

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 24 octobre 2014 à 14 heures

CONSEILLER-RAPPORTEUR : M. Gérard POIROTTE

AVOCAT GÉNÉRAL : M. Patrick BONNET

POURVOIN^o : K 14-83.739

Madame Dominique X... épouse Y...
(ayant pour avocats la SCP Waquet, Farge et Hazan)

c/

Association Innocence en danger
(SCP Delaporte, Briard et Trichet)

Association Enfance et partage
(non représentée)

Association Enfant bleu - enfance maltraitée
(SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin)

M. Léonard Z...
(non représenté)

ARRÊT ATTAQUÉ : Arrêt rendu par la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris le 19 mai 2014 - Pourvoi formé le 21 mai 2014

AVIS
de Monsieur l'avocat général Patrick BONNET

FAITS ET PROCÉDURE

Le 24 juillet 2010, le propriétaire d'une maison sise à VILLERS AU TERTRE (59), alertait la gendarmerie en indiquant qu'il venait de découvrir, enterrés dans son jardin, des sacs poubelles dont l'un contenait ce qui lui semblait être le cadavre d'un nourrisson.

Mme Dominique X... épouse Y..., qui avait séjourné dans cette maison appartenant à sa famille, était alors soupçonnée d'avoir, à compter de décembre 1989, tué huit de ses enfants nouveaux-nés, après avoir dissimulé ses grossesses successives à son entourage, a été mise en examen par le juge d'instruction de Douai pour assassinats aggravés.

Le 27 mai 2011, ce magistrat a rejeté la demande de Mme X... visant à la constatation de la prescription de l'action publique et, le 7 octobre 2011, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Douai a confirmé cette décision.

Mme X... s'est pourvue le jour même et, le 23 janvier 2012, le président de la chambre criminelle a rejeté la demande d'examen immédiat de ce pourvoi présentée sur le fondement de l'article 570 du code de procédure pénale.

Le 28 janvier 2013, le juge d'instruction a renvoyé Mme X... devant la cour d'assises du Nord sous l'accusation d'assassinats aggravés et dit n'y avoir lieu à suivre des chefs de recels de cadavres, de non-dénonciation de crimes sur mineur de quinze ans et de dissimulation d'enfants ayant entraîné une atteinte à l'état-civil.

Le 7 juin 2013, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Douai a dit irrecevable le moyen tiré de la prescription de l'action publique et a confirmé le renvoi de Mme X... devant la cour d'assises du Nord.

Par déclaration faite le 12 juin 2013 au greffe de la cour d'appel de Douai, Mme X... s'est pourvue en cassation contre cet arrêt.

Par arrêt en date du 16 octobre 2013, la chambre criminelle, siégeant en formation plénière, a cassé les arrêts des 7 octobre 2011 et 7 juin 2013 et renvoyé l'affaire devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris.

Par arrêt en date du 19 mai 2014, ladite chambre de l'instruction, confirmant les ordonnances entreprises en toutes leurs dispositions, a renvoyé Mme X... devant la cour d'assises du Nord.

Le 21 mai 2014, par déclaration faite au greffe de la cour d'appel de Paris par Me Guyonnet, avocat au barreau de Paris, Mme X... a régularisé un pourvoi contre cet arrêt.

Le dossier a été reçu au greffe de la chambre criminelle le 27 juin 2014. Le pourvoi est recevable.

Après prorogation accordée jusqu'au 5 juillet 2014, la SCP Waquet, Farge, Hazan a déposé le 7 juillet 2014 un mémoire ampliatif comprenant deux moyens de cassation.

Le 15 juillet 2014, la SCP Delaporte, Briard, Trichet a déposé un mémoire en défense pour le compte de l'Association Innocence en danger.

La SCP Nicolaÿ, De Lanouvelle, Hannotin s'est constituée le 30 juillet 2014 pour le compte de l'association Enfant bleu - Enfance maltraitée, bénéficiaire de l'aide juridictionnelle selon décision en date du 25 juillet 2014, et elle a déposé un mémoire le 6 août 2014.

Par arrêt du 20 août 2014, la chambre criminelle a ordonné le renvoi de l'affaire devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Premier moyen

Le premier moyen en sept branches, est pris de la violation des articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de la loi des 16-24 août 1790, des articles 34 et 64 de la Constitution, des articles 4 et 5 du code civil, des articles 6, 7, 593 du code de procédure pénale, 112-2 du code pénal, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale, excès de pouvoir.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'exception de prescription de l'action publique.

La première branche relève un excès de pouvoir, la chambre de l'instruction ayant refusé d'appliquer l'article 7 du code de procédure pénale en statuant "par voie de règlement".

La deuxième branche fait valoir qu'en déclarant inapplicable l'article 7 du code de procédure pénale au motif de l'impossibilité de dater les faits avec précision, la chambre de l'instruction a refusé d'exercer ses pouvoirs.

La troisième branche soutient qu'alors que sept au moins des décès étaient certainement intervenus plus de dix ans avant le premier acte interruptif de prescription, le refus d'appliquer la règle de la prescription au prétexte de l'impossibilité de la mettre en oeuvre caractérise une violation de la loi.

La quatrième branche fait valoir qu'au jour de l'engagement des poursuites, le point de départ de la prescription était fixé au jour des faits, soit plus de dix ans avant l'engagement des poursuites ; qu'aucun acte interruptif de prescription n'ayant été effectué sous l'empire des lois des 10 juillet 1989 et du 17 juin 1998, qui fixaient le point de départ de la prescription à la majorité de l'enfant, la prescription était acquise pour l'ensemble des faits commis dix ans avant le premier acte interruptif du 24 juillet 2010.

La cinquième branche rappelle que le meurtre ou l'assassinat sont des infractions instantanées qui se prescrivent à compter du jour de leur commission, et elle fait valoir l'absence de toute circonstance propre à caractériser un « obstacle insurmontable » à l'exercice de l'action publique.

La sixième branche fait grief à l'arrêt de n'avoir pas caractérisé la « dissimulation » d'un meurtre.

La septième branche soutient que des réquisitions relatives à des délits prétendument connexes à des crimes déjà prescrits n'étaient pas susceptibles de rouvrir un délai de prescription.

Second moyen

Il est pris de la violation des articles 295, 296, 297, 300, 302 (anciens) du code pénal, 137-72, 221-1, 221-3, 221-4 (nouveaux) du code pénal, 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale.

Ce moyen reproche à l'arrêt attaqué de n'avoir pas caractérisé la circonstance aggravante de préméditation des infanticides en cause.

Le mémoire en défense de l'association Innocence en danger conclut au rejet du pourvoi, soutenant notamment que, dans le cadre d'une lignée jurisprudentielle bien établie, la dissimulation de ses crimes par Mme X... a eu pour effet de retarder le déclenchement du délai de prescription, la caractérisation de la dissimulation relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Le mémoire en défense de l'association Enfant Bleu- Enfance maltraitée conclut également au rejet du pourvoi. Il indique que la cour d'appel de Paris a considéré que le cours de la prescription s'était trouvé suspendu depuis la date des faits, compte tenu de l'impossibilité de surmonter l'obstacle de fait résultant de la dissimulation à laquelle avait recouru Mme Y... ; qu'il appartiendra par conséquent à la Cour de cassation de dire si la cour d'appel pouvait, comme elle l'a fait, étendre à la dissimulation résultant d'un obstacle de fait sa jurisprudence intervenue notamment au visa de l'article 227-13 du code pénal aux termes de laquelle elle a admis que le point de départ de la prescription devait être fixé au jour où les infractions clandestines sont apparues. Une réponse positive s'impose selon le mémoire.

Discussion

Le premier moyen du pourvoi en ses diverses branches pose la question juridique essentielle de ce dossier à savoir : "peut-on fixer le point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière d'homicide contre des mineurs non au jour des faits, mais au jour de la découverte des infractions?".

I L'évolution législative du texte applicable

L'article 7 du code de procédure pénale dans sa version en vigueur est ainsi rédigé :

“En matière de crime et sous réserve des dispositions de l'article 213-5 du code pénal, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite.

S'il en a été effectué dans cet intervalle, elle ne se prescrit qu'après dix années révolues à compter du dernier acte. Il en est ainsi même à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées dans cet acte d'instruction ou de poursuite.

Le délai de prescription de l'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code et le crime prévu par l'article 222-10 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, est de vingt ans et ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers."

Les dispositions de l'article 7 du code de procédure pénale sont issues, initialement, de la loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 instituant un code de procédure pénale (J.O., 8 janv. 1958, p. 258) qui énonçait : *"En matière de crime, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite.*

S'il en a été effectué dans cet intervalle, elle ne se prescrit qu'après dix années révolues à compter du dernier acte. Il en est ainsi même à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées dans cet acte d'instruction ou de poursuite."

Elles sont demeurées inchangées jusqu'à la loi n°89-487 du 10 juillet 1989 relative aux mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance. A partir de celle-ci on compte cinq modifications en ce qui concerne l'article 7, six en ce qui concerne l'article 8. Ces différents changements se sont attachés à soumettre à des règles particulières, quant à la durée de la prescription ou quant aux modalités selon lesquelles elle s'accomplit, la prescription de l'action publique applicable à certains crimes et délits.

On remarquera que l'article 16 de la loi de 1989 précitée a complété l'article 7 par un alinéa ainsi rédigé: *"Lorsque la victime est mineure et que le crime a été commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par une personne ayant autorité sur elle, le délai de prescription est réouvert ou court à nouveau à son profit, pour la même durée, à partir de sa majorité."*

La réserve des dispositions de l'article 213-5 du code pénal a été insérée dans le premier alinéa de l'article 7 par la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992.

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 modifié le dernier alinéa de l'article 7 ainsi:

« Le délai de prescription de l'action publique des crimes commis contre des mineurs ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers. »

L'article 50 de la même loi a précisé: *"Les dispositions des articles 7 et 8 du code de procédure pénale, dans leur rédaction résultant des articles 25 et 26 de la présente loi, sont applicables aux infractions non encore prescrites lors de l'entrée en vigueur de la présente loi."*

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a de nouveau modifié le dernier alinéa de l'article 7 du code de procédure pénal en y introduisant les dispositions suivantes : *"Le délai de prescription de l'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code et le crime prévu par l'article 222-10 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, est de vingt ans et ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers."*

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 en outre énoncé que dans le dernier alinéa de l'article 7 du code de procédure pénale, les mots : *« et commis contre des mineurs »* sont remplacés par les mots : *« du présent code et le crime prévu par l'article 222-10 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs».*

On notera que l'article 7 n'énonce un allongement du délai de prescription à 20 ans et la fixation du point de départ du délai de prescription à partir de la majorité des mineurs, que pour les seuls crimes énoncés aux articles 706-47 du code de procédure pénale et 220-10 du code pénal¹.

Ces articles ne visent ni le crime de meurtre simple, ni celui de meurtre aggravé par la circonstance d'être commis par un ascendant ou avec préméditation ; pour ces derniers, le délai de prescription est de dix ans et le point de départ de ce délai est fixé à la date où le crime a été commis.

De plus, il résulte de l'article 112-2 4o du code pénal, également modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui régit l'application dans le temps des lois de procédure que *“Lorsque les prescriptions ne sont pas acquises les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur.”*

Enfin une dernière évolution législative mérite d'être signalée ajoutant un troisième alinéa à l'article 8 du code de procédure pénale, la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a fait courir le délai de prescription « à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » pour certains délits commis 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. Les infractions visées par ce texte sont l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'autrui, le vol simple ou aggravé par certaines circonstances, l'escroquerie et l'abus de confiance simples ou aggravés, la destruction ou le détournement d'objet saisi et le recel.

Cette réforme issue d'un amendement d'initiative parlementaire montre, à l'examen des travaux préparatoires, l'intention du législateur de consacrer, pour les délits concernés commis sur des personnes vulnérables, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'infractions occultes ou dissimulées, sans la remettre en cause dans les autres cas. Le rapport de M. Courtois déposé au nom de la commission des lois du Sénat énonce : « Lors de l'examen de cet amendement par le Sénat, votre rapporteur et votre président ont insisté sur le fait qu'il ne s'agissait pas de créer des interprétations a contrario, mais uniquement d'explicitier dans la loi la position de la Cour de cassation s'agissant de certaines infractions commises contre des personnes vulnérables. Bien entendu, la jurisprudence de la Cour de cassation continuera à s'appliquer à l'ensemble des infractions et quelle que soit la qualité de la victime. »

¹Article 706-47 : *Les dispositions du présent titre sont applicables aux procédures concernant les infractions de meurtre ou d'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou humains à l'égard d'un mineur ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur prévues par les articles 222-23 à 222-31, 225-4-1 à 225-4-4, 225-7 (1°), 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du code pénal.*

Ces dispositions sont également applicables aux procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale.

Article 222-10 du code pénal : *“L'infraction définie à l'article 222-9 est punie de quinze ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise.... : et 229 “Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende”.*

II La prescription de l'action publique

La prescription de l'action publique est définie comme :

“une cause d'extinction de cette action par l'effet de l'écoulement d'une période de temps depuis le jour de la commission de l'infraction”².

La prescription de l'action publique repose sur plusieurs fondements.

La première idée, est que la répression perd sa raison d'être avec le temps, en raison de l'apaisement progressif du trouble causé par l'infraction, et de l'oubli qui s'en est suivi. Il n'y aurait pas lieu de ranimer le trouble à l'ordre public que la mémoire a effacé. On relèvera d'abord qu'on ne peut “oublier” que ce que l'on a précédemment connu, ce qui ne vaut pas lorsque l'infraction est demeurée cachée de tous. Ensuite, ce fondement de l'oubli et de l'apaisement ne semble plus reposer aujourd'hui sur un consensus social : ainsi une mission d'information sénatoriale en 2007, relève dans son rapport que *“cette « grande loi de l'oubli » contredit le besoin des sociétés contemporaines de perpétuer le souvenir des faits passés ou de les rappeler à la mémoire. Ainsi, l'oubli d'affaires pénales risque davantage aujourd'hui de heurter l'opinion publique que de conduire à l'apaisement. En outre, le sentiment commun prête au rappel de faits traumatiques, sous la forme d'un procès et d'une condamnation, des vertus thérapeutiques qui permettent aux victimes de « faire leur deuil » et de leur apporter le réconfort nécessaire”³.*

La deuxième justification de la prescription des infractions est le risque de dépérissement des preuves par l'effet du temps et par suite le risque d'erreur judiciaire. Mais le développement des technologies scientifiques fait perdre une grande partie de la pertinence de cet argument, alors que la preuve peut être apportée de plus en plus tardivement, au fur et à mesure des avancées de la science si bien qu'on peut même en déduire, comme il est suggéré dans le rapport sénatorial, que dans certains cas, il conviendrait de retarder le plus possible la date de prescription.

La troisième justification donnée à la prescription, est qu'elle constitue la sanction de l'inertie et de la carence des autorités en charge de diligenter une enquête, ou d'exercer des poursuites. Il n'est pas admissible socialement qu'en raison de la négligence des autorités publiques, les faits puissent être indéfiniment poursuivis.

Dans son rapport, la mission d'information sénatoriale précitée relève que cette justification de la prescription peut cependant s'apprécier différemment, selon que la négligence des autorités publiques est antérieure ou postérieure à l'engagement des poursuites, et elle cite Jean Danet qui fait valoir que le principe selon lequel la prescription est une sanction de la négligence à exercer les poursuites engagées est parfaitement fondé et rejoint l'impératif de juger dans un délai

² Frédéric Desportes et Laurence Lazerges Cousquer *Traité de procédure pénale* n°965 et suivants.

³ *Rapport d'information n°338 de MM.Hyest, Portelli, Yung sénateurs, déposé le 20 juin 2007, intitulé “Pour un droit de la prescription moderne et cohérent”.*

raisonnable⁴, mais qui estime qu'en revanche, la perte du droit de punir apparaît plus contestable lorsque les poursuites n'ont pas été engagées.

La prescription de l'action publique ne constitue pas un principe constitutionnel⁵.

L'Assemblée plénière de la Cour de Cassation a récemment jugé *» que 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 ;.....*

que les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique et à l'incidence que la connexité des infractions peut exercer sur elle, sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs»⁶.

La jurisprudence de la CEDH

La Cour européenne des droits de l'homme se positionne en la matière en se référant aux critères classiques de la prescription et énonce :

« Il faut noter que des délais de prescription [...] sont un trait commun aux systèmes juridiques des Etats contractants. Ces délais ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »⁷.

Toutefois sa position s'est ensuite modulée pour mieux tenir compte des impératifs de la convention: *« Certes, la Cour n'a pas compétence pour se prononcer sur le régime de la prescription extinctive en droit interne ou sur le bien-fondé de ladite décision. En revanche, force lui est d'observer que le fait d'opposer la prescription aux intéressés à un stade si avancé de la procédure – que les requérants avaient poursuivie de bonne foi et à un rythme suffisamment soutenu – les priva définitivement de toute possibilité de faire valoir leur droit à une indemnité »⁸.*

Délai de prescription

⁴En ce sens également Frédéric Desportes et Laurence Lazerges Cousquer *Traité de procédure pénale* n°965 et suivants.

⁵Conseil constitutionnel, 22 janvier 1999, décision n°99-408 DC.

⁶Cass. ass. plén., 20 mai 2011, n° 11-90.025, 11-90.032, 11-90.033 et 11-90.042, bull. ass. plén., 5 à 8

⁷CEDH, 22 oct. 1996, *stubbings et a c. Royaume uni*, n°22095/93.

⁸CEDH, 6 décembre 2001, *Yagtzilar c. Grèce*, n°41727/98§27-28.

On constate qu'outre les délais de droit commun qui varient avec la gravité de l'infraction et sont de dix ans pour les crimes (art. 7 CPP), de trois ans pour les délits (art. 8 CPP) et de un an pour les contraventions (art.9 CPP), il existe des délais spéciaux plus courts en matière de presse (L. du 29 juillet 1881, art.24, al.8; 32, al.2; 33 al.3; 65; 65-3; art.434-25 CP) et surtout des délais spécifiques plus longs tant en matière criminelle que dialectal.

C'est ainsi tout d'abord que pour certaines infractions contre les mineurs, le délai de prescription est de:

- 20 ans pour les crimes mentionnés à l'article 706-47 du CPP (mentionné supra) et le crime prévu par l'article 222-10 du CPP quand ils sont commis sur des mineurs (art.7 du CPP);
- 20 ans pour les délits prévus par les articles 222-12, 222-30 et 227-26 du C (art.8 CPP);
- 10 ans pour les délits mentionnés à l'article 706-47 du CPP.

S'agissant notamment de certaines infractions à la législation sur les stupéfiants (art.222-34 et 222-40 du C; 706-26, 706-31 du CPP, loi n°95-125 du 8 février 1995) le délai de prescription est aussi augmenté et porté à 30 ans pour les crimes et 20 ans pour les délits.

Les crimes d'eugénisme et de clonage reproductif prévus aux articles 214-1 à 214-4 C (Loi n°2004-800 du 6 août 2004) se prescrivent par 30 ans (art.215-4 C).

Concernant les infractions relatives à la prolifération d'armes de destruction massive et de leurs vecteurs (art.706-167 CPP, loi n°2011-266 du 14 mars 2011) le délai de prescription de l'action publique est de 30 ans pour les crimes et de 20 ans pour les délits (art.706-175 CPP).

On constate donc une variabilité importante des délais de prescription de l'action publique au gré des intentions répressives du législateur qui conduit parfois à l'application d'un délai plus long pour certains délits que pour des crimes de droit commun.

La mission d'information sénatoriale citée ci dessus, proposait d'ailleurs:

“Recommandation n°3 : préserver le lien entre la gravité de l'infraction et la durée du délai de la prescription de l'action publique afin de garantir la lisibilité de la hiérarchie des valeurs protégées par le code pénal, en évitant de créer de nouveaux régimes dérogatoires.

Le législateur devrait à l'avenir éviter de créer de nouveaux régimes dérogatoires qui tendent précisément à susciter des dysharmonies entre l'échelle des sanctions et celle de la durée de prescription de l'action publique.”.

Point de départ du délai de prescription

Le principe est que le point de départ du délai de prescription de l'action publique est fixé pour les infractions instantanées au jour de la commission du crime (art.7 CPP) si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite.

On rappellera le régime plus favorable instauré pour les mineurs par le dernier alinéa de cet article en prévoyant un allongement du délai de prescription à 20 ans et le report du point de départ du délai de prescription à partir de la majorité des mineurs, pour les seuls crimes énoncés aux articles 706-47 du code de procédure pénale et 220-10 du code pénal.

On a déjà relevé que l'article 8 CPP introduit également un report du point de départ du délai de prescription de l'action publique depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure qui fait courir le délai de prescription « à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant

l'exercice de l'action publique » pour certains délits commis 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. Les infractions visées par ce texte sont parfois instantanées, comme le vol simple ou aggravé par certaines circonstances, la destruction d'objet saisi.

Interruption et suspension du délai

Selon l'article 7 CPP alinéas 1 et 2, le délai de prescription de l'action publique peut être interrompu par un acte d'instruction ou de poursuite, même à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées dans cet acte.

La conséquence de l'acte interruptif est d'anéantir le délai écoulé jusqu'à lui et de faire courir un nouveau délai identique au précédent.

La jurisprudence considère classiquement comme actes d'instruction ou de poursuite ceux qui visent à constater l'infraction, à en rassembler les preuves ou à en rechercher les auteurs.

En outre elle étend l'effet interruptif de la prescription aux infractions connexes sauf si l'infraction était déjà prescrite à l'époque où les actes interruptifs ont été accomplis⁹.

Concernant la suspension du délai, la cause de suspension a pour effet d'arrêter pour un temps l'écoulement du délai lequel, une fois que l'obstacle de droit (pourvoi en cassation, question préjudicielle, durée du mandat du Président de la République, demande de mainlevée d'une immunité parlementaire) ou de fait présentant les caractères de la force majeure et empêchant la partie poursuivante d'agir, aura disparu, reprendra au moment où il a été suspendu.

Report du point de départ des infractions occultes ou clandestines

La Chambre criminelle a depuis de longues années, créé des catégories d'infractions dites "clandestines" ou "dissimulées", avec l'effet de retarder le point de départ de la prescription au jour où l'infraction est révélée.

Les infractions "clandestines" sont celles dont le caractère occulte est un élément constitutif. Dès lors le point de départ de la prescription est alors fixé, non au jour où a été commis l'infraction, mais "*au jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique*".¹⁰

Cette création jurisprudentielle connaît son plus grand retentissement en matière d'infractions d'abus de biens sociaux.

L'abus de biens sociaux est une infraction instantanée.¹¹

Dès lors, la prescription de l'action publique devrait commencer à courir à compter du jour de commission de l'infraction, à savoir le jour de la réalisation de l'usage abusif.

⁹ *Crim.*, 13 novembre 1969, n°68-91.170, *Bull.crim.*, n°297.

¹⁰ *Crim.* 4 janvier 1935, *Gaz.pal.*, 1935,1, *Jur.*, p.353, en matière d'abus de confiance; 4 mars 1997 n° 96 84 773, en matière d'atteinte à la vie privée ; *Crim* 17 décembre 2002 n° 0187 178, en matière d'altération de preuves

¹¹ *Crim.*, 8 octobre 2003, pourvoi n° 02-81.471, *Bull. crim.* n°184, D. 2003. AJ. 2695, obs. A. Lienhard, *Rev.Sociétés* 2004. 155, note B. Bouloc, *JCP* 2004. II. 10028, note M. Jacopin, *Dr. sociétés* 2004, no 68, note R.Salomon.

Telle n'est pas la position de la jurisprudence qui a reporté en cas de dissimulation, le point de départ du délai de prescription du délit d'abus de biens sociaux. Ce report peut se justifier par la nature des infractions de détournement en général, telles que l'abus de confiance et l'abus de biens sociaux, qui sont aisées à dissimuler.

La question du fondement juridique du report de prescription pour les infractions clandestines divise la doctrine dans la mesure où il n'est rattaché à aucun texte, malgré le bien-fondé de ses motifs. C'est ainsi qu'il est soutenu que cette pratique jurisprudentielle est *contra legem*, que le but du délinquant est toujours de demeurer dans l'ombre et que la catégorie des infractions clandestines "par nature" est bien difficile à définir (Anne Donnier, Dalloz 2005, p. 2998 ; Coralie Ambroise-Castérot, RSC 2006, p. 84 ; M-L Rassat, Procédure pénale, §368, qui estime que cette jurisprudence illégale institue un arbitraire certain, tout infraction étant susceptible d'être plus ou moins facile à découvrir ; que par des décisions récentes tendant à généraliser la notion d'infraction occulte, la Cour de cassation a ajouté l'insécurité juridique à l'arbitraire).

Certains auteurs le justifient par l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*, indiquant que le ministère public, n'ayant pu avoir connaissance de l'existence de l'infraction, se trouvait de fait dans l'impossibilité d'agir, sans que l'on puisse lui reprocher une quelconque négligence (G. Lecuyer, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », Dr. pén.2005, n°11, étude 14).

Pourtant en dépit des critiques, cette exception a été progressivement étendue par la jurisprudence, si bien qu'elle concerne aujourd'hui deux types d'infractions :

- les infractions occultes ou clandestines par nature, telles la simulation ou la dissimulation d'enfant, la tromperie ou l'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ;
- les infractions dissimulées, telles le trafic d'influence ou l'entente frauduleuse.

L'Assemblée plénière a réaffirmé son attachement à cette jurisprudence au travers de quatre arrêts, précités, rendus sur QPC le 20 mai 2011, en matière d'abus de biens sociaux, en énonçant que "*les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique (...) sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs*".

Il est certain que le meurtre ou l'assassinat, infractions visées à la présente procédure, ne sont ni des infractions clandestines ni des infractions occultes par nature.

Mais l'infraction "dissimulée" n'est pas, à la différence de l'infraction clandestine, occulte par nature.

La dissimulation implique un acte intentionnel d'occultation de la part de son auteur. Il appartient d'ailleurs à la partie poursuivante de démontrer que son ignorance du délit ou du crime, comme celle de la victime, résultent des manoeuvres de dissimulation de la part de l'auteur.

Ce n'est donc pas la nature même du crime ou du délit qui justifie le report du point de départ de la prescription, mais ce sont les circonstances dans lesquelles les actes constitutifs de l'infraction ont été accomplis de façon occulte. Le caractère de clandestinité, ainsi compris, concerne l'acte incriminé et non l'auteur de l'infraction.

Par exemple, afin qu'il soit considéré comme ayant été dissimulé, l'abus de biens sociaux doit avoir été « maquillé par des manipulations comptables, comme l'usage de « caisses noires » ou la passation d'écriture irrégulières en comptabilité »¹². Comme le souligne un auteur, « en pratique, nombreuses sont les opérations financières abusives qui ne sont pas portées en

¹²Crim. 6 octobre 2010, pourvois n°07-83.426 et 09-86.628, diffusé ; *Documentation dirigeant*, Edition Francis Lefebvre, §14715.

comptabilité sous leur véritable rubrique. La notion de dissimulation permet donc au juge pénal de faire obstacle à ce que la prescription fasse son oeuvre »¹³.

La Cour de cassation, dans son avis du 16 avril 2010, souligne qu'une position différente, serait « contraire aux impératifs de lutte contre la grande délinquance ». Il est toutefois nécessaire que les juges du fond relèvent des éléments qui établissent cette volonté de dissimulation¹⁴.

La chambre criminelle juge ainsi pour une autre infraction instantanée “ *Qu'en effet, si le délit de trafic d'influence est une infraction instantanée qui se prescrit à compter de la perception du dernier versement effectué en exécution du pacte litigieux, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, en cas de dissimulation, qu'à partir du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice des poursuites* ”¹⁵.

Actualité du report du point de départ de la prescription de l'action publique

La possibilité d'étendre cette jurisprudence a été évoquée en 2007 par les sénateurs, qui dans leur rapport, cité supra, affirment que leur “ *Mission d'information estime nécessaire de consacrer dans la loi le principe dégagé par la jurisprudence de la Cour de cassation selon lequel le point de départ des infractions occultes ou dissimulées est reporté au jour où elles sont apparues dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique* ”. Elle estime que ce principe, dégagé pour des infractions à caractère économique ou financier, pourrait être opportunément étendu à d'autres domaines du droit pénal et en particulier aux crimes dissimulés par leur auteur (en déguisant par exemple un meurtre en une mort naturelle ou en dissimulant le corps).

Les sénateurs précisent que leur proposition rejoint tant les observations formulées par le Directeur des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la Justice que celles faites par plusieurs des universitaires entendus par la mission. Ils citent notamment M. Michel Véron, professeur émérite de l'université Paris 13, qui a suggéré qu'en cas de dissimulation avérée, l'infraction se prescrive à compter du jour où apparaissent les éléments constitutifs de l'infraction.

En faveur de cette thèse on rappellera qu'un avant-projet de réforme du code de procédure pénale a été rendu public par la Garde des sceaux le 3 mars 2010 et prévoyait un allongement des délais de prescription, portés à 15 ans pour les crimes, à 6 ans pour les délits punis d'une peine supérieure à trois ans d'emprisonnement et à 3 ans pour les autres délits. Surtout le point de départ de ce délai était fixé au jour de commission de l'infraction, quelle que soit la date de sa constatation, sauf pour les crimes d'atteinte à la vie commis de façon occulte ou dissimulée. Dans ce cas, la prescription ne courait qu'à compter du jour où les faits avaient pu être portés à la connaissance de l'autorité judiciaire. Il était par ailleurs prévu qu'un obstacle de droit ou un

¹³H. Matsopoulou, « Questions prioritaires de constitutionnalité et abus de biens sociaux », *Sc. Crim.* 2011, p.611.

¹⁴*Crim.*, 30 janvier 2013, pourvoi n° 12-80.107, diffusé ; H. Matsopoulou, « La prescription d'un délit d'abus de biens sociaux, en l'absence de dissimulation », *Revue des sociétés* 2013 p. 371 ; J. Gallois, « Point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux : précisions sur la dissimulation », *AJ Pénal* 2013, p. 481.

¹⁵*Crim.*, 19 septembre 2006, pourvoi n°06-83.963, *Bull.crim.*2006, n°226.

obstacle de fait absolu ou insurmontable, rendant impossible l'exercice de l'action pénale suspendait la prescription¹⁶.

Il convient enfin de signaler, qu'à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 décembre 2013 refusant de reporter le point de départ de la prescription pour la victime de viols invoquant une amnésie lacunaire¹⁷, des sénateurs ont déposé, le 13 février 2014, une proposition de loi n° 368 (2013-2014) modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles et donc tendant à reporter, notamment pour le viol, le point de départ du délai de prescription au jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions lui permettant d'exercer l'action publique.

La commission des lois a décidé de ne pas retenir cette proposition¹⁸.

Le rapport indique que c'est : "en raison, notamment des difficultés d'ordre technique et du « risque sérieux d'inconstitutionnalité » qu'il présente, au regard des principes de légalité des délits et des peines et d'égalité".

En fait il faut citer plus largement la réponse du rapporteur M. Philippe Kaltenbach qui a déclaré : *"Il me paraît en effet délicat d'assimiler les violences sexuelles au régime des infractions occultes ou dissimulées, qui vise des infractions financières tel que l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux, et dans lequel le délai ne court, comme cela est logique, qu'à partir du moment où l'escroc, qui a dissimulé, est découvert. La Cour de cassation a du reste toujours refusé, pour l'instant, d'étendre ce régime à d'autres branches du droit. Dans un arrêt du 16 octobre 2013, elle a ainsi refusé de reporter le point de départ du délai de prescription à des faits d'infanticides multiples commis pourtant à l'insu de l'entourage de l'auteur des faits.*

J'ajoute qu'au regard du principe de légalité des délits et des peines, cette proposition de loi encourt un risque d'inconstitutionnalité car elle ferait reposer le point de départ sur des éléments très subjectifs, liés au psychisme de la victime. L'incertitude qu'elle introduit quant au point de départ du délai de prescription pourrait être valablement contestée devant le Conseil constitutionnel. Même risque au regard du principe d'égalité des justiciables devant la loi, qui suppose que les auteurs d'une même infraction soient traités dans des conditions similaires, alors que les délais de prescription seraient ici à géométrie variable, selon l'évolution de la victime, et pourraient aller jusqu'à une imprescriptibilité de fait, la remémoration des violences pouvant être très tardive."

Cette réponse montre que le risque d'inconstitutionnalité allégué repose sur la particularité de la plainte pour violences sexuelles qui du fait de l'écoulement du temps dépend uniquement du choix de la victime de révéler les faits en raison de la disparition des éléments objectifs.

Tel n'est pas le cas en matière de meurtre et plus spécifiquement d'infanticide puisque la découverte de l'infraction est évidemment sans lien avec la décision de la victime décédée mais se fonde uniquement sur la découverte de faits infractionnels.

La position de la chambre criminelle

¹⁶ Articles 121-6, 121-7 et 121-10 de l'avant projet, accessible sur le site Internet du ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf

¹⁷ Crim. 18 décembre 2013, pourvoi n°13-81.129

¹⁸ www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20140519/lois.html#toc5

Jusqu'à ce jour, en ce qui concerne les homicides, la chambre criminelle a refusé de retarder le point de départ du délai de prescription.

Dans une première affaire de 2006¹⁹ la chambre criminelle a jugé: « *Si c'est à tort qu'une chambre de l'instruction a retenu que le point de départ de la prescription de l'action publique avait été reporté à la date à laquelle le ministère public avait eu connaissance de la découverte du cadavre d'une personne dont la disparition avait été signalée plus de dix ans auparavant, la censure n'est cependant pas encourue, dès lors qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que ni la date ni les causes de la mort de cette personne ne sont connues, de sorte que le point de départ de la prescription tel que fixé par l'article 7 du code de procédure pénale ne peut être déterminé au stade initial de l'information ouverte pour meurtre* ».

Dans une affaire concernant un double meurtre et, au visa de l'article 7 du code de procédure pénale, elle a rappelé le principe « *qu'il résulte de ce texte qu'en matière de crime, l'action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite* »²⁰. Sur ce motif, elle a cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait différé le point de départ du délai de prescription; mais cette cassation n'est intervenue qu'après que la chambre criminelle ait énoncé « *que seul un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites peut justifier la suspension de la prescription de l'action publique* » et constaté qu'il n'en était rien dans l'espèce considérée, puisque « *une première information ouverte du chef d'homicides volontaires avait été clôturée par une décision de non-lieu* ».

Ainsi la chambre criminelle énonce que « l'absence d'obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites » conditionne la prescription de l'action publique, marquant un contrôle strict des conditions du caractère interruptif d'un obstacle de fait.

Dans les arrêts rendus le 16 octobre 2013 dans le cadre de la procédure objet du renvoi en assemblée plénière²¹, il a été jugé en formation plénière de chambre :

¹⁹ *Crim.*, 19 sept 2006, pourvoi n°06-83.963, *Bull.crim.*2006, n°226,
Y. Monnet, « Prescription pénale », *Gaz. Pal.* 2007, n°88, p. 22.

²⁰ *Crim.* 20 juillet 2011, n°11-83.086, diffusé.

²¹ *Cass. crim.*, 16 octobre 2013, n° 13-85.232 et 11-809.002, *bull. crim.*, 192, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2013, p. 613.

Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires. Il s'agit, pour la presse juridique :

*J.-Y. Maréchal : Prescription du meurtre : "Couvrez ces cadavres que je ne saurais voir" , *Droit pénal*, 2013, étude 18.*

*S. Detraz : Pas de report du point de départ de la prescription de l'action publique en matière criminelle, *JCP*, édition générale, 2013, n° 50, 1309.*

*E. Gallardo : Pas de clandestinité pour l'infanticide, *Revue juridique personnes et famille*, 2014, n° 1, p. 34.*

*J. Pradel : Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits, *Actualité juridique pénal*, 2014, p. 30.*

*Y. Mayaud : Des innocents oubliés, victimes de la prescription, *Recueil Dalloz*, 2013, 2673.*

*X. Salvat : Prescription : ne constituent pas un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites, de nature à reporter le point de départ de la prescription, le secret et l'absence apparent révélant l'existence physique d'enfants, nés clandestinement et morts dans l'anonymat, *Revue de sciences criminelles*, 2013, 933.*

*R. Mésa : Point de départ du délai de prescription de l'action publique : les crimes ne sont pas des infractions clandestines, *Gazette du palais*, 2013, n° 327, p. 20.*

“ Attendu que, selon ce texte, en matière de crime, l’action publique se prescrit par dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n’a été fait aucun acte d’instruction ou de poursuite ;

(...)

Attendu que, pour écarter l’exception de prescription de l’action publique soulevée par Mme Y... et en reporter le point de départ au jour de la découverte fortuite des premiers corps d’enfants, l’arrêt énonce que “le secret entourant les naissances et les décès concomitants, qui a subsisté jusqu’à la découverte des corps des victimes, a constitué un obstacle insurmontable à l’exercice de l’action publique qu’appelaient les origines criminelles de la mort des huit nouveau-nés” ; que “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” ;

Mais attendu qu’en se déterminant ainsi, la chambre de l’instruction a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ;”.

La chambre criminelle par cette formulation lapidaire semble montrer que l’application stricte de la lettre de l’article 7 ne souffre aucune interprétation ni aucune exception.

On peut penser qu’en se refusant à reprendre les termes des précédents pour se limiter à la reproduction du texte de l’article 7 et en concluant par le constat d’une violation de ce texte la chambre criminelle a nettement voulu montrer qu’elle se refusait à modifier sa jurisprudence.

III Analyse

Sur le premier moyen en ses trois premières branches réunies

Les 1^{ère} 2^{ème} et 3^{ème} branches critiquent l’arrêt attaqué pour avoir refusé d’appliquer l’article 7 du CPP et les règles de prescription qu’il édicte par excès de pouvoir ou refus d’exercer ses pouvoirs en raison de l’impossibilité de dater les faits avec précision ainsi que d’appliquer la prescription. Les critiques visent aussi les motifs de l’ordonnance confirmée du 28 janvier 2013 quant au calcul du délai de prescription.

Les dispositions applicables

On peut considérer que lors de l’entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, la prescription des faits reprochés à Madame X... n’était pas acquise du fait de l’application des lois du 10 juillet 1989 et du 17 juin 1998 qui énonçaient notamment que le point de départ de la prescription des crimes commis à l’encontre de mineurs par un ascendant ne commence à courir qu’à compter de la majorité de la victime si l’on pose en principe que le report du point de départ peut jouer même si la victime est décédée avant sa majorité (voir *infra* sur ce point un développement plus complet dans la réponse à la quatrième branche) .

Dés lors compte tenu des termes de l’article 112-2,4° du CP: ” sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur: (...)

4 ° Lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l’action publique.....” s’appliquaient immédiatement les dispositions de la loi de 2004 qui ne reporte le délai de prescription à partir de la majorité des mineurs victimes que pour les crimes mentionnés à l’article 706-47 du CPP et au crime prévu par l’article 222-10 du CP, de sorte que seules les dispositions de l’article 7 du code de procédure pénale, prises dans leur dernière rédaction, paraissent applicables aux faits de la cause comme le pose en principe l’arrêt de la chambre criminelle du 16 octobre 2013.

Toutefois la chambre criminelle a aussi jugé, dans un arrêt du 25 février 1988²² que « lorsqu'une loi nouvelle fait une contravention d'une infraction antérieurement qualifiée de délit, le délai de prescription de l'action publique d'une chambre ne se substitue à celui de trois ans qu'à compter de la date d'entrée en vigueur de ladite loi, sans toutefois que ce délai puisse excéder celui de la prescription triennale » ce qui est l'écho de l'article 2222 du code civil, dernier alinéa qui prévoit: " En cas de réduction de la durée du délai de prescription ou du délai de forclusion, ce nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle , sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure".

Quant à l'application dans le temps des lois modifiant le régime de la prescription revenant à faciliter son acquisition on peut se référer à un précédent de l'assemblée plénière du 21 décembre 2006 qui a jugé: "que si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que Mme A... n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ;".²³.

La transposition de cette décision dans la présente affaire conduit à écarter l'application immédiate du régime plus restrictif de la loi du 9 mars 2004 qui a pour effet d'empêcher les parties poursuivantes de mettre en mouvement l'action publique et l'action civile.

Un tel raisonnement permet de rejeter le moyen dans sa globalité.

Le point de départ du délai de prescription

En l'espèce, Mme Y... a admis avoir tué huit de ses enfants, le premier en décembre 1989, le deuxième en avril 1991, le troisième début 1994, le quatrième entre 1994 et mai 1997, les quatre autres entre mai 1997 et mi octobre 2002 voire juin 2006 pour le dernier dont la date de décès est incertaine (ordonnance du 27 mai 2011, p. 2 ; arrêt du 7 juin 2013, p. 4 in fine ; ordonnance du 28 janvier 2013, p. 4 in fine; arrêt 19 mai 2014 p.19 et 20).

Les deux premiers cadavres ont été découverts par un tiers à la famille Y... le 24 juillet 2010 et l'enquête a aussitôt débuté. Les six autres cadavres ont été retrouvés par les enquêteurs à l'endroit indiqué par Mme Y... le 27 juillet 2010.

L'article 7 du CPP fait courir le délai "à compter du jour où le crime a été commis", il est constant que l'infanticide est une infraction instantanée qui trouve son point de départ avec le décès de la victime.

La problématique du dossier repose concernant ces trois branches, sur le point de savoir si l'on se borne à appliquer le droit commun dont paraissent relever les faits et donc la jurisprudence de la chambre criminelle en matière d'homicide volontaire qui impose, selon le précédent cité du 16 octobre 2013, rendu dans la même affaire, une application mécanique du délai de 10 ans à compter du jour des décès ou si l'on tente dans un souci d'assurer la permanence et l'égalité de la répression de prendre en considération les particularités de la présente affaire.

²² *Crim.*, 25 février 1988, *Bull.crim.* 1988, n°99 et dans le même sens pour un crime devenu délit: *Crim.*, 29 avril 1997, *Bull.crim.* 1997, n°155.

²³ *Ass.plén.* 21 décembre 2006, pourvoi n°0020493, *Bull.crim.* 2006, n°15; *JCP* 2007,II, 10111, note X.Lagarde.

C'est toute la difficulté posée par l'exception que constitue la jurisprudence de la chambre criminelle en matière d'infractions dissimulées approuvée par l'assemblée plénière notamment pour les abus de biens sociaux.

Elle conduit la doctrine à désapprouver fortement la cassation pour violation de la loi prononcée dans la présente affaire par l'arrêt de la chambre criminelle du 16 octobre 2013, c'est ainsi que M. Le professeur Yves Mayaud s'interroge: "*Comment justifier une telle distance de l'abus de biens sociaux à l'homicide aggravé, du délit au crime? La prescription deviendrait-elle une technique de requalification des infractions sur le critère d'une gravité judiciaire? A quand des solutions rationnelles et rassurantes sur le terrain si sensible qu'elle occupe?*"²⁴.

Puisque le législateur n'est pas encore intervenu pour résoudre le problème encore que loi n°2011-267 du 14 mars 2011 a complété l'article 8 du CPP par un troisième alinéa faisant courir le délai de prescription de l'action publique « *à compter du jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* » pour certains délits commis 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 notamment pour des infractions instantanées, comme le vol simple ou aggravé par certaines circonstances, il est peut être temps que votre jurisprudence règle ce conflit qui perturbe le monde juridique et a conduit, en l'espèce, aux décisions contestées des chambres de l'instruction et à la rébellion.

En raison des possibilité répressives offertes par la jurisprudence de la chambre criminelle, les deux chambres de l'instruction se sont attachées à faire rentrer les crimes en cause dans le cadre des infractions dissimulées et l'arrêt attaqué a motivé sur ce thème de la manière suivante:

"il est avéré que les grossesses de Dominique Y..., dissimulées par sa forte obésité, étaient manifestement indécélables par ses proches ou des médecins consultés pour d'autres motifs médicaux ; les accouchements ont eu lieu sans témoin ; les naissances n'ont pas été déclarées à l'état civil ; les cadavres des nouveau-nés sont restés cachés jusqu'à la découverte fortuite des deux premiers corps le 24 juillet 2010 ;

Considérant dans ces conditions que quiconque n'a été en mesure de s'inquiéter de la disparition d'enfants nés clandestinement, morts dans l'anonymat et dont le moindre indice apparent n'a révélé l'existence physique ; ainsi, dans de telles circonstances de fait, l'autorité de poursuite s'est indéniablement trouvée dans l'impossibilité d'agir, seule la découverte des restes des nouveau-nés ayant établi la réalité de leur existence jusqu'alors insoupçonnée et ayant permis l'exercice de l'action publique;

Considérant que Dominique Y... a clairement reconnu avoir tout mis en oeuvre pour que ses maternités et méfaits passent complètement inaperçus ; elle s'est expliquée sur les stratagèmes et les moyens qu'elle avait utilisés à cette fin;..." (Arrêt attaqué p.20).

Un tel comportement est-il fondamentalement différent de celui de l'auteur d'un des délits entrants dans le champ d'application de la jurisprudence de l'infraction dissimulée?

Difficile d'admettre qu'une position juridique claire justifie cette différence de traitement alors qu'il peut paraître évident de poursuivre plus sévèrement un crime qu'un délit.

C'est peut être ce qui explique la rédaction de l'arrêt du 16 octobre 2013, rendu dans la même affaire, qui se borne à reprendre le texte de l'article 7 sans fournir d'autre explication par

²⁴Y Mayaud : "*Des innocents oubliés victimes de la prescription*", Recueil Dalloz, 2013, p.2673, J-Y Maréchal: "*Prescription du meurtre: Couvrez ces cadavres que je ne saurais voir*", Droit pénal, n°12, décembre 2013, étude 18.

l'intermédiaire d'un chapeau plus étoffé. C'est ce que je vous invite à faire si vous penchez à nouveau pour une cassation.

Mais il est aussi possible de rejeter le moyen en appliquant à l'espèce la jurisprudence sur l'infraction dissimulée initiée par la chambre criminelle pour certains délits comme nous avons rappelé plus haut.

Si l'on veut trouver à cette jurisprudence une justification qui semble communément admise c'est par l'application de la règle civiliste: "*Contra non valentem agere non currit proptio*", la prescription ne court pas contre quiconque a été empêché d'agir²⁵.

C'est vers cette référence que semble tendre certains arrêts de la chambre criminelle qui ont énoncé pour les infractions dissimulées que la prescription court "*au jour où le délit est apparu et a pu être constaté*"²⁶, avant de préciser "*dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique*"²⁷. C'est pourquoi l'arrêt attaqué s'est appliqué à établir que "*dans de telles circonstances de fait, l'autorité de poursuite s'est indéniablement trouvée dans l'impossibilité d'agir, seule la découverte des restes des nouveau-nés ayant établi la réalité de leur existence jusqu'alors insoupçonnée et ayant permis l'exercice de l'action publique; ...*".

Il est vrai, pour appuyer la démonstration des juges du fond, que l'on se trouve dans des circonstances exceptionnelles qui peuvent justifier et permettre une évolution jurisprudentielle puisque par le fait de l'auteur, l'existence des victimes a été totalement ignorée de l'autorité de poursuite et de l'administration. En effet aucune déclaration de grossesse n'a été effectuée, ni aucune démarche d'état civil. Même au sein du milieu médical ou en celui de la famille nul ne paraît avoir eu de soupçon sur l'état de la mise en examen et l'existence des huit victimes, sans qu'aucun reproche ne puisse être fait aux autorités.

Dés lors peut-on estimer que la particularité de la situation s'assimile à un obstacle insurmontable ayant mis le ministère public dans l'impossibilité d'agir?

Pour un obstacle de droit il a été jugé que: "*la prescription de l'action publique est nécessairement suspendue lorsqu'un obstacle de droit met la partie poursuivante dans l'impossibilité d'agir; qu'il en est ainsi lorsque la personne qui, lésée par un crime ou un délit, a mis en mouvement l'action publique par sa plainte avec constitution de partie civile, ne dispose d'aucun moyen de droit pour obliger le juge d'instruction à accomplir un acte interruptif de prescription.*"²⁸

Pour un obstacle de fait la jurisprudence de la chambre criminelle s'est révélée plus rigoureuse par l'arrêt précité du 20 juillet 2011 en estimant que n'avait pas un caractère insurmontable le fait: "*que le mis en examen a usé d'une stratégie délibérée caractérisée par l'enfouissement des corps et par diverses manoeuvres tendant à accréditer l'illusion de l'existence des victimes, laquelle a constitué un obstacle de fait de nature à suspendre le délai légal de prescription de l'action publique, l'autorité de poursuite ayant été mise dans l'impossibilité d'agir*";". Mais dans ce dossier l'action publique avait été engagée et "*une première information ouverte du chef*

²⁵ cf.art 2224 et s. du code civil.

²⁶ Crim., 7 décembre 1967, pourvoi n°66-91.972. Bull.crim.1967, n°321; Crim.7 décembre 1976, pourvoi n°76-90.634.Bull.crim.1976, n°350

²⁷ Crim. 10 août 1981, pourvoi n°80-93.092, Bull.crim.1981, n°244; Crim. 17 novembre 1986, pourvoi n°85-93.444, Bull.crim.1986, n°342; Crim. 13 février 1989, pourvoi n°88-81.218, Bull.crim.1989, n°69.

²⁸ Crim.22 novembre 2005, pourvoi n°05-82.807, Bull.crim.2005, n°304.

d'homicides volontaires avait été clôturée par une décision de non-lieu,..”, or tel n'est pas le cas en l'espèce puisqu'aucune poursuite n'a jamais été engagée si bien que la décision de 2011 ne paraît pas transposable d'autant que la dissimulation dans la présente affaire a été d'une ampleur telle que les faits n'ont été découverts que bien après les décès et fortuitement. Ce caractère très exceptionnel est de nature à faciliter l'évolution jurisprudentielle puisqu'il ne risque pas de favoriser la multiplication des affaires entrant dans ce cadre.

Au demeurant, sur les conséquences juridiques de cette évolution jurisprudentielle, il convient de souligner comme l'a énoncé l'assemblée plénière que *“ les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique (...) sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs”* ce qui permet de dire que leur application à de nouvelles infractions dans un souci de lutte contre la délinquance ne paraît pas contraire aux règles conventionnelles, la CEDH ayant jugé dans un arrêt du 18 décembre 2008 *“que les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante”*.²⁹

Les motifs de l'arrêt sont aussi justifiés au regard des fondements mêmes de la prescription, rappelés ci dessus.

Dans cette affaire, les poursuites ne raniment aucun trouble à l'ordre public, qui n'a jamais existé avant la découverte des huit cadavres, en raison du caractère clandestin des faits qualifiés d'assassinats. En revanche le trouble est bien actuel, né de la découverte récente des corps de huit nouveaux nés, et c'est bien l'absence de poursuites pénales qui pourrait, en cette circonstance être de nature à le créer ou l'accroître.

De plus, la crainte d'un dépérissement des preuves est infondée, les expertises scientifiques, analyses toxicologiques sur les cadavres des nourrissons croisées aux données relatives aux traitements médicaux suivis par la mise en examen ont permis d'acquérir des certitudes quant à la filiation des enfants, confortant ainsi les aveux de la mise en examen.

Enfin, les autorités policières et judiciaires n'ont fait preuve dans le traitement de ce dossier d'aucune carence ni négligence, à la différence de ce que la chambre criminelle avait relevé dans l'arrêt déjà cité du 20 juillet 2011.

L'arrêt attaqué par motifs propres et adoptés a motivé, sans insuffisance ni contradiction, les actes de dissimulation qui ont placé les autorités d'enquête et de poursuite dans l'impossibilité d'agir.

Dés lors si l'on applique la jurisprudence de l'infraction dissimulée on peut juger que la chambre de l'instruction a exactement constaté: *“que les circonstances de fait ont placé l'autorité de poursuite dans l'impossibilité absolue d'agir jusqu'à la découverte des premiers cadavres des nouveau-nés le 24 juillet 2010, il y a lieu de retenir cette date comme le point de départ du délai décennal de la prescription des crimes”* sans encourir les griefs invoqués, ce qui conduit au rejet des trois branches.

Plus classiquement, si l'on ne souhaite pas d'avancée jurisprudentielle, on peut aussi répondre au moyen en énonçant qu'on ne peut reprocher à l'arrêt d'avoir statué par voie de règlement (1^{ère} branche) en critiquant un motif qui peut être qualifié de surabondant alors que les juges du fond en première instance et en appel font reposer leur raisonnement juridique sur l'analyse des éléments de la cause en estimant dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation des faits

²⁹ CEDH 18 décembre 2008, *Unédic c. France*, n°20153/04, §74.

“qu’il ne ressort de la procédure aucun élément probant de nature à permettre de dire si le huitième meurtre... a été commis avant ou après le 24 juillet 2000”.

En parvenant au constat de l'impossibilité de datation, la chambre de l'instruction n'a pas refusé d'exercer ses pouvoirs et d'appliquer la règle de la prescription ni méconnu l'étendue de son obligation de juger (2^{ème} branche et 3^{ème} branche) mais valablement tiré les conséquences de ses constatations après avoir usé des moyens d'investigations dont elle disposait.

Sur la 4^{ème} branche du premier moyen

Elle reproche à la chambre de l'instruction d'avoir excédé ses pouvoirs en refusant d'appliquer la loi alors qu'au jour de l'engagement des poursuites, le point de départ de la prescription était fixé au jour des faits, soit plus de dix ans avant l'engagement des poursuites ; qu'aucun acte interruptif de prescription n'ayant été effectué sous l'empire des lois des 10 juillet 1989 et du 17 juin 1998, qui fixaient le point de départ de la prescription à la majorité de l'enfant, la prescription était acquise pour l'ensemble des faits commis dix ans avant le premier acte interruptif du 24 juillet 2010.

En fait ce sont les motifs de l'ordonnance confirmée du 28 janvier 2013 qui sont visés, le premier juge ayant notamment énoncé :

“De plus, juste avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, et compte tenu des nouveaux délais fixés par la loi du 17 juin 1998, aucun des faits commis n'étaient prescrits ; cette loi de 1998 prévoyait en effet de différer le point de départ de la prescription à la majorité de la victime, pour les infractions non prescrites lors de son entrée en vigueur, soit en l'espèce le plus ancien, décembre 1989, plus 18 ans plus 10 ans (2017) ; la loi du 9 mars 2004 dont résultent les dispositions de l'article 7 du code de procédure pénale est d'application immédiate. Cette loi a réduit le délai de prescription pour meurtre sur mineurs de 15 ans (...) dans le cas où la nouvelle loi réduit le délai de prescription, ce nouveau délai commence à courir, non le jour de la commission des faits, mais le jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, à condition toutefois que ce délai ne dépasse pas le délai initial (Crim., 25 février 1988) (...) le principe général est que la prescription plus courte s'applique immédiatement sans que le délai total puisse excéder le délai de la prescription la plus longue (...) la prescription n'était pas encore acquise le 24 juillet 2010 (premier bébé tué 1989 + 28 ans conformément à la loi de 1998) et le délai de prescription de 10 ans a commencé à courir le 9 mars 2004 ; les faits auraient donc été prescrits en 2014, le délai initial de 28 ans qui conduisait en 2017 pour les faits les plus anciens n'était pas atteint. Compte tenu de l'interruption du délai le 24 juillet 2010, aucun des faits reprochés à Mme Y... ne se trouve prescrit.”.

Pour écarter cette motivation, le mémoire ampliatif soutient: *“Et, à supposer adoptés certains motifs du juge d'instruction, fondés sur la jurisprudence de la chambre criminelle relative à l'application dans le temps des lois relatives à la durée de la prescription, une telle référence serait est tout à fait inopérante.*

Deux décisions de la chambre criminelle (Crim., 25 février 1988, B. n° 99 ; 29 avril 1997, B. n° 155) traitent toutes deux des raccourcissements du délai de prescription. Dans les deux hypothèses, ce raccourcissement est dû à la pénalisation moindre de l'infraction : un délit devient

une contravention ; un crime devient un délit. Dans ces cas, la durée de la prescription de l'action publique est nécessairement réduite. Et c'est à cette occasion que la Cour de cassation a posé en principe, dans l'arrêt du 25 février 1988 que « lorsqu'une loi nouvelle fait une contravention d'une infraction antérieurement qualifiée de délit, le délai de prescription de l'action publique d'une chambre ne se substitue à celui de trois ans qu'à compter de la date

d'entrée en vigueur de ladite loi, sans toutefois que ce délai puisse excéder celui de la prescription triennale ». Il s'agit bien du délai de prescription, modifié par la loi.

Mais ici, il n'est pas question de délai, ou de durée. Il est question d'un point de départ, uniquement. Et, comme dans un problème « d'arbres et d'intervalles », il ne faut pas confondre le point et la durée.

En l'espèce, la loi n'a pas modifié le délai de prescription (à l'exception, on l'a vu de la loi de 2004 pour des infractions spécifiques) la jurisprudence précitée ne peut trouver à s'appliquer.”.

Cette critique pose moins une difficulté tenant au point de départ du délai de prescription qu'un problème tenant à l'application d'une loi nouvelle et à son incidence sur la durée du délai de prescription.

En effet si l'on reprend les dispositions antérieures à la loi du 9 mars 2004 on constate qu'elles étaient conçues en terme généraux que ce soit dans la rédaction de 1989 ou dans celle de 1998 et que le but poursuivi par le législateur était de faire bénéficier le mineur victime d'une possibilité de poursuite plus avantageuse en raison de son discernement atténué pendant sa minorité.

On peut d'ailleurs souligner que l'article 7 du CPP dans sa rédaction actuelle par le renvoi à l'article 706-47, même s'il n'est pas applicable à la présente affaire, laisse entière la problématique suivante : le crime perpétré à l'encontre d'un mineur ayant conduit à son décès avant sa majorité doit-il se voir appliquer un délai de prescription de 10 ans puisque cette majorité n'a pas été atteinte ou doit-il se voir appliquer le délai le plus long en considérant que la question de la majorité est un principe s'appuyant sur l'idée d'une protection étendue du mineur victime? C'est ce que laisse entendre le professeur Mayaud dans sa note précitée (p.14 de cet avis) en affirmant: *“le fait que le 9 mars 2004, aucune d'entre elles (les victimes), à les supposer vivantes, n'eût encore atteint l'âge de la majorité, la circonstance particulière que toutes n'y parviendraient jamais ne pouvait avoir pour effet de rendre inapplicable le report ainsi érigé en principe.”.*

Répondre par l'affirmative à la première partie de la question conduit à une absurdité répressive puisque l'auteur trouve plus d'intérêt dans le meurtre ou l'assassinat commis pendant la minorité en bénéficiant d'un délai de prescription de dix ans.

Cependant la rédaction du texte n'incline pas vers un allongement du délai de prescription en cas de décès avant la majorité puisqu'il n'est question que du point de départ du délai reporté à la majorité.

Il reste une dernière solution, pour préserver la cohérence du texte, qui est de dire qu'en cas de meurtre aggravé ou non d'un mineur, donc avant sa majorité, si l'infraction est occulte ou dissimulée, le délai de prescription court à compter de sa découverte ce qui nous renvoie vers les précédents développements sur l'application à l'homicide de la jurisprudence de la chambre criminelle sur les délits dissimulés. Ce qui conduit au rejet pour les motifs exposés plus haut.

Sans entrer dans ce débat on peut aussi rejeter cette branche en estimant que l'arrêt attaqué bien que confirmatif a substitué ses motifs propres à ceux du premier juge puisqu'il ne reprend pas le mode de calcul proposé préférant juger que l'on se trouve en présence d'infractions dissimulées et que la prescription était suspendue par un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites

si bien que le point de départ du délai ne commençait à courir qu'à compter du jour où cet obstacle a disparu.

Sur la cinquième et la sixième branches du premier moyen

Elles critiquent l'arrêt qui n'aurait pas caractérisé un obstacle insurmontable à l'exercice de l'action publique, pas plus que la "*dissimulation d'un meurtre*".

Si l'on se réfère aux précédents de la chambre criminelle du 20 juillet 2011 et du 16 octobre précités, la notion d'obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites est contrôlée de manière très stricte par la Cour de cassation tandis que le contrôle relatif à la notion de dissimulation et à la constatation de l'infraction dans des conditions permettant l'exercice des poursuites en matière dialectal est moins rigoureux. Enfin la dissimulation d'un homicide n'est pas admise.

Mais on peut répondre en se référant aux précédents développements proposant l'application en l'espèce de la jurisprudence de l'infraction dissimulée que c'est par des motifs exempts d'insuffisance et de contradiction que la chambre de l'instruction a caractérisé l'existence d'un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites ce qui conduit au rejet du grief.

Sur le septième branche du premier moyen

Elle reprend, à le supposer adopté par la chambre de l'instruction, l'un des motifs de l'ordonnance du juge d'instruction du 27 mai 2011 ayant rejeté la demande aux fins de constatation de la prescription de l'action publique, tiré de la connexité entre les crimes de meurtre reprochés à la mise en examen et les délits de dissimulation d'enfant ayant entraîné une atteinte à l'état-civil, visé aux poursuites (ordonnance du 27 mai 2011, p. 7, paragraphes 3 à 7), sur lesquels le magistrat instructeur n'avait pas encore statué et pour lesquels il a, ultérieurement, dit n'y avoir lieu à suivre contre quiconque en retenant, (ordonnance de mise en accusation du 28 janvier 2013, pp. 19 et 20,) qu'il n'était pas établi que la mise en examen eût l'intention d'attenter à l'état civil des enfants.

Le mémoire ampliatif prétend que cette dernière branche n'est destinée qu'à pallier une très improbable approbation d'un motif du premier juge, tiré de la connexité.

L'arrêt confirme les ordonnances mais statue par motifs propres sur la question de la prescription. Dans l'exposé des faits et de la procédure figurant dans l'arrêt attaqué (p.13, dernier §) est mentionnée la position adoptée sur la connexité par l'ordonnance du 27 mai 2011.

Le mémoire en défense de l'association Enfant bleu-Enfance maltraitée soutient que la critique est sans intérêt dans la mesure où comme le relève la demanderesse, les délits qui auraient été connexes aux crimes n'ont pas été retenus.

Effectivement l'arrêt attaqué ne comporte aucune disposition renvoyant l'intéressée pour des délits connexes. La branche est inopérante.

Second moyen

Le second moyen fait grief à l'arrêt attaqué de n'avoir pas suffisamment caractérisé la circonstance aggravante de préméditation des infanticides. Ce moyen est inopérant, car il n'a pas

d'autre objet que d'initier une discussion de fait sur la qualification de la préméditation, que la chambre de l'instruction a abondamment motivée dans son arrêt, et qui n'est pas une disposition définitive de l'arrêt puisque la discussion et l'appréciation de la circonstance aggravante relèvent de la compétence de la Cour d'assises appelée à juger les crimes reprochés.

En conclusion, à la suite de l'ensemble de ces considérations, je suis d'avis de rejeter le pourvoi en ses 2 moyens en appliquant la jurisprudence du report du point de départ du délai de prescription au jour de la découverte des infractions pour le premier moyen.

AVIS DE REJET