

LOI N° 2017-242 DU 27 FEVRIER 2017 PORTANT REFORME DE LA PRESCRIPTION EN MATIERE PENALE, JO 28 FEVRIER 2017

By Claudia Ghica-Lemarchand*

La prescription matérialise les rapports établis entre le droit pénal et le temps se rattachant à une dimension philosophique allant au delà de sa dimension technique. Le droit pénal, de manière générale, et la Justice pénale, plus particulièrement, sont-ils soumis au Temps ou y échappent-ils, en vertu de leur caractère absolu et universel ? Le sentiment de Justice, sentiment primaire, et le contrat social dans son expression expressive la plus aboutie, la Justice pénale, peuvent-ils être effacés par la passage du Temps ? Le poète latin VIRGILE décrivait déjà ce conflit lorsqu'il écrivait : « Mais en attendant, il fuit: le temps fuit sans retour, tandis que nous errons, prisonniers de notre amour du détail. »¹.

Le droit pénal repose sur l'existence d'une infraction constituant un acte violent la loi pénale sanctionné par une peine et engendrant un trouble social. Si « le phénomène criminel est vieux comme le monde », selon les professeurs MERLE et VITU, la définition et le contenu du crime sont des variables soumises à des évolutions dans le temps et l'espace, même si la présence de certaines constantes peut être remarquée. La relativité juridique ne peut effacer la pérennité et la permanence de l'infraction qui est ressentie comme « une agression dirigée contre les valeurs jugées les plus essentielles au sein d'un groupe social »², « les états forts et définis de la conscience collective »³. Le juriste anglais Blackstone, au XVIIIème siècle, avait déjà dessiné une distinction entre les *mala prohibita*, relatives et intimement liées à un type d'organisation sociale et les *mala in se*, le noyau dur des infractions, permanentes et universelles. Si les infractions par détermination de la loi peuvent s'effacer de la conscience collective par le passage du temps et l'évolution de la société, les crimes par nature demeurent. Si la détermination de l'infraction est sujette au passage du temps, qu'en est-il de la possibilité de la punir ? Une infraction commise peut-elle être poursuivie et punie à tout moment ou est-elle soumise à un effacement progressif ?

Au cœur de la rencontre du temps et des sciences juridiques, la prescription occupe une place particulière et constitue un pont entre les différentes branches du droit. L'article 2219 du Code civil envisage la prescription comme un moyen d'acquiescer ou d'éteindre un droit au bout d'un certain délai. Lorsque le titulaire d'un droit est resté inactif pendant un certain délai fixé par la loi, son action s'éteint par l'effet de la prescription. Si l'utilité de la prescription civile semble universellement admise, en dépit de différences de délai ou de régime juridique, tel n'est pas le cas en droit pénal. La prescription de l'action publique est une cause d'extinction de cette action par l'effet de l'écoulement d'une période de temps déterminée. Elle doit être nettement distinguée de la prescription de la peine qui empêche l'exécution d'une peine prononcée par l'effet du passage d'un certain laps de temps. La prescription de l'action publique existe dans de nombreuses législations, héritage du droit romain qui avait introduit la prescription du droit d'accusation à vingt ans, mais n'est pas universelle, puisque les pays de *common law* l'ignorent ou la limitent, réservant son application à des infractions mineures. Expression indirecte de la confrontation entre l'efficacité sociale de la répression et la permanence de l'interdit pénal, la prescription de l'action publique traduit la temporalité de l'action de la Justice pénale, alors que la prescription de la peine, pose, plus largement, la question de la temporalité de la répression. Les fondements de ces deux types de prescription se rejoignent, même s'ils sont généralement étudiés à propos de la prescription de l'action publique, et qu'ils forment une construction complexe reposant sur des justifications de nature différente et à caractère réversible.

Le premier fondement est celui de l'absence d'intérêt social de la répression en cas d'apaisement ou de disparition du trouble social. Cet argument se confond progressivement avec le droit à l'oubli. Ainsi que l'écrivait Julien Greene, « l'oubli est une grâce ». Cette affirmation ne convainc pas nécessairement les

* Professeur à l'Université de Rennes I

¹ VIRGILE, Les Géorgiques, livre III, vers 284 : *Sed fugit interea tempus fugit irreparabile, dum singula amore capti circumvectamur*

² MORVAN P., « Criminologie », n° 9, LexisNexis, 2013.

³ DURKHEIM E., « De la division du travail social », 1893.

victimes de l'infraction, ni les partisans d'une application rigoureuse de la loi pénale et contient les germes d'une évolution dangereuse du droit pénal. D'une grâce rendue par le corps social, elle se transforme en droit-créance pour le délinquant. Si ce dernier est supposé avoir vécu dans l'angoisse et subi le remords de son crime pendant « l'insomnie de vingt ans »⁴, il ne doit pouvoir revendiquer ce droit comme l'équivalent de la peine évitée. Une espérance s'impose, cependant, le délinquant n'aura pas renouvelé sa conduite criminelle puisqu'il a échappé à d'autres poursuites, même si cela ne constitue pas une certitude. Le temps peut aussi permettre aux plus habiles et pervers de passer à travers les mailles du filet.

La deuxième justification est, à la fois, juridique et pratique et a trait à la preuve. Tandis que le temps passe, il y a un dépérissement des preuves, les indices et les preuves matérielles s'effacent, les témoignages et déclarations perdent en fiabilité car les souvenirs se brouillent, les expertises sont plus incertaines. La prescription est un rempart contre l'erreur judiciaire et devient un complément utile des droits de la défense et de la sécurité juridique, ainsi que le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme. « La prescription peut se définir comme le droit accordé par la loi à l'auteur d'une infraction de ne plus être poursuivi ni jugé après l'écoulement d'un certain délai depuis la réalisation des faits. Les délais de prescription, qui sont un trait commun aux systèmes juridiques des Etats contractants, ont plusieurs finalités, parmi lesquelles garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions et empêcher une atteinte aux droits de la défense qui pourraient être compromis si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur le fondement d'éléments de preuve qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »⁵.

Le troisième fondement met l'accent sur la négligence de la partie poursuivante à mettre en mouvement les poursuites, rejoignant ainsi l'inspiration du droit civil. La prescription serait ainsi une sanction à l'égard de légèreté ou négligences de la part du ministère public, essentiellement, rappelant la phrase célèbre de Jean de la Bruyère « ceux qui emploient mal leur temps sont les premiers à se plaindre de sa brièveté »⁶. Cet argument a été formellement admis par le Code du 3 brumaire an IV, mais rejeté par le Code d'instruction criminelle de 1808, donc est sujet à caution, même si son inspiration demeure notamment dans le cadre des causes d'interruption. L'inertie et les carences des pouvoirs publics entraînent des conséquences et ne doivent pas faire obstacle au procès dans un délai raisonnable, garanti par la prescription.

Malgré son rôle central, la prescription souffre d'une imprécision chronique de ses contours, ainsi que de son régime juridique. La jurisprudence, guidée par sa quête absolue d'équité, a adapté les dispositions éparées et incomplètes du code de procédure pénale en érigeant un véritable corpus de règles alternatives, à légalité discutable et discutée. Le législateur, guidé par la recherche d'une politique pénale dissuasive, a adopté des règles répressives à efficacité renforcée, mais limitée. La prescription s'est trouvée soumise à des considérations pratiques éloignées de sa véritable nature et est entrée en état de fébrilité. Souhaitée par la majorité de la doctrine depuis longtemps, après d'âpres discussions parlementaires, la réforme de la prescription est enfin arrivée par la loi du 27 février 2017⁷, en espérant que la règle juridique se plie enfin à la règle de bon sens formulée par Goethe qui écrivait « On a toujours assez de temps quand on en fait bon usage ».

La nouvelle loi procède à une unification de la prescription au sein de la matière pénale, qu'elle s'applique à l'action publique ou à la peine, et à une simplification des règles applicables en regroupant les règles générales et dérogatoires dans un cadre unitaire accessible et clair. La loi du 27 février 2017 a une portée générale et rayonne au-delà du code pénal ou du code de procédure pénale. Les infractions prévues dans d'autres codes suivent les règles prévues dans le code de procédure pénale par la loi du 27 février 2017. Sont visées expressément par la réforme le code de justice militaire et le code des douanes.

Tenant compte de jurisprudences multiples qui se sont insérées dans les interstices laissés vides précédemment par le code de procédure pénale, la nouvelle loi anticipe les difficultés d'application envisageables, même si certaines questions semblent rester en suspens. La nouvelle loi dessine le cours de la

⁴ FRANCHIMONT M., JACOBS A., MASSET A., « Manuel de procédure pénale », Collection de la Faculté de droit de Liège, Larcier, 2009, p. 112.

⁵ Cour européenne des droits de l'homme, 22 juin 2000, Coëme et autres c/ Belgique, § 146.

⁶ J. DE LA BRUYERE, « Les caractères », Lefèvre, 1817, tome 2, p. 49.

⁷ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, JO 28 février 2017.

prescription, en essayant de simplifier son déroulement (I), ainsi que le contenu et les effets des différents obstacles pouvant en affecter le mouvement (II).

1. Les prescription, long fleuve tranquille

La prescription en matière pénale traduit une évolution des concepts d'infraction - conçue comme un acte interdit par la loi pénale et ne se confondant pas avec un interdit absolu de nature morale ou religieuse - et de peine - réaction de la société au trouble social se détachant de la pénitence ou de la punition. Si les délais sont modifiés en vue d'une simplification des règles applicables, c'est aussi et surtout pour écarter de manière plus énergique les effets de la prescription. Mais le délai abstrait ne signifie rien tant qu'il ne commence à courir. La durée est moins importante que le point de départ du délai, les interventions législatives partielles et la jurisprudence offensive l'ont largement prouvé. La loi définit avec clarté le moment à partir duquel le délai commence à s'écouler, même si certains points continuent de susciter interrogation.

1.1. La prescription au long cours

La loi du 27 février 2017 modifie les articles 7 et suivants du Code de procédure pénale, mais ne touche pas l'article 6 définissant la nature et les effets de la prescription de l'action publique.

1.1.1. Le socle immuable de la prescription

Selon l'article 6 du code de procédure pénale, la prescription éteint l'action publique, au même titre que la mort du prévenu, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée. Les juges considèrent « qu'elle ôte aux faits poursuivis tout caractère délictueux »⁸. De la même manière, l'article 133-1 du code pénal dispose « la prescription de la peine empêche l'exécution de celle-ci », tout comme le décès de la personne physique, la dissolution de la personne morale, la grâce et l'amnistie.

La prescription est une mesure d'ordre public et, à ce titre, est péremptoire, devant être relevée d'office par les juridictions d'instruction ou de jugement⁹. Elle peut être invoquée à tout stade de la procédure, même devant la Cour de cassation¹⁰, à condition que l'on trouve dans les énonciations de la décision attaquée des éléments suffisants, puisqu'interdiction est faite à cette juridiction d'entrer dans l'examen des faits¹¹. La prescription est un élément nécessaire du procès équitable et il convient de permettre aux parties d'en débattre et de présenter leurs observations¹².

La prescription a une portée générale d'application puisque toutes les catégories d'infractions et de personnes pénalement responsables y sont soumises. D'une part, toutes les catégories d'infractions sont touchées par la prescription. Cela permet de rappeler la différence d'analyse entre le droit français qui l'applique même aux infractions les plus graves (à l'exception des crimes contre l'humanité qui restent les seules infractions imprescriptibles en droit positif, malgré certaines propositions d'extension) et d'autres systèmes juridiques, notamment de *common law*, qui la réservent aux infractions les moins graves. D'autre part, la prescription opère *in rem*. Son caractère objectif fait sortir l'infraction du champ de la répression pénale et produit des effets sur l'ensemble des personnes poursuivies, indépendamment de leur qualité – auteur, coauteur ou complice.

Malgré ces caractéristiques fortes, la prescription de l'action publique ne constitue pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ainsi que l'a affirmé la Cour de cassation dans une des affaires politiques les plus médiatisées de la fin du vingtième siècle, l'affaire dite des « emplois présumés fictifs de la mairie de Paris », ayant abouti à la condamnation de l'ancien Président de la République, Monsieur Jacques Chirac. L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation¹³ a refusé, dans quatre arrêts rendus

⁸ Crim. 27 octobre 1993, Bull. n° 320.

⁹ Crim. 20 mai 1980, Bull. n° 156, RSC 1981, . 406, obs. ROBERT.

¹⁰ Crim. 20 juillet 1954, Bull. n° 261.

¹¹ Crim. 20 octobre 1992, Bull. n° 330 : « la prescription de l'action publique constitue une exception péremptoire et d'ordre public ; qu'elle doit être relevée d'office par les juges et qu'elle peut être proposée pour la première fois devant la Cour de Cassation sous la seule condition que cette Cour trouve dans les constatations des juges du fond les éléments nécessaires pour lui permettre d'en apprécier la valeur ».

¹² Crim. 8 janvier 2013, Bull. n° 9.

¹³ Ass. Plén. 20 mai 2011, Bull. crim. n° 5, 6, 7, 8.

pour plus de solennité de manière concomittante, le renvoi au Conseil constitutionnel de questions prioritaires de constitutionnalité car « la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle ». Les juges judiciaires répressifs ont montré, une fois de plus, leur hostilité à soumettre à l'examen du Conseil constitutionnel une règle issue de l'interprétation jurisprudentielle et exprimé indirectement leur souhait de préserver leur monopole en la matière. Cette décision, outre le fait qu'elle permet à la Cour de cassation de s'arroger le droit de contrôler la constitutionnalité de certaines règles, entre en contradiction ouverte avec la position exprimée par d'autres juges internes, le Conseil constitutionnel¹⁴ et le Conseil d'Etat¹⁵, ou internationaux¹⁶. Les règles relatives à la prescription ont été validées par la Cour de cassation conformément au principe de légalité en ce qu'elles « sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs »¹⁷.

L'intervention du législateur restait le seul recours pour redonner de la cohérence à une matière qui échappait au contrôle constitutionnel et qui était couverte par la Cour de cassation d'un voile obscur de règles incompatibles avec la lettre de la loi. De nombreuses tentatives et réflexions ont existé, à tel point que leur rappel exhaustif serait inutile et fastidieux¹⁸. Comme références choisies, un rapport d'information au Sénat de 2007¹⁹ ou le rapport dans le cadre des travaux sur la dépenalisation de la vie des affaires remis le 20 février 2008 par une commission présidée par Jean-Marie COULON²⁰ repris par l'avant projet de réforme²¹ du code de procédure pénale présenté le 1^{er} mars 2010, jamais adopté.

1.1.2. *Les délais de la prescription*

La prescription se confond, à première vue, avec son délai, tant son caractère temporel imprime sa marque sur l'institution. Le législateur utilise une méthode qui se dédouble puisqu'aux côtés des délais de droit commun il prévoit des modulations afin de tenir compte des priorités de politique pénale.

La loi du 27 février 2017 réécrit l'article 7 du code de procédure pénale selon lequel « l'action publique des crimes se prescrit par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise », doublant ainsi l'ancien délai de dix ans. Cette règle conduit à une identité de délai en matière de prescription de l'action publique et de la peine, fixés dorénavant tous deux à vingt ans. L'article 8 fixe le délai de la prescription de l'action publique des délits à six ans, procédant aussi à un doublement de l'ancien délai de trois ans, considéré comme étant trop court par la plupart des rapports internationaux d'évaluation du droit français (GRECO, OCDE). L'article 9 maintient le délai en matière contraventionnelle à un an, malgré la proposition initiale qui retenait aussi un doublement du délai, sans doute par crainte d'encombrement judiciaire. Le point de départ est fixé au moment où « l'infraction a été commise ». A la polémique de savoir si ce jour devait être compris

¹⁴ Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999 (Traité portant statut de la Cour pénale internationale), Journal officiel, 24 janvier 1999, p. 1317, § 20 : « Considérant qu'aux termes de l'article 29 du statut : " Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas " ; qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ».

¹⁵ Conseil d'Etat, Section de l'intérieur, 29 février 1996, n° 358597, Avis "Cour pénale internationale" : « Le Conseil d'Etat considère que l'existence d'une règle de prescription qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République exige que, pour les crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptibles, un délai de prescription soit fixé dans le statut, en fonction de la gravité des crimes commis. »

¹⁶ Cour européenne des droits de l'homme 22 octobre 1996, *Stubbings et autres c/ le Royaume-Uni* : « sont un trait commun aux systèmes juridiques des Etats contractants ».

¹⁷ Ass. Plén. 20 mai 2011, Bull. crim. n° 5, 6, 7, 8.

¹⁸ Proposition de loi n° 2335 (Assemblée nationale, Xème législature), P. MAZEAUD – à titre d'illustration.

¹⁹ Rapport d'information n° 338 (2006-2007) de MM. Jean-Jacques HYEST, Hugues POTEILLI et Richard YUNG, fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 20 juin 2007 : le rapport proposait de moderniser les règles de prescription actuelles afin de leur rendre leur cohérence, en maintenant le lien entre gravité de l'infraction et durée du délai, et de consacrer la jurisprudence sur le report du point de départ de la prescription en cas d'infraction clandestine.

²⁰ J.-M. COULON, « Les principes généraux du rapport », AJ pénal 2008, p. 61 : Le rapport proposait une prescription de quinze ans en matière criminelle, sept ans en matière délictuelle pour toutes les infractions dont la pénalité est de plus de trois ans, cinq ans pour les autres infractions et les amendes. En contrepartie, le point de départ de la prescription était fixé de manière intangible au moment de la commission de l'infraction.

²¹ Articles 121-6 et suivants de avant-projet de réforme du Code de procédure pénale.

dans le délai ou non, la jurisprudence a répondu en considérant que le jour même de la commission n'était pas compris dans le délai²².

En règle générale, il est possible de constater que les délais de droit communs reprennent en filigrane la hiérarchie des valeurs sociales protégées par la loi pénale. Ainsi, plus l'infraction est grave, plus le délai de prescription est long. La prescription traduit ici pleinement la valeur expressive de la loi pénale et se place au cœur de l'édifice répressif de l'Etat de droit en contribuant à déterminer les valeurs sociales essentielles de la société. Dans le même sens, toute modulation du délai, dans un sens d'aggravation ou d'adoucissement, traduit une volonté de politique criminelle et devient un outil de répression utilisé par le législateur. La loi du 27 février 2017 utilise pleinement cette technique pour afficher des priorités.

Si l'article 7 pose le délai de droit commun de la prescription en matière criminelle, les alinéas suivants contiennent des règles dérogatoires. Selon l'alinéa 2, le délai est porté trente ans pour les crimes mentionnés au code de procédure pénale relatifs aux terrorisme (article 706-16), au trafic de stupéfiants (article 706-26) ou de matières ou armes nucléaires, biologiques, chimiques, de destruction massive (article 706-167). Le délai de trente ans s'applique aussi aux crimes contre l'espèce humaine (article 214-1 à 214-4 code pénal), conformément à la règle déjà en vigueur, et aux crimes de guerre contenus dans le livre IV bis du code pénal (si la proposition de loi initiale envisageait leur imprescriptibilité, elle est écartée pour maintenir une franche supériorité de la gravité des crimes contre l'humanité, seules infractions à bénéficier l'imprescriptibilité). Par conséquent, pour assurer la mise en cohérence, sont abrogées les règles spéciales de délai allongé à trente ans figurant aux articles 215-4 (crimes contre l'espèce humaine), 221-18 (les disparitions forcées) et 462-10 (crimes de guerre) du code pénal et les articles 706-25-1 (renvoyant à l'article 706-16 et aux crimes terroristes), 706-175 (renvoyant à l'article 706-167 et aux infractions relatives aux matières et armes nucléaires, biologiques, chimiques), 706-31 (renvoyant à l'article 706-26 et aux infractions relatives aux stupéfiants) du code procédure pénale.

L'article 7, alinéa 3, pose le principe d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, leur assurant ainsi une suprématie de l'opprobre social et de la sévérité de la réaction sociale déclenchée par ces comportements. Par voie de conséquence, pour coordination, l'article 213-5 du code pénal, précisant expressément l'imprescriptibilité, à la fois, de l'action publique et de la peine, est abrogé, et l'article 133-2 est modifié. Ce dernier fixait le délai de la prescription de la peine, à l'exception de l'article 213-5. La référence à cet article abrogé disparaît dans la nouvelle rédaction et l'article 133-2 s'enrichit de deux alinéas supplémentaires. Le dernier alinéa mentionne que, par dérogation au principe, les peines prononcées pour les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles. Par parallélisme, l'avant-dernier alinéa précise que les peines des crimes dont l'action publique se prescrit par trente ans, se prescrivent aussi par trente ans.

L'article 8, alinéa 1^{er}, dans sa nouvelle rédaction, contient le délai de droit commun de six ans, mais la règle peut connaître une modulation en tenant compte de la vulnérabilité des victimes, des valeurs sociales protégées ou du mode opératoire visé. Trois exceptions sont prévues dans les alinéas suivants.

D'une part, l'alinéa 2 dispose « L'action publique des délits mentionnés à l'article 706-47 du présent code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, à l'exception de ceux mentionnés aux articles 222-29-1 et 227-26 du code pénal, se prescrit par dix années révolues à compter de la majorité de ces derniers », excluant ainsi les agressions sexuelles, les délits relatifs à la traite des êtres humains, au proxénétisme, le recours à la prostitution, la corruption ou les propositions sexuelles par un moyen de communication électronique, l'utilisation par tout moyen d'image pornographique, mutilation sexuelle ou atteinte sexuelle sur mineur. Le délai de la prescription est considérablement augmenté par l'utilisation conjointe de deux techniques – le report du point de départ au moment de la majorité de la victime et le délai allongé à dix ans au lieu des six ans de droit commun. Ce double mécanisme corrige un déséquilibre factuel et juridique au détriment du mineur. Non seulement, il souffre d'une faiblesse physique, morale et économique face à l'adulte délinquant, dont il dépend parfois, mais il est dépourvu de la capacité d'agir en justice. Si, en principe, il n'en a pas besoin devant les juridictions pénales car la société le représente, sa situation est telle que l'infraction reste cachée jusqu'à sa majorité et la possibilité de prendre son indépendance et en parler.

²² Crim. 8 septembre 1998, Bull. n° 227 : « alors que la prescription ne commençant à courir que le lendemain du jour où l'infraction aurait été commise ».

D'autre part, l'alinéa 3 prévoit que le délai de prescription est porté à vingt ans à partir de la majorité de la victime en cas de violences volontaires (article 222-12), les agressions sexuelles (article 222-29-1) ou atteinte sexuelle (article 227-26) sur mineur de quinze ans. Le même double mécanisme d'aggravation est utilisé, mais le délai subit un allongement supérieur au précédent du fait de la plus grande vulnérabilité de la victime, car il s'agit ici nécessairement de mineur de quinze ans.

Enfin, l'alinéa 4 porte le délai de la prescription à vingt ans pour les délits punis de dix ans d'emprisonnement lorsqu'ils portent sur les matières ou armes nucléaires, biologiques, chimiques, de destruction massive (article 706-167), le terrorisme (article 706-16), à l'exception de celles d'apologie ou commises par voie de presse (article 421-5-2 et 421-5-2-1), les stupéfiants (article 706-26) ou les délits de guerre prévus au livre IV bis du code pénal. Il est possible de remarquer que si les deux premières exceptions reposent à la fois sur la vulnérabilité intrinsèque de la victime – mineure – et le mode opératoire dans certaines infractions, la dernière exception tient compte exclusivement de l'importance de la valeur sociale protégée qui justifie un régime dérogatoire traduisant la hiérarchie des valeurs protégées pénalement par la société.

L'article 9 maintient le délai de la prescription de l'action publique en matière contraventionnelle à un an, assurant la stabilité du régime juridique en la matière.

La loi du 27 février 2017 a donné lieu à des débats acharnés et à une opposition frontale et irréductible entre les deux chambres du Parlement à propos de la prescription applicable aux infractions en matière de presse. Dans cette dernière matière, le législateur a adopté des délais raccourcis afin d'exprimer une volonté d'allègement de la répression dans des domaines soumis à l'instantanéité. « L'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions » en matière de presse se prescrit par trois mois²³. Ce délai court est justifié par l'impact immédiat du trouble social sitôt oublié dans une société surinformée²⁴. Il peut être écarté pour souligner une orientation contemporaine de la politique criminelle, comme cela a été le cas dans le cadre des provocations à la discrimination, à la haine, à la violence, à la diffamation ou des injures proférées à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée²⁵ ou à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap²⁶ où il est porté à un an. Cette liste limitative d'infractions en matière de presse soumise à un délai allongé souligne le caractère général du régime de droit commun de trois mois, conformément à l'interprétation de la Cour de cassation²⁷ qui a obligé le législateur à intervenir afin d'élargir expressément le champ d'application de l'exception²⁸. Le Sénat souhaitait allonger le délai de droit commun de prescription des infractions de presse pour le porter à un an, alors que l'Assemblée nationale y était farouchement opposée. La loi du 27 février 2017 ne modifie donc pas le délai raccourci de trois mois en matière de presse. Il est possible de remarquer, par ailleurs, que dans un autre domaine plus marginal, les infractions électorales se prescrivent par six mois, afin de préserver la stabilité des gouvernances²⁹.

La prescription de la peine, prévue à l'article 133-1, alinéa 2, du code pénal (« La prescription de la peine empêche l'exécution de celle-ci ») est aussi réformée par la loi du 27 février 2017, mais de manière bien moins importante, puisque seules quelques modifications partielles sont réalisées en matière criminelle à l'article 133-2 (étudiées *supra* en parallèle avec la prescription de l'action publique, puisque conçues pour former un tout) et une modification du délai en matière correctionnelle retient l'attention. En effet, l'article 133-3 du code pénal dispose dorénavant « Les peines prononcées pour un délit se prescrivent par six années révolues à compter de la date à laquelle la décision de condamnation est devenue définitive » au lieu des cinq ans prévus auparavant. Le législateur manifeste ainsi sa volonté d'unifier la prescription de l'action publique et

²³ Article 65, loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²⁴ DREYER E., « La prescription des infractions commises par les médias », AJ Pénal 2006, p. 294

²⁵ Article 65-3, loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : « Pour les délits prévus par les septième et huitième alinéas de l'article 24, l'article 24 bis, les deuxième et troisième alinéas de l'article 32 et les troisième et quatrième alinéas de l'article 33, le délai de prescription prévu par l'article 65 est porté à un an ».

²⁶ LOI n° 2014-56 du 27 janvier 2014 visant à harmoniser les délais de prescription des infractions prévues par la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, commises en raison du sexe, de l'orientation ou de l'identité sexuelle ou du handicap.

²⁷ Crim. 23 mai 2006, Bull. n° 144.

²⁸ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

²⁹ Article 114 Code électoral.

la prescription de la peine qui sont soumises dorénavant à des délais uniques en matière criminelle (vingt ans) et délictuelle (six ans). En revanche, la distinction est maintenue en matière contraventionnelle où les peines se prescrivent « par trois années révolues à compter de la date à laquelle la décision de condamnation est devenue définitive ». La loi ajoute un nouvel article 133-4-1 dans le code pénal qui précise les causes d'interruption en matière de prescription de la peine « Le délai de prescription des peines est interrompu dans les conditions prévues à l'avant-dernier alinéa de l'article 707-1 du code de procédure pénale ». Selon ce texte, « la prescription de la peine est interrompue par les actes ou décisions du ministère public, des juridictions de l'application des peines et, pour les peines d'amende ou de confiscation relevant de leur compétence, du Trésor ou de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués, qui tendent à son exécution ». La nouvelle loi se contente de renvoyer dans le chapitre relatif à l'extinction des peines par prescription (article 133-1 s. code pénal) à la règle expressément mentionnée par le code de procédure pénale dans son article 707-1, mais cela ne modifie pas le contenu de la règle de droit applicable.

Le délai acquiert son importance dès l'instant où il commence à courir assurant une importance capitale à la fixation du point de départ.

1.2 La source de la prescription

Si la technique de définition des délais est classique dans sa facture, la loi 27 février 2017 se montre plus audacieuse en matière de définition de règles relatives à la fixation du point de départ et au déroulement en introduisant un certain nombre d'articles intermédiaires précisant les modalités de calcul et d'application de la prescription. Si certaines hypothèses sont expressément définies par le législateur, d'autres consacrent la jurisprudence en la matière risquant d'encourir les mêmes critiques.

1.2.1. *Report ciblé du point de départ*

L'ensemble des dispositions contenues dans l'article 9-1 du code de procédure pénale manifeste le développement de la dimension protectrice du droit pénal, en complément de sa visée répressive.

L'article 9-1 dispose, dans son premier alinéa, « Le délai de prescription de l'action publique des crimes et délits mentionnés à l'article 706-47 du présent code et aux articles 222-10 et 222-12 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur un mineur, court à compter de la majorité de ce dernier ». Il est possible de remarquer la redondance, car la règle est précédemment définie à propos de l'article 706-47, aussi bien dans l'article 8 que dans l'article 9. S'il est souhaitable que les choses soient parfaitement claires, les bégaiements législatifs sont à éviter et à proscrire. Le report du point de départ au moment de la majorité vaut aussi pour les violences volontaires ayant entraîné mutilation ou infirmité permanente (article 222-10) ou une incapacité totale de travail de plus de huit jours (article 222-12) commises sur mineur de quinze ans.

Cette affirmation claire de la méthode choisie par le législateur vient renforcer la philosophie de la protection spéciale accordée aux mineurs. Si la loi du 27 février 2017 vient énumérer avec clarté les infractions offrant un régime de faveur aux mineurs, elle s'inscrit dans une démarche restrictive quant à la protection qui leur est offerte. En effet, elle stabilise une liste d'exceptions en consacrant une diminution de leur régime d'exception par rapport au système initial. S'il a semblé pendant longtemps que ce rétrécissement était indirect et involontaire, il devient aujourd'hui incontestable. En effet, la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989, relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance a modifié une première fois les articles 7 et 8 du code de procédure pénale afin de reporter le point de départ de la prescription de l'action publique au moment de la majorité. Ces dispositions ont été modifiées par la loi n° 95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social prévoyant que lorsque la victime était mineure, et que le crime ou le délit avait été commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par une personne ayant autorité sur elle, le délai de prescription ne commençait à courir qu'à partir de sa majorité. La loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs a substitué une nouvelle formule impliquant que le report du délai de prescription à la majorité n'était plus réservé aux infractions commises par les proches de la victime, mais qu'il s'appliquait à tous les crimes commis contre des mineurs, ainsi qu'à une liste limitative de plusieurs délits. Enfin, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (Perben II), complétée par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, a porté à vingt ans la prescription des crimes les plus graves dirigés contre ces derniers, ainsi que de certains délits spécifiés,

d'autres étant par ailleurs soumis à une prescription de dix ans, tout en maintenant la règle, pour les infractions concernées, que le délai ne commençait à courir qu'à partir de la majorité des victimes. Le régime juridique retenu était censé être plus favorable aux mineurs, en principe, mais constituait une régression de leur protection pénale. La majorité constituait le point de départ de la prescription de l'action publique uniquement pour les infractions figurant sur les listes dérogatoires des articles 7 et 8. En tant que règle spéciale, elle était soumise à l'interprétation restrictive³⁰, ce qui suscitait de nombreuses difficultés pour les infractions qui ne figuraient pas dans l'énumération légale. La réforme de 2017 confirme ce choix puisqu'elle considère que le régime de faveur conjuguant report du point de départ au moment de la majorité et délai allongé est réservé à certaines infractions expressément désignées par le législateur.

L'alinéa 2 reprend une règle visant expressément le clonage reproductif ayant conduit à la naissance d'un enfant et fixe le point de départ de la prescription au moment de la majorité de ce dernier.

En revanche, la règle de report du point de départ de la prescription à l'égard des personnes particulièrement vulnérables n'est pas maintenue par la loi du 27 février 2017. La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure avait rajouté un troisième alinéa à l'article 8 du code de procédure pénale. Lorsque certaines infractions énumérées limitativement³¹ (l'abus de faiblesse, le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, le détournement de gage, le recel) étaient commises à l'encontre d'une personne vulnérable « du fait de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse », le délai de prescription courait « à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ». Si le régime de faveur accordé aux personnes particulièrement vulnérables a disparu du code de procédure pénale, sa philosophie perdue dans le cadre de la définition des nouvelles règles visant expressément les infractions occultes ou dissimulées.

1.2.2. *Les infractions occultes et dissimulées*

Les trois derniers alinéas de l'article 9-1 contiennent une modification essentielle et, à n'en pas douter, celle qui retiendra le plus l'attention de la pratique et de la doctrine. L'article 9-1, alinéa 3, dispose « Par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise ». Cet article consacre l'interprétation jurisprudentielle constante qui a permis de faire échec à la prescription en matière de droit pénal des affaires, notamment. Les juges ont forgé la théorie des « infractions clandestines » qui traduit leur volonté de faire obstacle à la prescription et de favoriser la répression d'infractions pour lesquelles l'engagement des poursuites ne serait plus possible. La Cour de cassation considérait que le point de départ du délit devait être fixé « au jour où le délit était apparu et avait pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »³², formule réitérée de manière constante³³ par les juges dans le cadre d'infractions comme l'abus de confiance, l'abus de biens sociaux, la tromperie ou l'atteinte à l'intimité de la vie privée. Cette solution appliquée à des infractions instantannées avait un but clairement répressif et paralysait une prescription-prime offerte aux individus les plus fourbes et les plus dangereux qui, non contents d'avoir commis leur forfait, arrivaient à le dissimuler par des manœuvres dilatoires ou leur attitude clandestine. L'expression choisie par la Cour de cassation était soigneusement choisie pour éviter les excès puisqu'il apparaissait clairement que la prescription courait, non pas du jour où le détournement était effectivement découvert par la victime, mais du jour où la victime disposait d'éléments nécessaires à sa découverte, notamment à la suite d'expertises ou de contrôles comptables ou fiscaux. Le point de départ de la prescription devait être fixé au jour où la victime, sociale ou individuelle, était en mesure de découvrir l'infraction, car nulle protection supplémentaire ne doit

³⁰ Crim. 25 novembre 2009, Bull.n° 198 : « la règle selon laquelle le délai de prescription des délits commis sur des mineurs ne commence à courir qu'à partir de la majorité de la victime ne s'applique qu'aux infractions mentionnées à l'article 706-47 du code de procédure pénale et à celles définies par les articles 222-12, 222-30, 227-26 du code pénal, à l'exclusion de celles prévues à l'article 222-13 ».

³¹ Les articles 223-15-2, 311-3, 311-4, 313-1, 313-2, 314-1, 314-2, 314-3, 314-6 et 321-1 code pénal.

³² Crim. 4 janvier 1935, Gaz. Pal. 1935, I, jurispr., p. 353.

³³ Crim. 8 février 2006, Bull. n° 34.

lui être accordée en cas de négligence ou carence. La prescription ne devait courir tant que le ministère public ou la partie civile n'avaient la possibilité d'agir en justice.

Si le sentiment de justice et l'efficacité de la répression pénale s'accommodaient d'une telle solution, elle entraînait en contradiction ouverte avec le principe de légalité criminelle. En effet, cette interprétation jurisprudentielle s'écartait de la lettre de la loi fixant comme point de départ de la prescription la commission de l'infraction. D'un point de vue strictement juridique, la déformation des principes généraux du droit conduisait à appliquer le régime juridique d'une infraction continue à une infraction instantanée. Cette solution se distingue de celle qui consiste à considérer certaines infractions comme formant un ensemble et de fixer le point de départ de la prescription lors de la commission du dernier acte. Lorsque l'infraction se traduit par des actes réitérés ou des remises successives, les juges considèrent l'ensemble du montage et choisissent de retenir comme point de départ de la prescription la dernière opération. L'escroquerie illustre souvent cette solution³⁴, mais n'est pas isolée³⁵. D'un point de vue pratique, la solution conduisait à une quasi-imprescriptibilité.

La contestation doctrinale majoritaire a poussé la Cour de cassation à modifier sa solution en décidant de fixer le point de départ des infractions clandestines selon un critère objectif – « la présentation des comptes annuels »³⁶. Outre le fait que cette solution n'était pas applicable à toutes les infractions, elle visait particulièrement le droit pénal des affaires et l'abus de biens sociaux, la Cour de cassation l'a assortie d'une exception – « sauf dissimulation ». Dans cette hypothèse, les juges reprenaient la solution classique et reportaient la point de départ de la prescription « au jour où le délit était apparu et avait pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ». Si la formule était plus vertueuse d'un point de vue formel, elle ne changeait nullement la philosophie de la règle de report et la jurisprudence de la Cour de cassation ne se trouvait nullement à l'abri des critiques, raison pour laquelle elle a abandonné la référence au critère objectif³⁷.

Pourtant, le législateur a montré des faveurs à l'égard de cette solution puisqu'il a choisi de la consacrer par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure qui avait rajouté un troisième alinéa à l'article 8 du code de procédure pénale, ancienne rédaction. Le législateur prenait en compte la clandestinité présumée de certaines infractions du fait de la vulnérabilité de la victime afin de reporter le point de départ au moment de la découverte dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

La loi du 27 février 2017 consacre le report du point de départ de la prescription en matière d'infractions clandestines, lui conférant une assise légale incontestable. Plus encore, le législateur fait sienne la distinction entre deux catégories d'infractions clandestines. D'une part, l'infraction occulte « qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire » constituerait une infraction clandestine par nature. D'autre part, l'infraction dissimulée « dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte » désignerait les infractions clandestines par moyen ou mode opératoire, soumise à une intervention de la part des responsables. Il convient de rappeler que certains auteurs ont essayé d'opérer une distinction entre les « infractions occultes » ou « clandestines par nature », pour lesquelles la jurisprudence du report du point de la prescription aurait été acceptable, et les infractions « dissimulées » pour lesquelles la technique juridique était plus contestable³⁸. Cette distinction n'était pas retenue par la Cour de cassation, ainsi que le prouve l'examen de certaines incriminations, à l'instar de l'abus de biens sociaux qui était considéré, à la fois, comme une infraction occulte par nature et une infraction dissimulée, au gré des variations de jurisprudence.

La loi du 27 février 2017 consacre la distinction entre les infractions clandestines par nature et par moyen, mais n'en tire pas de conséquences du point de vue de la prescription, les deux bénéficiant du régime dérogatoire du report du point de départ. Donc, leur définition légale a comme unique but de stabiliser, ou peut-être

³⁴ Crim. 6 octobre 2004, Dr. pén. 2005, comm. n° 27, obs. VERON : La notion d'ensemble employée par les juges met en jeu plusieurs actes de moyens frauduleux et de remises indissociables les unes des autres.

³⁵ Crim. 4 octobre 2000, Bull. n° 287 : la prise illégale d'intérêt.

³⁶ Crim. 27 juin 2001, Bull. n° 164.

³⁷ Crim. 11 déc. 2013, Bull. n° 251.

³⁸ DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L., « Traité de procédure pénale », 2013, n° 995 s.

d'élargir, la catégorie des infractions clandestines, mais pas d'être un critère d'application du régime dérogatoire. Si la définition légale est une garantie contre l'arbitraire, qu'il soit permis de constater qu'elle ne met pas automatiquement les institutions à l'abri des critiques et contestations. Certaines infractions ont une dimension occulte intrinsèque, plus particulièrement lorsqu'elles sont inspirées par un but de lucre ou lorsqu'elles sont commises dans le monde des affaires, mais le fonctionnement actuel hyper-réglementé les expose et les rend visibles dans la comptabilité, les relations commerciales, les dossiers ou justificatifs. Seule une action de la part des responsables permettra de dissimuler l'infraction. S'agit-il d'une infraction occulte ou dissimulée ? Peu importe du point de vue de la prescription, le mécanisme de l'article 9-1 pouvant être déclenché. Cependant, les critiques du point de vue de la légalité pénale pourraient l'exposer à un examen de constitutionnalité délicat.

Par ailleurs, le législateur fait montre de luxe de détails en définissant l'infraction dissimulée comme le produit délibéré de « toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte ». En l'absence de définition légale de ces éléments, un parallèle peut être établi avec l'escroquerie³⁹ qui repose sur des « manœuvres frauduleuses » à distinguer de « l'usage de faux ou de fausse qualité et de l'abus de qualité vraie ». Malgré une évolution récente dans le sens d'une simplification, les manœuvres sont nécessairement complexes, ce qui permet de les distinguer des autres mensonges simples⁴⁰. La loi du 27 février 2017 exige une manœuvre caractérisée et délibérée, soulignant ainsi le caractère objectif et subjectif de la manœuvre. Le simple mensonge ou silence ne saurait suffire. La manœuvre caractérisée s'apparente à une mise en scène ou à un stratagème, ce qui confirme son caractère délibéré, allant au-delà de la simple conscience et reposant sur la volonté d'obtenir le résultat, à savoir la dissimulation de l'acte.

Néanmoins, le report du point de départ de la prescription connaît une limite absolue fixée en fonction de la nature de l'infraction – il ne peut excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise. Cette disposition garantit l'effectivité de la prescription. En son absence, le report du point de départ équivaldrait à une imprescriptibilité de fait. Il peut être remarqué que ce délai-butoir représente le quadruple du délai précédent en matière correctionnelle et le triple en matière criminelle. Les critiques formulées à l'égard de sa clémence semblent entachées d'arbitraire et opportunisme politique.

Les techniques hostiles à la prescription déployées par la loi du 27 février 2017 peuvent porter sur l'allongement du délai ou le report de son point de départ, mais elles peuvent, en égale mesure, affecter son déroulement. Loin d'être un long fleuve tranquille, la prescription connaît des méandres sinueuses qui rendent son écoulement plus ou moins fluide.

2. Les méandres de la prescription

Si la prescription produit des effets radicaux, il est nécessaire d'en prévoir des contrepoinds afin de pouvoir la contrôler et limiter son action. L'interruption et la suspension affectent le délai de la prescription et prennent leur source dans ses justifications. Si elles existaient dans le code de procédure pénale, leur application boulimique et incohérente a conduit à brouiller une institution « en crise »⁴¹, rendant nécessaire une mise en ordre du système. La loi du 27 février 2017 redéfinit précisément le contenu et le régime juridique de ces causes, mais reste fidèle à leur inspiration d'origine.

2.1. L'interruption, barrage-exploitation de la prescription

Comme un barrage, l'interruption bloque la prescription, mais elle lui permet de rejaillir de nouveau depuis l'origine et la renouvelle. De surcroît, tout comme un barrage arrêtant l'eau peut produire de l'énergie, le cours de la prescription bloqué par les actes interruptifs produit des effets directs sur la procédure en cours.

³⁹ Article 313-1 code pénal.

⁴⁰ Crim. 1^{er} juin 2005, AJ Pénal 2005, p. 329, obs. REDON : « Un mensonge, même produit par écrit, ne peut constituer une manœuvre frauduleuse, s'il ne s'y joint aucun fait extérieur ou acte matériel, aucune mise en scène ou intervention d'un tiers destinés à donner force et crédit à l'allégation mensongère du prévenu ».

⁴¹ DANET J., « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », Archives de politique criminelle, 2006, I, p. 73.

2.1.1. La définition de l'interruption

Si l'effet de l'interruption de la prescription est stable par rapport à l'état du droit antérieur, sa définition a considérablement changé. En effet, l'interruption n'était pas expressément définie par l'ancienne rédaction de l'article 7, mais il y renvoyait indirectement en prévoyant que la prescription en matière criminelle était acquise si, pendant le délai, « il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite ». La règle a été généralisée et s'appliquait à toutes les catégories d'infractions – crime, délit et contravention.

La loi du 27 février 2017 dispose que l'interruption du délai de prescription de l'action publique se traduit par un anéantissement du délai déjà couru par l'effet de certains actes de procédure investis spécialement de ce pouvoir en donnant naissance à un nouveau délai identique à celui prévu initialement (le nouvel article 9-2, alinéa 2).

L'article a un champ d'application large car il « est applicable aux infractions connexes ainsi qu'aux auteurs ou complices non visés par l'un de ces mêmes acte, jugement ou arrêt », ce qui appelle deux remarques. D'une part, il opère *in rem* car il détermine ses effets en fonction de l'acte en lui-même et pas des personnes visées par cet acte. Ainsi, la qualité de leur participation à l'infraction (auteur ou complice), ainsi que leur identité, restent indifférentes à l'interruption de la prescription. D'autre part, les effets sont larges et appréhendent les infractions connexes, conformément à l'analyse jurisprudentielle classique selon laquelle l'interruption joue à l'égard des autres faits indivisibles ou connexes⁴².

Les actes d'instruction ou de poursuite n'étaient ni définis, ni énumérés par le Code de procédure pénale, alors qu'ils représentaient un enjeu majeur.

2.1.2. Les actes interruptifs

En l'absence de définition légale, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu une définition large des actes interruptifs caractérisés par une appréciation subjective lui permettant d'englober tous les actes qui manifestent l'intention de leur auteur de poursuivre l'auteur et de déclencher l'action publique. Intervenu dans la célèbre affaire dite « des disparues de l'Yonne », l'arrêt de cassation de la Chambre criminelle considère qu'un soit-transmis adressé par le procureur de la République à une autorité publique est « un acte ayant pour objet de rechercher des infractions et d'en découvrir des auteurs » et à ce titre interrompt la prescription⁴³. Cette définition finaliste et subjective large était hostile à la prescription, souvent mise en échec.

Pour éviter l'incertitude et la contestation de la qualification d'actes interruptifs de la prescription, la loi du 27 février 2017 retient une liste limitative de quatre types d'actes reposant sur des critères objectifs de caractérisation.

D'une part, « tout acte, émanant du ministère public ou de la partie civile, tendant à la mise en mouvement de l'action publique, prévu aux articles 80, 82, 87, 88, 388, 531 et 532 du présent code et à l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ». Sont visés expressément les réquisitoires introductifs ou supplétifs du procureur de la République ; la plainte avec constitution de partie civile ; les modes de saisine du tribunal correctionnel par comparution volontaire des parties, citation directe, convocation par procès-verbal, comparution immédiate, renvoi par une juridiction d'instruction ; la saisine du tribunal de police par citation, renvoi par juridiction d'instruction, comparution volontaire des parties, avertissement. Il convient de remarquer que la plainte simple n'interrompt pas la prescription, seule la constitution de partie civile ayant cette vigueur procédurale car apte à déclencher indirectement les poursuites. Par ailleurs, la loi de 2017 supprime le dernier alinéa de l'article 85 du code de procédure pénale qui soumettait la recevabilité de la plainte de la constitution de partie civile de la personne morale à but lucratif à « la condition que la personne morale justifie de ses ressources en joignant son bilan et son compte de résultat ». La recevabilité sur le fond est laissée à la libre appréciation du juge, sans conditions de forme. La loi du 27 février 2017 modifie aussi l'article 15-3 du code de procédure pénale. Dorénavant, il fait obligation à la police judiciaire « de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale et de les transmettre, le cas échéant, au service ou à l'unité de police judiciaire territorialement compétent ». « Tout dépôt de plainte fait l'objet d'un procès-

⁴² Crim. 17 janvier 2007, Dr. pén. 2007, com. N° 44, obs. MARON A.

⁴³ Crim. 20 février 2002, Bull. n° 42.

verbal et donne lieu à la délivrance immédiate d'un récépissé à la victime ». L'ancienne rédaction permettait déjà à la victime d'en garder trace en prévoyant que « si elle en fait la demande, une copie du procès-verbal lui est immédiatement remise » et le nouveau texte ajoute certaines mentions obligatoires portant sur « les délais de prescription de l'action publique définis aux articles 7 à 9 ainsi que la possibilité d'interrompre le délai de prescription par le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile, en application de l'article 85 ». Cette disposition permet de prévenir l'absence d'effet interruptif de la plainte simple et l'éventuelle utilisation la méconnaissance de cette règle par une victime.

D'autre part, « tout acte d'enquête émanant du ministère public, tout procès-verbal dressé par un officier de police judiciaire ou un agent habilité exerçant des pouvoirs de police judiciaire tendant effectivement à la recherche et à la poursuite des auteurs d'une infraction ». La loi adopte une conception hostile à la prescription en consacrant « non seulement les actes de poursuite et d'instruction eux-mêmes mais encore ceux qui en sont, en quelque sorte les actes préparatoires »⁴⁴.

De surcroît, l'alinéa 3 qualifie d'actes interruptifs « tout acte d'instruction prévu aux articles 79 à 230 du présent code, accompli par un juge d'instruction, une chambre de l'instruction ou des magistrats et officiers de police judiciaire par eux délégués, tendant effectivement à la recherche et à la poursuite des auteurs d'une infraction », reprenant les solutions jurisprudentielles larges qui accordaient ce régime juridique aux commissions rogatoires adressées par le juge d'instruction aux policiers afin de procéder à des opérations de vérification⁴⁵ ou aux autorités compétentes d'un Etat étranger⁴⁶.

Enfin, « tout jugement ou arrêt, même non définitif, s'il n'est pas entaché de nullité » interrompt la prescription. Il peut être remarqué que la condition de validité n'est pas retenue pour les autres catégories d'actes. Cette analyse validerait indirectement la jurisprudence de la Cour de cassation qui considérait comme des actes interruptifs certains actes irréguliers, qu'il s'agisse d'actes d'enquête⁴⁷, de poursuite⁴⁸ ou la consultation du fichier national des permis de conduire⁴⁹.

Si l'interruption bloque le cours de la prescription, tout en permettant son renouvellement, la suspension fait obstacle temporairement à son écoulement.

2.2. La suspension, barrage-obstacle de la prescription

Obstacle provisoire, la suspension bloque la prescription de manière brusque et temporaire, permettant sa reprise au même point. Si elle est neutre du point de vue de la procédure, elle permet de différer la prescription pendant un temps indéfini et illimité. « Ô temps ! Suspends ton vol ! »⁵⁰, la loi du 27 mars 2017 en définit le principe et le champ d'application.

2.2.1. Le principe « contra non valentem »

La suspension de la prescription est prévue dorénavant à l'article 9-3 du code de procédure pénale alors que l'ancienne rédaction des articles du Code de procédure pénale ne contenait aucune disposition évoquant cette institution, contrairement au Code civil qui énumère les causes de suspension de la prescription, même si les effets de cette dernière sont nettement différenciés de ceux de l'interruption. En effet, la suspension arrête pour un temps la prescription en cours, mais une fois l'obstacle levé, celle-ci reprend au point où elle s'était arrêtée. En l'absence de définition ou de liste de causes suspensives, le droit pénal connaît certaines hypothèses éparses relevant de ce mécanisme. Le cas le plus fréquent et le plus connu est celui de la minorité de la victime de certaines infractions qui empêche le délai de prescription de courir jusqu'à leur majorité. Dans un autre registre, l'article 67 de la Constitution, depuis la révision constitutionnelle de la loi du 19 février

⁴⁴ Guinchard S. et Buisson J., Manuel de procédure pénale, n° 1250.

⁴⁵ Crim. 12 novembre 2008, AJ pénal 2009, p. 70, obs. C. GIRAULT.

⁴⁶ Crim. 11 février 2009, Dr. Pén. 2009, com. 88, obs. MARON A. et HAAS M.

⁴⁷ Crim. 1^{er} décembre 2004, D. 2005, p. 1336 : acte de déclenchement d'une enquête préliminaire alors même que l'officier de police judiciaire n'en a pas informé le ministère public.

⁴⁸ Crim. 9 octobre 2007, AJ Pénal 2008, p. 41 : poursuivi pour diffamation, le ministère public ne délivre pas la citation à comparaître à sa nouvelle adresse.

⁴⁹ Crim. 28 octobre 2014, Dr. Pén. 2014, comm. 151, obs. MARON A. et HAAS M.

⁵⁰ DE LAMARTINE A. , « Le lac », Méditations poétiques, 1820.

2007, accorde une suspension de prescription pendant toute la durée du mandat et un mois après la cessation des fonctions au Président de la République, validant l'analyse de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur ce point⁵¹. D'autres causes de suspension sont prévues par le Code de procédure pénale lui-même, comme les faux utilisés pour déclarer une action publique éteinte par prescription (article 6, alinéa 2), lorsqu'une infraction est commise à l'occasion d'une poursuite pénale impliquant la violation d'une disposition de procédure pénale (article 6-1), le délai de prescription est suspendu jusqu'à la décision définitive constatant la caractéristique illégale de l'acte accompli qui est le moment où l'action publique peut être engagée⁵², l'action publique est suspendue, au profit de la victime, du dépôt de la plainte jusqu'à la réponse du procureur de la République ou, au plus tard, une fois écoulé le délai de trois mois (article 85), la mise en œuvre des procédures alternatives aux poursuites (article 41-1), la nouvelle convention judiciaire d'intérêt public mise en place par la loi du 9 décembre 2016 (article 41-1-2). Il est possible de remarquer que certaines causes de suspension jouent *ab initio*, empêchant le délai de commencer à courir, alors que d'autres interviennent en cours de route bloquant le déroulement normal de la durée de la prescription.

Mais en l'absence d'une définition légale de la suspension, la Cour de cassation a choisi d'unifier le droit pénal et le droit privé sous l'égide du principe général « *contra non valentem agere non currit praescriptio* la prescription est de droit suspendue à l'égard des parties poursuivantes dès lors que celles-ci ont manifesté expressément leur volonté d'agir et qu'elles se sont heurtées à un obstacle résultant de la loi elle-même »⁵³. Si les obstacles de droit mettent directement en mouvement les effets de la suspension⁵⁴, les obstacles de fait y ont été indirectement assimilés. Cependant, ils doivent remplir la double condition d'être impénétrables ou insurmontables⁵⁵. Les causes naturelles (inondation, tremblement de terre, catastrophe naturelle), ainsi que la guerre ou l'invasion du territoire par l'ennemi, peuvent en faire partie. En revanche, les déclarations mensongères des personnes mises en cause⁵⁶, le délai d'expertise, ne constituent pas des causes de suspension. La question cruciale s'est posée de savoir si la dissimulation de l'infraction pouvait être considérée comme une cause de suspension.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a apporté une réponse positive abondamment commentée dans son arrêt du 7 novembre 2014⁵⁷. Le caractère général de sa solution, ainsi que le contexte terrible de l'affaire, ont donné une importance particulière à cette affaire hautement médiatisée et commentée, ayant remué opinion et doctrine dans un mélange d'émotion populaire et appréciation juridique prudente. Une femme mariée a tué à la naissance huit de ses enfants dont elle a caché les corps. Les faits remontaient pour certains à plus de dix ans avant leur découverte par un tiers, sans qu'une certitude puisse être avancée sur la date. Poursuivie pour homicides aggravés commis sur mineur de quinze ans, la mère se prévaut de la prescription. Pourtant, la chambre de l'instruction rejette l'exception de prescription considérant que « le secret entourant les naissances et les décès concomitants (...) a constitué un obstacle insurmontable à l'exercice de l'action publique qu'appelaient les origines criminelles de la mort des huit nouveau-nés ; en effet ni un tiers ni une autorité n'était en mesure de s'inquiéter de la disparition d'enfants nés clandestinement, morts dans l'anonymat, et dont aucun indice apparent ne révélait l'existence physique ; dans ces circonstances de fait qui ont placé l'autorité de poursuite dans l'impossibilité absolue d'agir, seule la découverte des cadavres des nouveau-nés a établi la réalité de leur existence jusqu'alors insoupçonnée et permis l'exercice de l'action publique pour l'application des peines régissant l'atteinte à leur vie (...) ». La cour fait état d'un « obstacle insurmontable à l'exercice de l'action publique », d'une « impossibilité absolue d'agir », ce qui apparente sa justification à la suspension de la prescription et nullement au report du point de départ pour cause de clandestinité. Pourtant, cette motivation n'a pas trouvé grâce aux yeux de la Chambre criminelle qui a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Douai⁵⁸. Sur résistance de la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation, réunie

⁵¹ Assemblée Plénière 10 octobre 2001, Bull. n° 206.

⁵² Crim. 25 juin 2013, Bull. n° 151.

⁵³ Assemblée plénière 23 décembre 1999, Bull. n° 9.

⁵⁴ Crim. 14 juin 1979, Bull. n° 209 : la Cour de cassation a considéré que l'immunité parlementaire constituait une cause de suspension en cas de demande de mainlevée.

⁵⁵ Crim. 8 août 1994, Bull. n° 288 : « une telle suspension suppose que l'obstacle empêchant les poursuites soit insurmontable ».

⁵⁶ Crim. 8 août 1994, Bull. n° 288 : « il appartient au procureur de la République et aux enquêteurs de vérifier la véracité des déclarations des personnes en cause, la teneur de ces déclarations ne pouvant constituer un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites ».

⁵⁷ Ass. Plén. 7 novembre 2014, Bull. n° 1.

⁵⁸ Crim. 16 octobre 2013, Bull. n° 192.

en Assemblée plénière, a choisi de consacrer la suspension comme cause générale affectant la prescription en application de la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Ce faisant, la Cour de cassation a achevé le démantèlement de la prescription de l'action publique, relançant la réflexion sur une réforme nécessaire de l'institution.

2.2.2. La définition de la suspension

Malgré la qualité indéniable de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière qui n'a pas porté atteinte à la matérialité de l'homicide volontaire et a su déjouer le piège de l'interprétation contraire à la règle légale adoptée par la Chambre criminelle dans la théorie des « infractions clandestines », en s'insérant dans le silence de la loi (l'attendu de principe de l'arrêt est formel à cet égard - « si selon l'article 7, alinéa 1er, du code de procédure pénale, l'action publique se prescrit à compter du jour où le crime a été commis, la prescription est suspendue en cas d'obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites »), la décision de 2014 a relancé la nécessité d'une réforme, d'une remise en ordre de règles disparates, contradictoires et contraires au principe de la légalité criminelle. Plus de vingt ans auparavant, le recteur Varinard avait prévu ce conflit insoluble lorsqu'il écrivait : « Est-il normal que l'assassin qui a réussi à dissimuler le cadavre de ses victimes soit mieux traité que le dirigeant social qui a dissimulé les détournements réalisés au préjudice de sa société ? ». L'arrêt de 2014 a débouché sur la création d'une mission d'information au sein de l'Assemblée nationale, composée de M. Georges Fenech et Alain Tourret, auteurs de la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, n° 2931, enregistrée le 1^{er} juillet 2015, qui est devenue la loi commentée.

A ce titre, elle assume sa filiation, en prévoyant la force suspensive des obstacles de fait. Néanmoins, elle doit répondre à une difficulté majeure née de la jurisprudence et, plus particulièrement, des analyses divergentes opérées par les différentes formations de la Cour de cassation. D'une part, la chambre criminelle reporte le point de départ de la prescription en cas d'infraction clandestine. Ainsi, elle « manipule » la structure matérielle de l'infraction en accordant à une infraction instantanée (qui se réalise en un trait de temps) le régime juridique de l'infraction continue (dont la réalisation s'étire dans le temps par la répétition de la volonté coupable). D'autre part, l'Assemblée plénière applique le principe selon lequel la prescription ne saurait courir contre ceux qui ne peuvent agir en appliquant la suspension *ab initio*, dès la commission de l'infraction, lorsqu'un obstacle de fait insurmontable en empêche sa découverte. Si cette solution est plus vertueuse juridiquement, comment ignorer ses difficultés d'application ? Comment distinguer entre le report du point de départ et la suspension *ab initio*, puisque les effets juridiques sont identiques, même si le fondement est différent ? Comment assurer l'application de cette dernière règle imposée par l'Assemblée plénière face à une Chambre criminelle hostile ? Comment imposer cette solution générale, valant pour toutes les catégories d'infractions, et ne plus déformer les infractions dites clandestines qui visent exclusivement les délits et ciblent, de préférence, le droit des affaires ?

Le législateur propose une définition générale de la suspension dans son article 9-3 : « Tout obstacle de droit, prévu par la loi, ou tout obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure, qui rend impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, suspend la prescription ». Trois conditions cumulatives sont posées, mais leur distinction semble très difficile, sinon impossible en pratique. L'obstacle doit être insurmontable et assimilable à la force majeure, mais ces deux conditions risquent de se fondre au sein de la force majeure. D'une part, le droit pénal n'utilise pas la force majeure (elle est prévue exclusivement à l'article 121-3, dernier alinéa, dans le cadre contraventionnel), mais la contrainte qui est une cause d'irresponsabilité pénale de nature subjective. Prévue par l'article 122-2 du code pénal, elle n'est pas définie mais peut être constituée par « une force ou une contrainte » à laquelle la personne n'a pu résister. Si le texte ne pose pas de conditions, la jurisprudence a soumis cette contrainte qui peut être externe ou interne, physique ou morale, à deux conditions cumulatives « il s'agit d'un événement que l'individu n'a pu ni prévoir ni conjurer »⁵⁹. Pour déclencher l'effet exonérateur de responsabilité pénale, la contrainte doit être imprévisible et insurmontable, selon une expression devenue une véritable clause de style, conditions faisant l'objet d'une appréciation *in concreto*. Ces conditions rejoignent en grande partie celles auxquelles la force majeure est soumise par le droit civil. Selon une jurisprudence constante, les juridictions civiles soumettent la force majeure à trois conditions – l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité, même s'il peut être remarqué que cette dernière n'est plus systématique. Ainsi, l'obstacle de fait suspensif de la prescription doit

⁵⁹ Crim. 8 mai 1974, Bull. n° 165.

être équivalent à la force majeure, cette seule condition étant suffisante. Elle emporte, de fait, les deux autres conditions mentionnées par le texte – l'événement est insurmontable pour être qualifié de force majeure et il produit comme effet l'impossibilité de mettre en mouvement l'action publique. La confusion du caractère de l'événement et de l'effet produit rajoute à l'opacité de la règle. Pourquoi ces mentions inutiles et, mêmes, nuisibles pour la clarté et la compréhension de la règle de droit ? Le législateur a voulu établir, avec luxe de détails et précautions, la différence entre le report du point de départ de la prescription dans le cadre des infractions occultes et la suspension *ab initio*. Il s'agit pour lui d'éviter qu'une dissimulation ne soit considérée comme un cas de force majeure pour permettre d'appliquer l'article 9-1, sans hésiter avec l'article 9-3. Malgré tous ces efforts, il est important de rester vigilant quant à l'application de ces dispositions. Les juges ont déjà admis que l'événement qualifié de force majeure soit dû à l'action d'un tiers. Ainsi, la dissimulation insurmontable par l'auteur de l'infraction rendrait la mise en mouvement de l'action publique impossible et relèverait de l'article 9-3. Confusion des causes, confusion des effets, régimes juridiques différents, tout ne semble pas pour autant réglé ...

Conclusion

La loi du 27 février 2017 relative à la prescription en matière pénale, véritable « serpent de mer » de la procédure pénale, souhaitée, crainte, décriée, critiquée, était devenue nécessaire au regard du manque de clarté des règles applicables. Avant même de régler les difficultés inhérentes à une réforme d'une telle envergure, se pose la question de son application dans le temps. Son article 4 dispose qu'elle « ne peut avoir pour effet de prescrire des infractions qui, au moment de son entrée en vigueur, avaient valablement donné lieu à la mise en mouvement ou à l'exercice de l'action publique à une date à laquelle, en vertu des dispositions législatives alors applicables et conformément à leur interprétation jurisprudentielle, la prescription n'était pas acquise ». Cette mention expresse tend à faire échec à un régime de faveur qui résulterait de la nouvelle loi. Il est important de rappeler que les lois de prescription sont d'application immédiate, en tant que lois de forme, selon l'article 112-2, 4°. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a levé toute ambiguïté à cet égard en considérant que les lois de prescription sont toujours immédiatement applicables, sans tenir compte des effets défavorables qu'elles pourraient avoir sur la situation de la personne poursuivie, sauf lorsque les prescriptions sont acquises. La loi du 27 février 2017 module l'application dans le temps en écartant les effets de la prescription dans une procédure en cours lorsqu'elle serait acquise en vertu des nouvelles dispositions. Etant donné que la nouvelle loi est globalement plus sévère, puisqu'elle double les délais de prescription, une seule hypothèse semble visée par cet article – une infraction occulte ou dissimulée qui serait commise depuis plus de douze ans et pour laquelle l'action publique serait mise en mouvement. Le délai butoir ne pourra être invoqué que dans le cadre des procédures nées après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, donc à partir du 1^{er} mars 2017.

Clarification juridique, la loi du 27 février 2017 assume une hostilité à l'égard de la prescription puisée dans ses fondements-mêmes. Le véritable fondement de la prescription n'est pas loi sociale de l'oubli, mais la règle de droit imposant une efficacité à la répression. Si la prescription est un mécanisme nécessaire, elle ne doit pas masquer les insuffisances de la Justice. En contribuant à la paix sociale, la prescription doit impérativement être acceptée par le corps social dans son ensemble.