomplissement de plusieurs actes semblables dont chacun, pris isolément, n'est pas punissable⁴⁵. L'incrimination de la tolérance de personne se livrant à la prostitution dans un lieu ouvert au public⁴⁶ ou de la célébration de mariages religieux sans mariages civils préalables⁴⁷ le montre. En raison de la nécessaire concomitance des actes d'exécution et de la norme d'incrimination, c'est la loi en vigueur au jour du dernier acte qui s'applique. C'est dire que la date de l'infraction peut sembler flottante, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'habitude, qui suppose au moins deux faits, peut intégrer un nombre indéfini de faits répétés tant que le comportement continu et n'a pas été condamné. Ensuite, le temps qui s'écoule entre les différents termes n'est pas défini. Par exemple, la Cour de cassation a affirmé que le délai de répétition des faits est indifférent en matière de menaces réitérées punies par l'article 222-17 du Code pénal : il peut être très bref (ce qui est plus sévère dans cette hypothèse) ou long. Enfin, comme pour une infraction continue, la nouvelle loi est applicable dès lors qu'un seul des faits est commis après son entrée en application, même si les autres actes sont antérieurs : leur ancienneté est niée⁴⁸.

Surtout, par ailleurs, la difficulté est que le critère de l'infraction d'habitude n'est pas clairement déterminé. Parfois, le texte d'incrimination est explicite. La précision peut viser le caractère habituel de l'infraction⁴⁹, voire le nombre d'actes nécessaires à sa consommation⁵⁰. Souvent, cependant, le texte n'est pas si clair. L'exercice illégal d'une profession, par exemple, est classiquement considéré comme une infraction d'habitude : « l'exercice » suppose plus qu'un acte isolé. De plus, dans l'incrimination de l'exercice illégal de nombreuses professions, l'habitude est un élément constitutif du délit. Néanmoins, la

⁴⁵ Il est expliqué qu'envisagé isolément, l'acte n'est pas assez grave, pas assez attentatoire à l'ordre social pour causer une sanction pénale. Il peut même apparaître comme généreux, altruiste.

⁴⁶ Art. 225-10.

⁴⁷ Art. 433-21.

⁴⁸ Poitiers, 16 août 1940, DP 1941, I, 58.

⁴⁹ V. not. art. L. 4161-1, 1°, L. 4161-2, L. 4161-3 C. santé publ. en matière médicale ; art. L. 511-5 et L. 571-3 du code monétaire et financier pour la profession de banquier ; art. 20 de l'ordonnance du 19 sept. 1945 pour la profession d'expert-comptable.

⁵⁰ V. par ex. art. L. 2242-6 C. transports au sujet de voyage sans titre de transport valable : « l'habitude est caractérisé dès lors que la personne concernée a fait l'objet, sur une période inférieure ou égale à douze mois, de plus de dix contraventions pour avoir voyagé sans titre de transport ou munie d'un titre de transport non valable (...) ».

qualification de l'exercice illégal de la profession d'avocat est hésitante, faute de précisions textuelles⁵¹. La jurisprudence a longtemps requis que le comportement délictueux soit habituel pour entrer en voie de condamnation⁵². Elle a pourtant modifié sa jurisprudence plus récemment⁵³ : l'exercice illégal de la profession d'avocat devrait être considéré comme une infraction instantanée.

B. La distinction des infractions instantanées et continue

Ici encore la jurisprudence est hésitante ou retient des solutions inspirées par la seule opportunité répressive. Elle semble notamment confondre l'infraction continue et l'infraction permanente, qui est une infraction instantanée dont le résultat dure dans le temps, telle que la construction immobilière sans permis ou déclaration préalable.

La confusion a été récemment illustrée en matière de plantations illicites de vignes. Le code rural réprime la seule « plantation » irrégulière, ce qui semble constituer un comportement instantané (la plante est mise en terre) dont le résultat est permanent (les plantes demeurent). Mais la Cour de cassation y voit une infraction continue, qui dure tant que les vignes n'ont pas été arrachées⁵⁴. Ce faisant, elle permet l'application d'une loi nouvelle à l'infraction, alors que le fait incriminé est antérieur. Plus encore, elle autorise la répression de l'exploitant qui, après cession de la propriété, exploite les vignes postérieurement à leur plantation.

C. La théorie de l'indivisibilité

Selon la théorie de l'indivisibilité, des faits distincts doivent être considérés comme constitutif d'un seul et même comportement, car le lien qui les unit est si

⁵¹ Articles 4 et 72 de la loi du 31 décembre 1971 qui sanctionne « *quiconque aura, n'étant pas régulièrement inscrit au barreau, exercé une ou plusieurs des activités réservées au ministère des avocats dans les conditions prévues à l'article 4* », ces activités consistant à « *assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit* ».

⁵² Crim. 21 oct. 2008, Dalloz actualité, 1^{er} déc. 2008, obs. C. Gayet

⁵³ Crim. 5 févr. 2013, n° 12-81155, Dalloz actualité, 6 mars 2013, obs. S. Aufferay ; 14 janvier 2015 n° 13-85868.

⁵⁴ Crim. 3 juin 2015, n° 13-87405.

étroit qu'ils ne peuvent être appréciés distinctement. Elle est donc susceptible de modifier la date de l'infraction : plusieurs délits, commis à des moments différents, forment une seule infraction. Ainsi, les infractions dites « continuées » désignent l'hypothèse dans laquelle plusieurs faits délictueux sont commis, répétés – alors que chacun d'entre eux est punissable isolément (à la différence de l'infraction d'habitude). La théorie de l'infraction continuée ou « infraction collective par unité de but » conduit à considérer que tous ses actes ne forment qu'une seule infraction appartenant à la même entreprise criminelle. Le salarié indélicat, qui vole à plusieurs reprises « dans la caisse » de son employeur est considéré comme l'auteur d'un seul délit, de même que le faux monnayeur qui fabrique plusieurs billets de banque.

Par conséquent, l'indivisibilité permet l'application d'une loi nouvelle à un fait antérieur, si ce fait ancien est indivisible à un fait postérieur à cette loi. Comme en matière d'infraction d'habitude ou d'infraction continue, la loi nouvelle est applicable au comportement délictueux, même si certains faits lui sont antérieurs⁵⁵ (alors pourtant qu'ils sont isolément punissables). Il est probablement considéré que l'auteur des faits ne saurait s'en plaindre : un concours réel d'infractions, c'est-à-dire une pluralité de déclarations de culpabilité, pourrait lui être imputé : n'y a-t-il pas autant de fausses monnaies que de billets fabriqués ?

Cela étant, une fois encore, la qualification d'infraction continuée est incertaine, qui semble dépendre des intérêts de la poursuite et, partant, d'un opportunisme répressif certain. Par exemple, elle a été utilisée en matière d'escroquerie pour permettre d'appliquer une loi nouvelle plus sévère, dans l'hypothèse où la tromperie a entraîné plusieurs remises préjudiciables étalées dans le temps⁵⁶. La loi nouvelle est applicable dès lors qu'elle est antérieure à l'une des remises, peu important que les manœuvres frauduleuses, élément principal de l'infraction, et d'autres remises soient antérieures à la loi. La jurisprudence déplace ainsi la date

⁵⁵ Rapp. X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, Coll. cours, 2015, p. 94.

⁵⁶ V. par ex. Crim., 26 sept. 1995, Bull. crim. 1995, n° 288, Dr. pén. 1996, comm. 6 : si la tromperie cause des remises successives, le point de départ du délai de prescription doit être reporté au jour du dernier versement, dès lors que l'ensemble des manœuvres et des remises forme un « tout indivisible ».

de l'infraction, alors que les infractions antérieures sont définitivement consommées. Le fait qu'il y ait plusieurs remises par la victime devrait être indifférent au regard de l'application de la loi dans le temps. Certes, l'escroquerie est une infraction complexe, ce qui retarde sa consommation au jour où le résultat (la remise d'un bien ou d'un service par la victime) est produit. Mais elle est immédiatement consommée au moment de la première remise (c'est une infraction instantanée). Pour qu'il y ait plusieurs escroqueries indivisibles, il faudrait un renouvellement des actes d'exécutions, c'est-à-dire des manœuvres frauduleuses : la théorie de l'infraction continuée ne devrait jouer qu'en présence de plusieurs faits délictueux, punissables séparément, que l'on considère comme un tout.

Décembre 2015