HAL
open science

# Propositions d'amélioration de la loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes du 3 août 2018

Benjamin Moron-Puech

**To cite this version:**

Benjamin Moron-Puech. Propositions d'amélioration de la loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes du 3 août 2018. [Rapport Technique] Alexandra Louis, Assemblée nationale. 2020. hal-02566637

**HAL Id: hal-02566637**

**https://hal.science/hal-02566637v1**

Submitted on 7 May 2020

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

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

# Propositions d'amélioration de la loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes du 3 août 2018[1]

Benjamin Moron-Puech
Laboratoire de sociologie juridique

La loi du 3 août 2018 a entendu renforcer la répression et la prévention des violences sexuelles et sexistes par des dispositions de nature à la fois procédurales portant sur la prescription et substantielles portant sur l'aggravation des peines d'infractions existantes ou la création de nouvelles infractions.

Ces modifications vont globalement dans le bon sens ou plutôt dans le sens d'un meilleur respect par la France de ses engagements internationaux quant à la protection des victimes de violences sexuelles et sexistes. Cependant, ces modifications laissent sur le bord de la route un certain nombre de victimes sur la situation desquelles il est intéressant de revenir à l'heure où la députée Alexandra Louis s'est vue confier par la Secrétaire d'État chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes une mission d'évaluation de cette loi.

Ces trous dans le dispositif de protection des victimes s'explique soit par des raisons sociologiques tenant à l'ineffectivité des dispositifs classiques vis-à-vis des minorités sexuées ou de genre, soit par des raisons juridiques tenant à une prise en compte insuffisante de la jurisprudence développée par la Cour de cassation. En effet, les nouveautés introduites par cette loi n'ont pas été votées en prenant en compte la situation particulière des minorités intersexuées et transgenres qui, *de facto*, ne peuvent pas bénéficier du renforcement de la lutte contre les violences sexuelles et sexistes (I). De plus, et ce point nous retiendra davantage, il apparaît que la loi du 3 août 2018 laisse sur le bord de la route toutes les victimes d'amnésie traumatique nées avant le 5 août 1980 ainsi qu'une partie de celles nées au-delà. Or, comme nous le verrons, cette mise à l'écart place la France en contradiction avec ses engagements internationaux (II).

## I. Une protection des victimes intersexuées et transgenres à améliorer

À titre liminaire il convient de rappeler que, sur le terrain institutionnel, la protection des minorités sexuées et de genre a fait l'objet d'une attention soutenue du précédent gouvernement *via* l'extension des compétences de la Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme et l'antisémitisme aux questions relevant de la « lutte contre la haine anti-LGBT ». D'où le changement de nom de cette délégation : DILCRA, devant DILCRAH ; le « H » renvoyant à « lutte contre la haine anti-LGBT ». Cet effort a été maintenu par le présent gouvernement qui a inclus pour la première fois la protection des minorités sexuées, sexuelles et de genre dans un décret d'attribution ministérielle rattachant la DILCRAH au ministère du droit des femmes. D'où l'intérêt, à l'heure d'une réflexion sur la loi du 3 août 2018 initiée par

[1] Propositions formulées en vue d'une audition, le 4 mai 2020, par Madame la députée Alexandra Louis, chargée d'une mission d'évaluation sur la loi du 3 août 2018.
Nous remercions Julie Mattiussi pour sa relecture attentive, ainsi que M^e^ Patrice Spinosi et l'avocat général à la Cour de cassation Renaud Salomon pour leur aide dans l'accès à certains travaux préparatoires d'arrêts de la Cour de cassation relatifs à l'amnésie traumatique.

la Secrétaire d'État chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations, d'intégrer pleinement ces minorités dans les réflexions sur les voies d'amélioration de la loi du 3 août 2018 naguère portée par cette même Secrétaire d'État.

Pour en revenir à la loi du 3 août 2018, il ressort de l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi que l'intention du gouvernement a été, par ce projet de loi, de lutter contre l'impunité des auteurs de violences sexuelles et sexistes, quelle que soit l'identité des victimes.

> *Les dispositions du présent projet de loi constituent ainsi une amélioration très significative des dispositions pénales permettant de sanctionner les auteurs de violences sexistes et sexuelles à l'encontre des femmes et des enfants, et de mettre fin à leur impunité. Il s'agit d'un enjeu de civilisation. Comme l'a rappelé le Président de la République dans son discours du 25 novembre 2017, le temps est venu que « la honte change de camp »*[2]

Pourtant, faute d'avoir pris en compte la situation de certaines minorités sexuées et de genre, ces efforts ne pourraient qu'imparfaitement porter leur fruit à l'égard de ces personnes. Cela se vérifie tant pour la nouvelle infraction d'outrage sexiste, exclusive des outrages faits aux personnes transgenres (A), que pour le renforcement de la répression des infractions sexuelles dont il est peu probable qu'il bénéficie aux enfants intersexués que la loi initiale, par sa généralité, semblait pourtant vouloir protéger (B).

A. Une protection inaboutie des personnes transgenres contre les violences sexistes

En introduisant une infraction nouvelle d'outrage sexiste à l'article 621-1 du code pénal, la loi du 3 août 2018 permet à la France de se conformer à ses engagements internationaux en matière de lutte contre les stéréotypes frappant les femmes[3], là où auparavant les conditions strictes de l'injure venaient limiter la protection contre de tels outrages. Cependant, alors que les normes internationales les plus récentes recommandent également l'élimination des stéréotypes de genre[4], *via* donc potentiellement la prohibition d'outrages liés au genre, la loi du 3 août 2018 se limite textuellement aux outrages liés au sexe ou à l'orientation sexuelle. Ce faisant, cette loi paraît priver implicitement les minorités de genre de la possibilité de se prévaloir de ce nouveau dispositif, alors pourtant qu'elles sont elles aussi exposées quotidiennement à du harcèlement de rue à raison de leur genre atypique ou encore à la pratique du mégenrage[5], c'est-à-dire le fait de désigner une personne au moyen d'un genre qui n'est pas le sien.

Un examen plus minutieux des travaux préparatoires et des principes du droit pénal vient confirmer cette exclusion. D'une part, en effet, il résulte des travaux préparatoire aux dispositions introduisant l'infraction d'outrage sexiste que cette infraction a été pensée avant tout pour lutter contre le harcèlement de rue des femmes, ou les éventuels refus de serrer la main à des personnes au motif qu'elles seraient des femmes. Il ressort très clairement des

---

[2] Assemblée nationale, *Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, n° 778, p. 6 <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b0778_projet-loi>.

[3] ONU, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 déc. 1979, art. 5 et Conseil de l'Europe, *Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique* [Convention d'Istanbul], 7 avr. 2011, art. 12.

[4] Convention d'Istanbul préc., art. 18§3.

[5] Sur lequel, cf. A. Coutant, *(Mé)genrer les gen(re)s dérangeants. De l'hétérocisnormativité de la bicatégorisation masculin / féminin en français*, thèse sous la dir. de V. Brunetière, Université de Paris, nov. 2019.

illustrations données dans travaux préparatoires que l'outrage sexiste a été pensé pour les femmes et non pour les minorités des genre. Ainsi s'exprimait au Sénat la Secrétaire d'État Marlène Schiappa :

> *« Qu'est-ce que le sexisme ? C'est traiter différemment et négativement une femme par rapport à un homme. La question, ici, n'est pas de savoir si telle personne a envie ou non de serrer la main à telle autre personne. Pour savoir si un acte est sexiste, qu'il s'agisse de l'agissement sexiste, tel qu'il est défini dans le code du travail, ou de l'outrage sexiste, tel que nous en proposons une définition dans ce projet de loi, il faut se demander si cette femme est traitée différemment parce qu'elle est une femme. »*[6]

Surtout, il résulte des travaux préparatoires que, bien qu'envisagée, l'extension de cette infractions aux minorités de genre et aux minorités sexuelles (les « LGBT ») a été rejetée. Ainsi la députée Zivka Park pouvait-elle indiquer à l'Assemblée Nationale, peu après une question publique portant sur les actes homophobes[7], que l'extension de la nouvelle infraction d'outrage sexiste aux personnes LGBT était envisagée :

> « *Par ailleurs, il est important de rappeler que notre majorité souhaite élargir l'infraction d'outrage sexiste aux personnes LGBT, lesquelles sont également victimes de ce type de harcèlement, permettant d'inclure des propos non explicitement sexistes, mais produisant les mêmes effets. Nous souhaitons une réelle efficacité dans la répression de cette nouvelle infraction d'outrage sexiste.* »[8]

Dans la mesure où cette extension n'a finalement pas été réalisée dans la suite de la discussion, les travaux parlementaires paraissent fermer la porte à une utilisation de l'infraction d'outrage sexiste au profit des minorités sexuelles et de genre.

Une telle interprétation se trouve d'autre part confrontée par le principe d'interprétation stricte de la loi pénale tel qu'il découle de l'article 111-4 du code pénal. En application de ce principe, il sera difficile de sanctionner des outrages liés non au sexe de l'individu, mais à son genre.

Pour remédier à cette situation et protéger toutes les victimes d'outrage, il est une solution très simple : ajouter aux adjectifs « sexuels » et « sexistes », déjà présents dans l'article 621-1 du code pénal, l'adjectif « genré ». Une telle mesure permettra de faire pleinement bénéficier les personnes transgenres des améliorations introduites par cette loi et, surtout, d'éviter tout risque de condamnation de la France pour discrimination indirecte en raison de la mise à l'écart des personnes transgenres de ce dispositif d'outrage sexiste. D'autres modifications devraient également être introduites pour permettre à une autre minorité, les enfant intersexués, de bénéficier des améliorations introduites par la loi du 3 août 2018 en matière de lutte contre les violences sexuelles commises sur les mineurs.

---

[6] *JO Sénat*, Séance du 5 juill. 2018, p. 9220, <https://www.senat.fr/seances/s201807/s20180705/s20180705.pdf>.

[7] *JO AN*, Séance du 16 mai 2018, p. 3870 <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/cri/2017-2018/20180213.pdf>.

[8] *Ibidem*, p. 3904.

B. Une protection inaboutie des personnes intersexuées contre les violences sexuelles

Bien que l'impunité des auteurs de violences sexuelles sur les enfants intersexués ait été mise en évidence à plusieurs reprises par les Comités de l'ONU dans des observations finales[9] dont la substance a pu par la suite être reprise par la Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT[10], le Défenseur des droits[11], la Délégation aux droits des femmes du Sénat[12], le Président de la République François Hollande[13], la Commission nationale consultative des droits de l'homme[14], le Conseil d'État[15] ou le Conseil national de l'ordre des médecins[16], ces violences continuent. Ainsi en 2017, selon les chiffres de l'Assurance maladie auxquels nous avons eu accès, ce sont au minimum 4092 actes illégaux de mutilations génitales qui ont été réalisés sur des enfants de moins de 5 ans. Il ressort également des données de l'Assurance maladie qu'au moins deux jeunes filles de 10 et 12 ans ont subi cette même année des pénétrations répétées au moyens de bougies, à la suite de prescription de séances de « dilatation vaginale » vraisemblablement destinées à accroître la profondeur d'un néo-vagin fabriqué pour elle sans leur consentement libre et éclairé.

Pour toutes ces victimes intersexuées mineures, l'allongement des règles sur la prescription ne permet pas de résoudre la difficulté. En effet, non seulement ces victimes se heurtent à des traumatismes psychiques pouvant inclure l'amnésie mais, par ailleurs, celles-ci sont confrontées à l'impunité dont certains professionnels de santé se sont assurés auprès des autorités de poursuite, en faisant collaborer les services du parquet civil à ces opérations mutilantes. En effet, sous couvert de faciliter l'inscription des enfants à l'état civil, des professionnels de santé ont obtenu de la Chancellerie, depuis les années 1970[17], que le Procureur les autorise à suspendre le délai d'inscription de la mention du sexe à l'état civil, le temps que soient réalisées les actes chirurgicaux nécessaires à l'assignation d'un « vrai sexe » à l'état civil[18]. Or, si une juridiction de première instance a pu s'horrifier *a posteriori* de la complicité du parquet à ces actes qualifiés par les juges d'« opération castratrice »[19], cette situation est à notre connaissance unique.

---

[9] Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales concernant les septième et huitième rapports périodiques de la France*, CEDAW/C/FRA/CO/7-8, 22 juillet 2016, § 17, (f) ; Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France*, CRC/C/FRA/CO/5, 23 févr. 2016, § 47;Comité contre la torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, CAT/C/FRA/CO/7, 10 juin 2016, § 34.

[10] DILCRAH, *Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT*, 21 déc. 2016, spé. p. 25.

[11] Défenseur des droits, *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, n° 17-04, 20 févr. 2017.

[12] Sénat, *Rapport d'information sur les variations du développement sexuel: lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, n° 441, 23 févr. 2017, https://www.senat.fr/rap/r16-441/r16-4411.pdf (consulté le 26 sept. 2017).

[13] Discours prononcé lors de la cérémonie en l'honneur des acteurs à la lutte contre la haine anti-LGBT, le 17 mars 2017 : https://www.dailymotion.com/video/x5f1wll.

[14] CNCDH, *Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, avis, 22 mai 2018, p. 17, 32 et 33.

[15] Conseil d'État, « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? », étude adoptée le 28 juin 2018, spé. p. 129-142, <http://www.conseil-etat.fr/content/download/138941/1406918/version/1/file/Conseil%20d%27Etat_SRE_%C3%A9tude%20PM%20BIOETHIQUE.pdf>.

[16] Cf. les propos du Dr Faroudja devant la Mission d'information de la loi relative à la bioéthique : Assemblée nationale, *Rapport d'information*, n° 1572, p. 121.

[17] Ministère de la Justice, *Instruction modifiant l'instruction générale relative à l'état civil*, 19 fév. 1970 : *JORF* 23 avr. 1970, p. 3870 <https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000701857&pageCourante=03866>.

[18] M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », *in* S. Hennette Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), *La Loi et le Genre*, CNRS *Éditions*, 2014, p. 29-47.

[19] TGI Nanterre, 1er juin 1999 cité dans CA Versailles, 22 juin 2000, n° RG 7799/99.

Pour mettre un terme à cette impunité des auteurs de violences sexuelles sur les personnes intersexuées et mettre ainsi la France en conformité avec ses obligations internationales[20], il ne faut donc pas seulement modifier les règles sur la prescription, il faut en outre explicitement indiquer que ces violences sexuelles ne constituent pas des soins. Ceci pourrait être fait en précisant dans l'article 2 de la loi du 3 août 2018 que les dispositions introduites pour faciliter la caractérisation de l'absence de consentement d'un mineur s'appliquent également aux séances de dilatations vaginales et autres violences sexuelles qui pourraient être recommandées par des professionnels de santé. La précision peut sembler aller de soi, mais au vu des milliers d'actes de conformation sexués réalisés chaque année, une telle précision ne manquerait pas d'utilité pour l'avenir.

Pour le passé en revanche, ainsi qu'en témoigne un arrêt de la chambre criminelle du 6 mars 2018[21], les enfants intersexués victimes hier de violences sexuelles sont exposés aux mêmes difficultés que n'importe quels autres enfants mineurs victimes de violences sexuelles : la prescription de l'action publique, acquise en raison de l'impossibilité des victimes de porter plainte, compte tenu de leurs traumatismes psychologiques causés par les violences sexuelles subies. Or, pour l'ensemble de ces enfants, les dispositions de la loi du 3 août 2018 s'avère impuissante à régler cette question.

## II. Une protection des victimes d'amnésie traumatique à améliorer

L'on commencera par montrer pourquoi la loi du 3 août 2018 n'est pas parvenue à atteindre l'un de ses premiers objectifs, à savoir mieux protéger les victimes d'amnésie traumatique (A). L'on formulera ensuite les propositions nécessaires pour remédier à cet état des choses (B).

### A. L'insuffisante protection de ces victimes en droit positif

Pour comprendre pourquoi l'objectif de protection des victimes d'amnésie traumatique n'a été qu'imparfaitement atteint, il faut revenir sur les travaux préparatoires de la loi du 3 août 2018 et les confronter à la jurisprudence sur l'amnésie traumatique.

#### 1. L'amnésie traumatique dans les travaux préparatoires à la loi du 3 août 2018

Qu'il s'agisse du Rapport Flament-Calmette[22] ou du projet de loi portée par la Secrétaire d'État Marlène Schiappa, tous ces textes justifiaient l'allongement de la prescription par la nécessité d'adapter le droit pénal à une réalité scientifique nouvelle : celle de l'amnésie traumatique. Ce faisant ces textes s'inscrivaient dans les pas des lois antérieures, en partculier de la loi de 2004 dont l'un des objectifs était aussi de mieux protéger les victimes de

---

[20] L'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose en effet, selon la Cour européenne des droits de l'homme, une obligation pour les États membres de se doter d'un dispositif efficace de prévention de la torture (CEDH, 23 sept. 1998, *A. c/ Royaume-Uni*, § 22 <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-62789&filename=001-62789.pdf>). Or, tel n'est pas le cas en France compte tenu de la violation systémique de l'article 3 par les autorités françaises vis-à-vis des personnes intersexuées : « Les droits des personnes intersexuées. Chantiers à venir », *La revue des droits de l'homme*, vol. 11, 2017 <https://journals.openedition.org/revdh/2815>.

[21] Cass., crim., 6 mars 2018, 17-81.777 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000036718214>.

[22] Mission de consensus sur le délai de prescription applicable aux crimes sexuels commis sur les mineur.e.s, F. Flament et J. Calmette (dir.), *Rapport*, 10 avr. 2017 <https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/wp-content/uploads/2017/04/Rapport_MissionConsensus_VF.pdf>.

violences sexuelles souffrant d'amnésie traumatique[23]. L'exposé des motifs du projet à l'origine de la loi du 3 août 2018 justifiait par exemple ainsi l'allongement de la prescription prévu par son article 1er :

> *L'article 1er du projet de loi complète à cette fin l'article 7 du code de procédure pénale, afin de prévoir que l'action publique des crimes de nature sexuelle ou violente commis sur les mineurs se prescrit par trente années révolues à compter de la majorité de ces derniers. […]*
>
> *Cet allongement de la prescription de l'action publique permettra de donner aux victimes le temps nécessaire à la dénonciation des faits, notamment pour* ***prendre en compte le phénomène de l'amnésie traumatique****, et d'éviter ainsi l'impunité des auteurs de ces faits.*[24]

À aucun moment cependant dans les travaux préparatoires à la loi, les parlementaires ne se sont interrogés sur l'application dans le temps de cet article 1er, alors qu'en revanche une telle question s'est posée pour l'article 2 relatif à la définition du viol[25]. La question de l'entrée en vigueur n'est évoquée que très brièvement dans l'avis du Conseil d'État[26] ou dans l'étude d'impact au projet de loi[27] par une référence à l'article 112-2 du code pénal, dont il est rappelé qu'il fera obstacle à ce que l'allongement de la prescription bénéficie aux victimes d'infractions qui seraient déjà prescrites au jour de l'entrée en vigueur du projet de loi. Mais c'est tout : aucune étude sérieuse n'est menée sur le nombre de victimes privées du renforcement de leur droit.

Pourtant, du fait du caractère seulement partiellement rétroactif des lois sur la prescription[28] et du caractère relativement récent des réformes ayant introduit d'abord une suspension de la prescription jusqu'à la majorité de la personne mineure[29], puis un allongement de la prescription de dix à vingt années[30,31], le nombre de victimes laissées sur le bord de la route n'est nullement négligeable. Ainsi, pour s'en tenir aux victimes de viol, aucune des victimes nées avant le 5 août 1980 ne pourra se prévaloir du dispositif[32], pas plus que celles nées après mais qui auraient été victimes d'une agression sexuelle commise avant

---

[23] Sur cet objectif de la loi de 2004, cf. C. Hardouin-Le Goff, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, 2008, nos 1181-1182.

[24] Assemblée nationale, *Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, n° 778, p. 4 <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b0778_projet-loi>.

[25] Cf. not. les propos de M. Schiappa lors de la discussion générale du projet lors de sa lecture en séance publique au Sénat : *JO Sénat*, séance du 4 juill. 2018, p. 9083 <https://www.senat.fr/seances/s201807/s20180704/s20180704.pdf> et ceux de N. Belloubet, *idem*, p. 9085.

[26] Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs*, no 39437, 15 mars 2018, <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b0778_avis-conseil-etat.pdf>.

[27] *Étude d'impact. Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, 19 mars 2018, p. 17 <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b0778_etude-impact.pdf>.

[28] L'article 112-2 du code pénal ne prévoit l'application immédiate des lois relatives à la prescription de l'action publique qu'autant qu'au jour de l'entrée en vigueur d'une telle loi la prescription n'était pas acquise.

[29] 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, art. 16 modifiant l'article 7 du code de procédure pénal pour prévoir la suspension jusqu'à la majorité de la prescription des crimes sur mineur commis par un ascendant ou une personne ayant autorité. Le dispositif sera étendu à tous les crimes sur mineurs par l'article 25 de 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.

[30] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 72.

[31] Sur ces différentes lois et leur domaine respectif, cf. C. Hardouin-Le Goff, préc., nos 1175-1181.

[32] Cette victime ne pourrait en effet pas en principe se prévaloir de l'allongement du délai de prescription mis en place par la loi du 3 août 2018.

le 18 juin 1988 par une personne extérieure à la famille de la victime ou n'ayant pas d'autorité sur cette dernière[33].

Peut-être ce point n'a-t-il pas inquiété les parlementaires car ceux-ci pensaient que la victime d'une amnésie traumatique pourrait de toutes les façons se prévaloir d'une cause de suspension de la prescription tenant à l'existence d'un obstacle insurmontable de fait. Il ressort en effet des travaux préparatoires que cette possibilité pour le juge de retenir un obstacle insurmontable en raison d'une amnésie traumatique a été envisagée à plusieurs reprises dans la discussion et prise pour acquise. Ainsi, au Sénat, lorsqu'est présenté dans le rapport parlementaire l'amendement voté par la Commission ayant prévu la possibilité d'une expertise pour établir une éventuelle amnésie traumatique, il est indiqué, au soutien de cet amendement, que :

> « *Il est possible d'envisager que certaines maladies ou symptômes puissent, sur ce fondement, être considérés comme des obstacles de fait qui empêchent manifestement la victime de révéler les faits à la justice.* »[34]

Certes, des amendements prévoyant le recours à des expertises médicales pour établir une amnésie traumatique et faciliter ainsi la preuve d'un obstacle de fait insurmontable ont été examinés et *in fine* rejetés[35]. Mais s'ils l'ont été c'était non pas en raison de la conviction des parlementaires que l'amnésie traumatique ne serait pas un obstacle insurmontable, mais en raison de ce que ces amendements auraient été inutiles, une telle expertise étant toujours possible, et auraient en outre entravé l'office du juge en lui imposant une expertise dont on craignait qu'il ne soit obligé de la suivre.

Ainsi, pour refuser un tel amendement déposé à l'Assemblée nationale par la députée Sophie Auconie, la rapporteuse Alexandra Louis indiquait

> « *Il appartient donc à la jurisprudence, autrement dit au juge, d'apprécier in concreto les circonstances susceptibles de justifier le motif de suspension de ce délai. C'est ce qu'a fait l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 7 novembre 2014 sur l'affaire de l'octuple infanticide.* »[36]

Au Sénat, lors de la discussion en séance publique, le Gouvernement tente de s'opposer au texte de la commission prévoyant le recours à une expertise pour établir l'amnésie psycho-traumatique. Toutefois, ce refus est fondé non pas sur l'idée qu'il serait erroné de voir dans l'amnésie traumatique un obstacle insurmontable, mais par le motif que la possibilité de demander une expertise irait de soi de sorte que cette disposition serait inutile. Surtout, à cette

---

[33] Cette victime ne pourrait en effet pas en principe se prévaloir de la suspension de la prescription jusqu'à sa majorité mise en place par 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

[34] *Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, p. 36 <https://www.senat.fr/rap/l17-589/l17-5891.pdf>.

[35] S. Auconie et al., Amendement 67, <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/0938/AN/67> rejeté : *JOAN*, 2e séance du 15 mai 2018, p. 3802 < http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/cri/2017-2018/20180211.pdf>. Pour le Sénat, cf. les amendements COM-17, 22 et 25 adoptés par la Commission des lois (*Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, p. 35-36 <https://www.senat.fr/rap/l17-589/l17-5891.pdf>) mais finalement écartés lors de la Commission mixte paritaire.

[36] *JOAN*, 2e séance du 15 mai 2018, p. 3802 < http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/cri/2017-2018/20180211.pdf>.

occasion, la Ministre de la Justice prendra bien la peine d'indiquer que l'obstacle insurmontable peut se présenter dans n'importe quelle affaire et qu'il n'est pas nécessaire dès lors de mentionner explicitement l'amnésie traumatique :

> « *l'article 9-3 du code de procédure pénale prévoit que l'existence d'un obstacle de fait insurmontable rendant impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique est une cause de suspension de la prescription.* ***Il est inutile de préciser dans l'article 708-48 du code de procédure pénale qu'une expertise peut être ordonnée pour vérifier l'existence d'un tel obstacle ; cette possibilité va de soi. Une telle disposition n'est pas normative.***
>
> *Au surplus, l'article 708-48 ne traite que des expertises diligentées dans des procédures qui portent sur des crimes ou délits de nature sexuelle ou violente commis contre les mineurs prévus à l'article 708-47.* ***Or l'existence d'un obstacle de fait insurmontable rendant impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique peut se présenter dans n'importe quelle affaire. Il est dès lors injustifié de faire référence à cette hypothèse uniquement pour certaines procédures***. » (mis en gras par nous)

Finalement, à l'occasion de la commission mixte paritaire, cet amendement sur l'expertise voté par le Sénat mais rejeté par l'Assemblée sera supprimé, mais rien ne suggère qu'il l'ait été en raison de la conviction que l'amnésie traumatique ne pourrait pas être un obstacle insurmontable. Ce sont vraisemblablement bien davantage les arguments mis en avant par la rapporteuse à l'Assemblée nationale — ne pas entraver la liberté du juge — et la Ministre de la Justice au Sénat — l'inutilité de la disposition — qui l'auront finalement emporté.

Pour clore cet examen des travaux préparatoires à la loi du 3 août 2018, il apparaît donc que la solution conçue par les parlementaires était censée assurer une protection efficace des victimes d'amnésie traumatique que ce soit par le biais de l'allongement explicite de la durée de la prescription ou la réaffirmation de ce que les victimes de violences sexuelles pourraient quoi qu'il en soit bénéficier d'une suspension de la prescription en présence d'un obstacle insurmontable résultant de l'amnésie traumatique.

Ce souhait s'est néanmoins trouvé contrarié par la réalité jurisprudentielle que le législateur avait semble-t-il ignoré et qui a perduré par la suite.

2. <u>La jurisprudence sur l'amnésie traumatique</u>

À l'époque des travaux préparatoires à la loi du 3 août 2018, la jurisprudence avait déjà été amenée à statuer à de plusieurs reprises sur la qualification de l'amnésie traumatique comme d'un obstacle insurmontable. Elle avait alors considéré que les obstacles de nature psychologiques rencontrés par des victimes d'agressions ou de mutilations sexuelles ne pouvaient pas constituer un obstacle de fait insurmontable.

Ainsi, dans un arrêt du 18 juin 2013, la Cour avait déclaré prescrite l'action pour viol engagée par une victime qui rapportait pourtant la preuve d'une amnésie traumatique. La Cour avait ainsi approuvé une cour d'appel dont la décision était ainsi motivée :

> « *en matière d'infraction sexuelle, la durée du délai de prescription peut varier en fonction de l'âge de la victime ou de la qualité de l'auteur de l'infraction ; que, cependant,* ***aucun texte et aucune décision de justice n'ont fixé son point de départ à la date à laquelle la victime en avait eu connaissance*** *; qu'au surplus, le conseil de Mme X... invoque un certificat délivré par un psychiatre relevant une «* ***amnésie lacunaire fréquemment rencontrée dans les suites de traumatisme infantile*** *», mais qu'****il ne saurait être déduit de cette phrase que le sujet se serait trouvé pendant trente-deux années dans une situation de totale perte de conscience*** »[37]

Le 22 juin 2016 la Cour de cassation réitérait sa position dans une affaire où la victime, avant de subir une amnésie traumatique dûment établie, avait semble-t-il parlé de son agression sexuelle à des tiers, mais d'une manière décousue et incohérente compte tenu de son état dissociatif. N'ayant pas été crue, aucune plainte n'avait été engagée et l'action publique n'avait pas mise en œuvre[38]. Là encore, la Cour de cassation approuvait la cour d'appel d'avoir écarté l'existence d'un obstacle insurmontable aux poursuites découlant de l'amnésie traumatique.

Ces décisions étaient dans la droite ligne des décisions prises localement par les représentant du ministère rejetant semble-t-il systématiquement les plaintes tardives pour viol, motif pris de la prescription de l'action publique et ce malgré la caractérisation d'une amnésie traumatique[39].

Ces décisions de la Cour de cassation doivent être rapprochées d'un autre arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 mars 2018[40]. Cet arrêt, bien que portant sur une infraction autre que le viol, permet de saisir la justification du refus de la Cour de cassation de reconnaître l'existence d'un obstacle insurmontable. En l'espèce, il s'agissait d'une personne intersexuée — celles qu'on appelait naguère les personnes hermaphrodites — qui se plaignait de mutilations sexuelles réalisées sur ses organes génitaux quand elle était mineure. Soutenant qu'elle n'avait pris conscience de ces mutilations génitales que lorsqu'elle avait découvert qu'elle était une personne intersexuée née en parfaite santé, et non une fille née avec une malformation nécessitant des opérations sur ses organes génitaux, elle avait invoqué la notion d'obstacle insurmontable. La chambre de l'instruction, confirmée par la cour d'appel, s'y était opposée au motif « que sauf à adopter un raisonnement empreint de subjectivisme, le poids d'une pensée dominante, qui reflète l'état de la société en un temps donné, ne saurait caractériser un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites ». Ainsi donc, dans cette affaire, comme dans celle relative au viol, c'est le caractère trop subjectif de l'obstacle qui, pour la jurisprudence, empêche de le considérer comme un obstacle insurmontable aux poursuites.

Ces arrêts, tous inédits, n'étaient sans doute pas connus des parlementaires ou du gouvernement ou, à supposer qu'ils l'étaient, leur portée n'avait pas été bien mesurée. En effet, lorsque la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'obstacle insurmontable est

---

[37] Cass. crim. 18 juin 2013, n° 13-81.129 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000028356550>

[38] Cass. crim., 22 juin 2016, n° 15-81.096 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000032774976>.

[39] Cf. la décision du procureur évoquée dans CA Bordeaux, 6 mai 2015, 13/04091 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000030572524>.

[40] Cass., crim., 6 mars 2018, 17-81.777 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000036718214>.

évoquée dans les travaux préparatoires, est seul cité l'arrêt de 2014[41] ayant admis un tel obstacle de fait pour un octuple infanticide[42]. Cette mauvaise connaissance explique pourquoi, tout en affirmant leur conviction que l'amnésie traumatique pouvait constituer un obstacle insurmontable, ni le Gouvernement ni le Parlement n'ont ressenti la nécessité de contrecarrer la jurisprudence qui l'excluait.

L'on aurait pu espérer que la Cour de cassation décide de faire évoluer sa jurisprudence sur l'amnésie traumatique à la lecture des débats parlementaires relatifs à la loi du 3 août 2018 ou des critiques doctrinales ayant entre temps dénoncé l'inconventionnalité de sa jurisprudence[43].

Il n'en a rien été. Ainsi, par une décision du 17 octobre 2018 — la première sur le sujet publiée au *Bulletin de la Cour de cassation* —, la Cour a affirmé, dans des termes on ne peut plus clair, que l'amnésie traumatique ne pouvait pas constituer un obstacle insurmontable :

> *Attendu que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu, l'arrêt retient […] que l'**amnésie traumatique invoquée par la partie civile ne peut être considérée comme constituant un obstacle de fait insurmontable** et assimilable à la force majeure ayant pu suspendre le délai de prescription ;*
> *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, […] **la chambre de l'instruction a fait l'exacte application des textes** visés aux moyens ;*

Pour comprendre les raisons de ce refus, il est utile de se tourner vers les conclusions de l'avocat général Renaud Salomon sous cet arrêt[44]. On y apprend deux choses. D'une part, il résulte de l'historique des lois sur la prescription réalisé par ce magistrat que la loi du 3 août 2018 n'est pas mentionnée, ce qui peut expliquer pourquoi il n'est tenu aucun compte de la volonté du législateur de mieux protéger les victimes d'amnésie traumatique. D'autre part, retraçant la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'amnésie traumatique, celui-ci en indique quelles en sont selon lui les raisons profondes :

> « *ce courant prétorien vise à rejeter d'une certaine façon toute "suspension putative de la prescription", c'est à dire, tout obstacle empêchant la victime d'agir, qui n'existerait que dans son esprit. Admettre le contraire reviendrait à n'attacher crédit qu'aux seules déclarations, nécessairement subjectives, de la victime, alors que la suspension de la prescription de l'action publique suppose au contraire des éléments objectifs, susceptibles d'être prouvés* ».

Un an et demi plus tard, alors que la mission d'évaluation de la loi du 3 août 2018 avait débuté, la Cour maintint sa solution par un arrêt du 25 mars 2020 où était posée la question de la conformité à la Constitution de sa jurisprudence sur l'amnésie traumatique. À l'occasion de ce contentieux, la Cour estima que la question de la constitutionnalité de sa jurisprudence n'était pas sérieuse, ce qui la conduisit à refuser de transmettre sa question au Conseil

---

[41] Cass. AP. 7 nov. 2014, n° 14-83.739 < https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000029740771>.

[42] *JO AN*, 2e séance du 15 mai 2018, p. 3802 <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/cri/2017-2018/20180211.pdf>.

[43] « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle mutilation juridique par la Cour de cassation ? », *RJSP*, n 15, 2018, p. 71-104.

[44] Que celui-ci soit remercié pour nous les avoir adressé.

constitutionnel[45]. Cette fois, cependant, il ressort de l'examen des travaux préparatoires à l'arrêt que la loi du 3 août 2018 a été prise en compte. D'une part, en effet, l'avocate général Annabelle Philippe mentionne, pour les victimes d'amnésie traumatique, les apports de cette loi en matière d'allongement de la prescription , mais elle le fait juste après avoir rappelé les lois antérieures et avoir souligné qu'il en résultait que celles-ci ne s'appliquaient pas aux infractions déjà prescrites[46]. D'autre part, les propos du rapporteur sous cet arrêt suggèrent que certains magistrats de la formation auraient été prêts, s'il n'y avait eu cette précision sur la force majeure ajoutée en 2017[47], à considérer l'amnésie traumatique comme un obstacle insurmontable. Or, une telle évolution pourrait s'expliquer par la meilleure prise en compte des objectifs du législateur dans la loi du 3 août 2018[48], à moins qu'elle ne s'explique par une meilleure connaissance des magistrats de l'amnésie traumatique, grâce à des publications récentes dans une revue très lue des magistrats : *Les Cahiers de la Justice*[49].

Quoi qu'il en soit, la **conclusion de l'examen de cette jurisprudence sur l'amnésie traumatique est la suivante** : en l'état du droit, **les victimes de viol souffrant d'amnésie traumatique nées avant 1980** voire au-delà pour certaines d'entre elles, **continuent malgré la loi du 3 août 2018 à voir leur action déclarée prescrites, tout comme celles nées après ces dates et dont l'amnésie traumatique ne cessera qu'au-delà de leur 48e année**.

Cette conclusion n'est pas satisfaisante, non pas tant pour des raisons politiques sur lesquelles il n'y a pas lieu pour nous de nous prononcer, mais pour des raisons strictement juridiques tenant à sa contrariété avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Voilà pourquoi, il convient de renforcer le dispositif de protection des victimes d'amnésie traumatique introduit par la loi du 3 août 2018.

B. L'obligatoire renforcement de cette protection en droit prospectif

La solution qu'apporte le droit positif aux victimes d'amnésie traumatique met la France en contradiction avec ses engagements internationaux vis-à-vis du Conseil de l'Europe et l'expose à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme qui aura à statuer prochainement sur question ou à tout le moins une question similaire[50]. Il aurait pu être mis un terme à cette contradiction par le Conseil constitutionnel si la Cour de cassation avait accepté, dans l'arrêt précité du 25 mars 2020, de renvoyer au Conseil la question de la constitutionnalité de sa jurisprudence sur l'amnésie traumatique. Toutefois, nous l'avons souligné plus haut, il n'en a rien été. Dans ces conditions et sans attendre une condamnation

---

[45] Cass., crim., 25 mars 2020, n° 19-86.509 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?&idTexte=JURITEXT000041795467>.

[46] « le fait que depuis 1989, le législateur a, à plusieurs reprises, modifié les règles de prescription en matière de crimes et délits de nature sexuelle commis sur des mineurs pour les allonger, nous indique bien que la prescription des faits étant intervenus avant l'entrée en vigueur de ces lois successives était bien considérée comme acquise et ne pouvant être remise en cause. / Plus spécifiquement sur la question de l'amnésie traumatique, on peut souligner que le législateur, dans le cadre du vote de la loi n°2018-703 du 3 août 2018 a de nouveau allongé les délais de prescription concernant les crimes sexuels commis à rencontre de mineurs pour tenir compte de cette problématique spécifique, comme cela résulte expressément des débats parlementaires. »

[47] Sur laquelle cf. *infra*.

[48] « Si l'amnésie traumatique est un obstacle de fait, qui **peut être insurmontable et rendre impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique**, est-elle, pour autant, assimilable à la force majeure ? » (mis en gras par nous).

[49] Cf. not. les articles de Denis Salat et Béatrice Coscat-Williams dans le dossier *La crise des institutions de l'oubli*, 2016|4 et, surtout M. Salmona, « La mémoire traumatique : violences sexuelles et psycho-trauma », *in Les maltraitances infantiles*, 2018|1, p. 69-87.

[50] L'arrêt précité du 6 mars 2018 fait actuellement l'objet d'une requête devant la Cour et il semblerait qu'il en sera de même dans l'affaire du 25 mars 2020.

par la Cour européenne qui ouvrirait aux victimes les portes des prétoires, une intervention du législateur peut s'avérer opportune pour éviter que ne se réalisent d'autres violations des droits fondamentaux des victimes d'agressions sexuelles. Avant de formuler des propositions en ce sens (2), il importe d'abord de mettre en lumière l'inconventionalité du dispositif actuel (1).

1. L'inconventionnalité du dispositif actuel

Le refus de la Cour de cassation d'ouvrir les prétoires aux victimes de violences sexuelles ayant souffert d'amnésie traumatique conduit à priver ces victimes d'un certain nombre de droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (a). En outre, cette jurisprudence apparaît reposer sur une discrimination indirecte prohibée par cette même convention (b).

a. Une jurisprudence méconnaissant les droits garantis par la Convention

En premier lieu, cette jurisprudence méconnaît les droits d'enquête et d'accès effectif à un tribunal garantis par les articles 2, 3 et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

i. La violation du droit à une enquête

S'agissant du droit à l'enquête, on limitera notre démonstration à la preuve d'une violation de l'article 3, étant entendue qu'une démonstration similaire pourrait être développée sur le terrain de l'article 2 protégeant le droit à la vie[51], la Cour européenne des droits de l'homme déduisant globalement de ces deux textes un même droit à l'enquête[52].

Il importe de préciser le cadre général de ce droit à l'enquête, puis d'appliquer ce cadre au cas d'espèce.

Cadre général du droit à l'enquête

S'agissant du cadre général de l'article 3, la Cour européenne des droits de l'homme, depuis son arrêt de 1998 *Assenov et autres c/ Bulgarie*, juge que pèse sur les États une obligation positive d'enquêter sur les allégations défendables de traitements inhumains et dégradants :

> « *Lorsqu'un individu formule une allégation défendable de sévices contraires à l'article 3, la notion de recours effectif implique, outre une enquête approfondie et effective du type de celle qu'exige l'article 3 (paragraphe 102 ci-dessus), un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête et le versement d'une indemnité là où il échet* »[53]

[51] Ce texte serait en effet applicable aux victimes de viol dont la qualité de vie a été particulièrement atteinte ou à celles qui ont été exposées à un risque de mort soit directement à la suite du des agressions sexuelles subies, soit de manière différés à raison des traumatismes psychiques les ayant conduit à des tentatives de suicide.

[52] CEDH, 6 avr. 2000 [GC], *Labita c. Italie*, § 131 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63300> ; CEDH, 8 janv. 2009, *Iribarren Pinillos c. Espagne*, §49-50 <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-90437>. *Adde* CEDH, 3 mars 2015, *S.Z. c. Bulgarie*, §44 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152630>.

[53] CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et a. c/ Bulgarie*, § 117 <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62813>.

Ce droit à une enquête n'implique pas seulement le versement d'une indemnité civile, la Cour a par la suite transposé à l'article 3 sa jurisprudence relative aux contours de l'obligation d'enquête tirée de l'article 2. Ainsi a-t-elle considéré dans l'affaire de Grande chambre, *Labita c. Italie* que cette obligation d'enquête « *doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables […]. S'il n'en allait pas ainsi, nonobstant son importance fondamentale […], l'interdiction légale générale de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique, et il serait possible dans certains cas à des agents de l'Etat de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits de ceux soumis à leur contrôle* »[54]. De là, la Cour en est venu à considérer, notamment dans l'arrêt de Grande chambre *Gäfgen c. Allemagne* de 2010, que les États devaient « *s'employer à poursuivre et punir les responsables* », sans quoi les auteurs de ces violences pourraient agir « pratiquement en toute impunité, et l'interdiction légale absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants serait dépourvue d'effet utile en dépit de son importance fondamentale »[55]. Ce n'est évidemment pas une obligation de résultat compte tenu des obstacles matériels pouvant surgir lors de l'enquête, mais c'est bien une obligation de moyen puisque, pour la Cour « *les juridictions nationales ne sauraient en aucun cas se montrer disposées à laisser impunies des atteintes* » à l'intégrité physique et morale des personnes[56].

Par ailleurs, la Cour a déjà eu l'occasion d'exprimer sa réticence à l'idée que la prescription puisse faire obstacle au droit à une enquête. Ainsi, dans au moins deux affaires où la prescription avait été opposée à des victimes de traitements inhumains et dégradants — *S.Z. c. Bulgarie* et *Valiuliene c. Lituanie*[57] —, la Cour a conclu à la violation de l'obligation positive des États de garantir une enquête, dès lors notamment que l'acquisition de cette prescription était liée en l'espèce au comportement des autorités judiciaires dont la Cour a estimé qu'elles avaient manqué à leur obligation de moyen. La Cour ainsi pu déclarer dans la seconde « *que le but d'une protection efficace contre les mauvais traitements ne saurait être tenu pour atteint lorsqu'une procédure pénale a été close au motif que les poursuites étaient prescrites* »[58].

Cette réticence de la Cour vis-à-vis de l'idée que la prescription puisse être un obstacle au droit à une enquête est en accord avec le principe, régulièrement affirmée par la Cour, selon lequel l'article 3 consacrerait des droits absolus auxquels il ne saurait être dérogé, contrairement à d'autres article de la Convention, tels les articles 6 sur le droit à un procès équitable et 8 sur le droit au respect de la vie privée.

Cela étant, il faut reconnaître qu'à ce jour la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore été saisie d'affaires qui l'aurait conduit à affirmer que la prescription ne peut pas faire obstacle en soi au droit à une enquête. Le fera-t-elle lorsque ce jour arrivera ? Il est permis de le penser pour deux raisons. Premièrement, le rejet de la prescription comme obstacle à l'enquête a été clairement affirmé par le Comité de l'ONU contre la torture dont les

---

[54] CEDH, 6 avr. 2000 [GC], *Labita c. Italie* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63300>. *Adde* CEDH, 3 mars 2015, *S.Z. c. Bulgarie*, §44 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152630>.

[55] CEDH, 1er juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne* [GC], § 119 <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-99040>.

[56] CEDH, *Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], 24 mars 2011, §306 <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104099>. La Cour commence par y affirmer qu'en raison de ses obstacle il n'existe pas de « droit pour un requérant de faire poursuivre ou condamner au pénal des tiers » ; mais elle ajoute aussitôt que le requérant a bien droit à ce que les autorités ne se montrent pas « disposées à laisser impunies des atteintes à la vie », ce qui revient à leur imposer une obligation de moyen de poursuivre et punir l'auteur de ces atteintes. Le raisonnement sera transposé au droit à l'intégrité physique dans les arrêts CEDH, 3 mars 2015, *S.Z. c. Bulgarie*, §46 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152630> et CEDH, 26 mars 2013, *Valiuliene c. Lituanie*, §85 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118290>.

[57] Cf. les références à la note précédente.

[58] CEDH, 26 mars 2013, *Valiuliene c. Lituanie*, §85 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118290>.

observations sont prises en compte par la Cour pour l'interprétation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Voici ce qu'on peut lire dans les *Observations générales n° 3* de ce comité :

> *40. Compte tenu du caractère continu des effets de la torture, il ne devrait pas y avoir de prescription car cela reviendrait à priver les victimes de la réparation, l'indemnisation et la réadaptation qui leur sont dues. Pour de nombreuses victimes,* ***le passage du temps n'atténue pas le préjudice qui, dans certains cas, peut même s'aggraver du fait d'un syndrome post-traumatique*** *nécessitant une prise en charge médicale et psychologique et un soutien social, souvent inaccessibles pour qui n'a pas obtenu réparation.* ***Les États parties doivent veiller à ce que toutes les victimes*** *de torture ou de mauvais traitement,* ***indépendamment de la date à laquelle la violation a été commise*** *ou du fait qu'elle a été commise par un régime précédent ou avec son assentiment* ***soient en mesure de faire valoir leurs droits à un recours et d'obtenir réparation****.*[59]

Deuxièmement, deux ans après ces observations générales du Comité contre la torture, dans une affaire *Mocanu et autres c. Roumanie*[60], la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de montrer qu'elle adhérait pleinement à ces observations, en particulier sur le sujet de la prescription. Voici ce qu'écrit la Cour dans cet arrêt après avoir cité *in extenso* les paragraphes 37 à 40 des *Observations générales n° 3* du Comité contre la torture :

> *274.* ***La Cour reconnaît, à l'instar du Comité contre la torture*** *des Nations unies, cité par le tiers intervenant,* ***que les conséquences psychologiques des mauvais traitements infligés par des agents de l'État peuvent aussi nuire à la capacité des victimes à se plaindre*** *des traitements subis et, ainsi, constituer un obstacle majeur à l'exercice du droit à réparation des victimes de torture et autres mauvais traitements (Observation générale no 3, 2012, § 38, au paragraphe 190 ci-dessus). Ce type de facteurs peut avoir pour effet de rendre la victime incapable d'entreprendre les démarches nécessaires pour intenter sans délais des poursuites à l'encontre de l'auteur des faits.*

Certes, ces propos n'ont pas été tenus à propos du droit d'enquête découlant de l'article 3, mais à propos de la condition de délai imposée pour saisir la Cour européenne des droits de l'homme. Pour autant, en raison *primo* la proximité des sujets (des délais pour agir en justice dans les deux cas), *secundo* de l'adhésion manifestée par la Cour aux recommandations du Comité contre la torture et *tertio* de ce que nous avons dit plus haut sur la jurisprudence actuelle de la Cour sur l'article 3, l'on peut conclure conclure que très vraisemblablement la Cour européenne sera amenée à juger, lorsque la question lui sera posée, que la prescription ne peut pas en soi être opposée aux victimes d'acte de tortures ou d'autres traitements inhumains et dégradants. Ceci étant indiqué, appliquons maintenant ces observations générales au problème de prescription rencontré par les victimes d'amnésie traumatique.

---

[59] ONU, Comité contre la torture, *Observation générale (n° 3). Application de l'article 14*, 13 déc. 2012 <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskvE%2BTuw1mw%2FKU18dCyrYrZkEy%2FFL18WFrnjCrilKQJsLFPUpcZtY9nbb5OJ7mP9UoyzqkuQ6%2B%2FRJbTk6RknZ%2BW3LtlfeYlzwosF%2BPTCiDlA>.

[60] Cf. not. CEDH, 17 sept. 2014, *Mocanu et a. c. Roumanie*, §190 < http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146539>.

Application de ce cadre en l'espèce

Premièrement, il faut observer qu'il ne fait aucun doute que le problème rencontré par les victimes de violences sexuelles souffrant d'amnésie traumatique rentre dans le champ de l'article 3. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet qualifié en plusieurs occasions le viol de traitement inhumain et dégradant[61]. Cela l'a notamment conduit, dans l'affaire *B.V. c. Belgique*[62], à faire bénéficier les victimes de viol du droit à une enquête et à sanctionner cet État pour le défaut d'une telle enquête.

Deuxièmement, quand bien même la Cour viendrait à juger que la prescription n'est pas en soi incompatible avec le droit des victimes de traitements inhumains et dégradants à une enquête, il apparaît que la situation des victimes d'amnésie traumatique est comparable à celle des victimes dans les affaires *S.Z. c. Bulgarie* et *Valiuliene c. Lituanie* précitée, de sorte que la Cour devrait aussi considérer qu'il y a là une violation de l'article 3. En effet, pour toutes ces victimes souffrant d'amnésie traumatique, l'acquisition de la prescription ne résulte pas à proprement parler des règles de la prescription fixée par le législateur, mais du choix des instances judiciaires à ne pas tout mettre en œuvre pour que ne restent pas impunies les atteintes à l'intégrité physique des personnes. En décidant que l'amnésie traumatique ne pouvait pas constituer un obstacle insurmontable, alors que d'autres interprétations étaient possibles et défendables[63], la Cour de cassation pourrait être considérée comme l'une des responsables de l'acquisition de la prescription. Son comportement ne semble pas fondamentalement différent de celui des autorités judiciaires qui, dans les affaires *S.Z. c. Bulgarie* et *Valiuliene c. Lituanie* laissent filer les délais de prescription et privent la victime du droit à une enquête susceptible d'aboutir à la condamnation des responsables. Dans un cas, on laisse filer un délai, dans l'autre on le raccourcit alors qu'il aurait pu être prolongé.

Certes, cette jurisprudence de la Cour de cassation n'interdit pas en soi au ministère public de diligenter des enquêtes et, effectivement, certains procureurs ouvrent de telles enquêtes malgré la prescription. Est-ce ce cependant suffisant au regard du droit à l'enquête tel que consacré par la Cour européenne des droits de l'homme ? Nullement et cela pour deux raisons. Premièrement, ces décisions d'ouvrir des enquêtes ne sont en aucun cas généralisées sur le territoire français et laissent place à un arbitraire incompatible avec les exigences découlant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Trop de victimes ne bénéficient pas de ces enquêtes, à commencer par celles qui s'en sont plaintes jusque devant la Cour de cassation, comme ce fut le cas dans les arrêts de la Cour de cassation examinés plus haut. Deuxièmement, quand bien même ces enquêtes seraient ouvertes, elles ne peuvent jamais déboucher sur la punition des responsables du fait de la prescription. Or, en fermant toute possibilité que l'enquête sur des faits de violences sexuelles n'aboutisse à une condamnation du fait de la prescription acquise en raison notamment de l'amnésie de la victime consécutive à la commission de l'infraction, la Cour de cassation paraît « se montrer disposée à laisser impunie » de telles violences, pour reprendre le vocabulaire de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans ces conditions, cette jurisprudence de la Cour de cassation, combinée à l'absence de droit pour les victimes de bénéficier d'une enquête effective, constitue sans aucun doute à nos yeux une violation du droit à l'enquête prévu par l'article 3. Là n'est toutefois pas le seul

---

[61] CEDH [GC], 25 sept. 1997, *Aydın et a. c. Turquie*, n° 23178/94, §83 <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62660>.
[62] CEDH, *B.V. c. Belgique*, 2 mai 2017, §55-71 <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-173246>.
[63] Cf. *infra*.

problème soulevé par cette jurisprudence, laquelle interroge aussi au regard du droit d'accès aux tribunaux.

ii. La violation du droit d'accès aux tribunaux

La décision de la Cour de cassation de refuser aux victimes d'amnésie traumatique la possibilité d'invoquer un obstacle insurmontable de la prescription de l'action publique méconnaît non seulement l'article 3, mais aussi l'article 6§1 de la Convention qui protège le droit d'accéder à un tribunal en matière civile. Commençons là encore par rappeler le cadre général applicable au droit d'accès à un tribunal avant de l'appliquer en l'espèce.

Cadre général du droit d'accès à un tribunal

S'agissant du cadre général, l'arrêt de principe relatif aux rapports entre la prescription et le droit d'accéder à un tribunal est l'affaire *Stubbings et autre c. Royaume-Uni*[64]. Dans cette affaire, dont les faits sont proches de ceux que connaissent les victimes d'amnésie traumatique, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'en vertu de l'article 6 les États devaient prendre garde à ce que les règles de prescriptions « *ne restreignent pas l'accès [des tribunaux] ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* ». En l'espèce, il s'agissait notamment d'une personne mineure victime d'agressions sexuelles qui, plusieurs années après les faits, avait tenté d'obtenir sur le terrain civil la réparation des dommages subis à la suite de ces infractions pénale. S'étant vue opposée la prescription, elle avait soutenu que l'application des règles sur la prescription avait violé son droit d'accès à un tribunal dès lors qu'elle n'avait été en mesure d'agir en justice que lorsqu'elle avait pris conscience, à la suite de consultations psychologiques, que ses troubles psychiques étaient en réalité liées à des agressions sexuelles subies dans son enfance. Si la Cour a finalement rejeté la requête de la victime, c'est parce qu'elle a considéré que son action civile pouvait encore être engagée sur le terrain pénal, le droit anglais ne connaissant en effet, pour les crimes les plus graves dont celui de violence sexuelle sur mineur, aucune prescription des actions publiques et civiles.

Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé sa jurisprudence en indiquant les conditions dans lesquelles des règles de prescription violeraient l'article 6. Ainsi a-t-elle pu juger dans l'affaire *Eşim c/ Turquie* de 2013 que, « *dans les affaires d'indemnisation des victimes d'atteinte à l'intégrité physique, celles-ci doivent avoir le droit d'agir en justice lorsqu'elles sont effectivement en mesure d'évaluer le préjudice subi* »[65]. De même, dans l'affaire *Howald Moor c. Suisse* de 2014, la Cour a jugé que, « *lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription* ».

Application de ce cadre en l'espèce

La transposition de ces solutions au cas de l'amnésie traumatique ne laisse guère de doutes sur la contrariété de la jurisprudence de la Cour de cassation avec l'article 6. Ici, en effet, contrairement à l'affaire *Stubbings* précitée, les victimes d'agressions sexuelles souffrant d'amnésie traumatique n'ont aucun accès à la voie pénale et la voie civile leur semble également fermée puisque les règles sur la prescription en matière pénale sont dérivées de celles du droit civil, en particulier de l'adage *contra non valentem* identique en

[64] CEDH, 22 oct. 1996, *Stubbings et a. c. Royaume-Uni*, §50-57 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62638>.
[65] CEDH, 17 sept. 2013, *Eşim c/ Turquie*, §25 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126355>.

droit civil et en droit pénal. En outre, la découverte par la victime de son amnésie ne s'accompagnant semble-t-il pas d'une aggravation de son préjudice, il ne paraît pas possible de reporter le point de départ de la prescription en invoquant une consolidation du dommage[66]. En tout état de cause, nous n'avons trouvé dans la jurisprudence aucune semblable décision ni *obiter dicum* invitant les victimes à agir en ce sens, de sorte qu'il sera très difficile à l'État français, dans le cadre des procédures pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme, de convaincre la Cour que les victimes pouvaient agir sur le terrain civil[67]. Dès lors, du fait de l'amnésie traumatique, les victimes d'agressions sexuelles se trouvent dans la même situation que les victimes dans les affaires *Eşim* ou *Howald Moor* précitées : elles ne peuvent agir car, au jour où elles prennent pleinement conscience des violences sexuelles subies, les actions qui leur permettrait d'obtenir réparation de leur préjudice sont réputées déjà prescrites en application de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'amnésie traumatique. En conclusion, l'impossibilité des victimes d'amnésie traumatique à saisir un tribunal pour y obtenir la réparation de leur dommage, est bien contraire à l'article 6.

Ajoutons, pour terminer, que l'admission de la solution inverse — permettre aux victimes d'invoquer un obstacle insurmontable — ne remettrait nullement en cause les droits fondamentaux du requérant, en particulier son droit à un procès équitable découlant du même article 6 de la Convention. Il est en effet parfois avancé que les règles sur la prescription auraient pour objectif d'éviter le risque de déperdition des preuves permettant à l'accusé de se défendre, de sorte qu'une extension de la prescription pourrait être problématique au regard du droit de l'accusé de se défendre de manière équitable[68]. L'argument est très faible. Premièrement, il repose sur une confusion entre le droit à un procès et l'issue de ce procès en fonction des éléments de preuves qui auront été présentés. Permettre à la victime d'amnésie traumatique d'accéder à un juge ne veut pas dire qu'elle aura droit à une indemnisation de ce seul fait. Une chose est l'ouverture du procès, une autre est le traitement des preuves. Deuxièmement, dans les cas où l'amnésie serait prouvée à partir d'examens médicaux, il restera à la victime d'établir qu'une infraction a bien été commise par la personne qu'elle désigne. Or, l'on imagine mal, compte tenu du risque — certes faible — de déformation des souvenirs[69], que les juges se fondent sur ce seul souvenir réapparu — aussi précis soit-il — pour entrer en voie de condamnation. Les expériences de droit comparé montrent qu'en

[66] Les patients victimes d'amnésie traumatique ont en effet un préjudice stabilisé et souffrent dès avant le retour de leur mémoire de différents traumatismes. Sur ces divers traumatismes cf. F. Dégeilh *et al.*, « Altérations mnésiques dans l'état de stress post-traumatique : résultats comportementaux et neuro-imagerie », *Revue de neuropsychologie*, 2013/1, p. 45-55.

[67] Rappr. CEDH, 4 déc. 2003, *M.C. c. Bulgarie*, §173 <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-66079>, où la Cour accepte la thèse des requérants selon laquelle le droit interne ne permettait pas une protection efficace de certaines victimes, dans la mesure où l'État ne rapportait pas la preuve de décisions en sens inverse.

[68] Rappr. CEDH, 9 janv. 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, §135-140 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115959>, condamnant l'Ukraine pour l'absence de délais de prescriptions des poursuites disciplinaires engagées à l'encontre des magistrats. La portée de l'arrêt paraît cependant devoir être limitée au contexte particulier des poursuites contre des juges, lequel a un impact important sur leur indépendance, ainsi que l'avaient relevé nombre d'experts internationaux de l'indépendance de la justice sur l'avis desquels s'appuie la Cour pour rendre sa décision. En outre, l'arrêt ne contient aucune formule générale sur les poursuites disciplinaires mais s'en tient au contexte des poursuites contre des magistrats. Cf. le § 140 (souligné par nous) : « Si elle ne juge pas approprié d'indiquer quelle devrait être la durée du délai de prescription, la Cour considère néanmoins qu'une approche aussi illimitée des affaires disciplinaires *concernant des membres de l'ordre judiciaire* menace gravement la sécurité juridique. »

[69] Sur ce risque cf. M. Salmona , « Chapitre 7. L'amnésie traumatique : un mécanisme dissociatif pour survivre », *in* R. Countanceau (dir.), *Victimologie. Evaluation, traitement, résilience*, Dunod, 2018, p. 71-85.

pratique les condamnations sont prononcées lorsqu'à la suite de la réminiscence des enquêtes sont menées et que celles-ci permettent la découverte d'autres faits[70]. Dès lors, les difficultés probatoires seront les mêmes pour le ministère public et la victime que pour l'accusé ; la caractérisation d'une atteinte à l'égalité des armes est donc difficilement concevable. Cela étant, même à supposer que dans des circonstances particulières des difficultés probatoires pèsent exclusivement sur l'une des parties, il sera toujours possible aux juridictions, au moyen d'une approche *in concreto* de rejeter la requête. Troisièmement, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'admissibilité et l'appréciation des preuves sur le fond relèvent en principe de la seule compétence des juridictions internes, auxquelles il revient de peser les éléments recueillis par elles[71]. Dès lors, le choix des juridictions françaises de condamner l'auteur de violences sexuelles sur la base de preuves anciennes ne serait pratiquement pas contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme et ne donnerait donc pas lieu à condamnation. La Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ne s'y sont pas trompés lorsqu'ils ont été interrogés sur la conventionnalité ou la constitutionnalité de l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires ayant un temps existé pour les avocats et lorsqu'ils ont validé ce dispositif en prenant en compte l'une comme l'autre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[72]. Pour toutes ces raisons, l'on ne peut qu'écarter la crainte selon laquelle admettre qu'un obstacle insurmontable puisse être caractérisé en raison d'une amnésie traumatique serait en soi incompatible avec les droits de l'auteur de l'infraction à un procès équitable garanti par l'article 6. Du point de vue de la suspension de l'action civile à raison d'un obstacle insurmontable résultant d'une amnésie traumatique, aucune conciliation n'est donc à mener entre le droit de la victime d'accéder à un tribunal et le droit de l'auteur du dommage à un procès équitable. Une violation du droit de la victime de violences sexuelles à saisir un tribunal peut donc être sans difficulté être caractérisée.

Une telle violation est par ailleurs d'autant plus préoccupante qu'il peut être par ailleurs montré que la jurisprudence de laquelle elle procède est constitutive d'une discrimination à l'égard des femmes.

b. Une jurisprudence discriminatoire

La jurisprudence de la Cour de cassation sur l'obstacle insurmontable n'est pas seulement contraire aux droits à une enquête et à un tribunal, elle est aussi discriminatoire vis-à-vis des femmes. Ce caractère discriminatoire n'est au premier abord pas évident. En effet, il ne résulte pas d'une forme manifeste de discrimination, dite « discrimination directe », et consistant à traiter explicitement les femmes différemment des hommes. En effet, il ne ressort nullement des arrêts de la Cour de cassation que celle-ci aurait eu l'intention de traiter différemment les femmes des hommes, aucune référence au sexe ne résultant des explications données par les magistrats à leur jurisprudence sur l'obstacle insurmontable. Si une discrimination peut néanmoins être caractérisée c'est au regard d'une autre forme de discrimination, dite « indirecte ». Or, cette autre forme de discrimination est, selon la Cour

[70] Cf. B. Coscas-Williams , « Souvenirs refoulés ou fausse mémoire ? L'amnésie traumatique dans les jurisprudences américaine et israélienne », *Les Cahiers de la Justice*, 2016/4, p. 649-669.
[71] CEDH, 21 janv. 1999, *García Ruiz c. Espagne* [GC], § 28 <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-63457>.
[72] Cass., 10 oct. 2019, n° 18-21871 <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/822_10_43725.html> s'appuyant explicitement dans sa motivation sur la large marge nationale d'appréciation reconnue aux États membres et CC, 11 oct. 2018, 2018-38 QPC <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018738QPC.htm>, évoquant la jurisprudence de la Cour dans le commentaire et le dossier documentaire accompagnant l'arrêt.

européenne des droits de l'homme, également prohibée par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, depuis l'arrêt *Hugh Jordan* de 2001, la Cour européenne des droits de l'homme admet qu'une règle peut être discriminatoire lorsque, bien que formulée de manière neutre et sans intention de viser un groupe particulier d'individu, elle n'en crée pas moins des effets préjudiciables et disproportionnés pour ces individus[73]. Par la suite, la Cour a assoupli les conditions de preuve de la discrimination et, revenant sur ce qu'elle avait pu juger dans l'arrêt *Hugh Jordan* précité, elle a affirmé dans une affaire *Hoogendeijk c. Pays-Bas* de 2005 que, « là où le requérant peut établir, sur la base des statistiques officielles qui ne prêtent pas à controverse, l'existence d'un commencement de preuve indiquant qu'une mesure – bien que formulée de manière neutre – touche en fait un pourcentage nettement plus élevé des femmes que des hommes, il incombe au gouvernement défendeur de démontrer que ceci est le résultat des facteurs objectifs qui ne sont pas liés à une discrimination fondée sur le sexe »[74]. Ce point a été confirmé et précisé par la Grande chambre elle-même de la Cour dans l'affaire *D.H. c. République Tchèque* de 2007 où la Cour a jugé que, « lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant »[75].

Si l'on applique maintenant ces principes au cas de la prescription frappant les actions en justice des victimes d'amnésie traumatique, il faudrait, pour caractériser une discrimination indirecte, établir que la notion d'obstacle insurmontable entraîne un désavantage particulier pour les femmes par rapport aux hommes d'une part et que ce désavantage ne procède pas de facteurs objectifs d'autre part, c'est-à-dire qu'il ne répond pas à un but légitime ou n'est pas mis en œuvre de manière proportionné au regard de ce but. En l'espèce, il peut être montré que ces deux conditions sont bien réunies.

Concernant la première condition, une étude menée en 2018[76] ne laisse aucun doute sur l'existence d'une différence de traitement entre les femmes et les hommes. Cette conclusion a été formulée à la suite de deux analyses. Une première analyse, portant sur l'ensemble des arrêts dans lesquels la Cour de cassation s'est prononcé ces dernières années sur la notion d'obstacle de fait insurmontable, a montré que si cette notion était souvent retenue *contre des femmes autrices* d'infraction — l'on se souvient de l'affaire de l'octuple infanticide citée plus haut —, elle n'avait à ce jour jamais été caractérisée dans les hypothèses où elle était invoquées *par des femmes victimes*. L'impression de discrimination tirée de cette première analyse a été corroborée par une seconde analyse, tirée cette fois de statistiques portant d'un côté sur le sexe des personnes autrices d'infractions pour lesquelles l'obstacle insurmontable avait été retenu en jurisprudence (des homicides) et de l'autre sur le sexes des victimes d'infraction où la notion d'obstacle insurmontable avait été rejetée (des viols). Cette deuxième analyse a fait ressortir une différence de traitement très nette puisque si d'un côté les crimes d'homicide où la notion d'obstacle insurmontable avait été retenue étaient commis

---

[73] Cf. l'arrêt de principe CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, §154 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59450> : « *Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group* ».

[74] CEDH, 6 janv. 2001, *Hoogendeijk c. Pays-Bas*, p. 21 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68064>.

[75] CEDH, 13 nov. 2007 [GC], *D.H. c. République Tchèque*, §188 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83258>.

[76] « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle mutilation juridique par la Cour de cassation ? », *RJSP*, n° 15, 2018 <https://f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/3033/files/2018/06/BMP-Commentaire-6-mars-2018.pdf>.

proportionnellement autant par des hommes que par des femmes[77], les crimes pour lesquels la notion d'obstacle insurmontable n'avait pas été retenue concernaient trente et une fois plus les femmes que les hommes[78], alors pourtant qu'il y a à peu près autant d'hommes que de femmes victimes de violences physiques et/ou sexuelles[79]. Incontestablement, la manière dont la Cour de cassation apprécie la notion d'obstacle insurmontable désavantage donc les femmes victimes par rapport aux hommes.

Cette première condition étant remplie, il appartiendra au Gouvernement français, dans les affaires pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme, de démontrer que cette différence de traitement répond à des raisons objectives. En l'état du droit positif, il est très improbable qu'une telle preuve puisse être rapportée par le gouvernement français et cela pour plusieurs raisons.

Premièrement, il n'est pas possible de trouver un but légitime au carcan dans lequel la Cour enserre, en matière d'infractions relatives aux personnes, le report du point de départ de la prescription ou sa suspension. Il faut en effet rappeler que, jusqu'à la réforme de la prescription pénale par la loi du 27 février 2017, la possibilité de reporter le point de départ de la prescription n'avait été admise que pour un nombre limité d'infractions, souvent des délits d'atteintes aux biens[80]. Pour les autres infractions, en particulier les crimes d'homicide ou de viol, le *report* du point de départ de la prescription fut refusé, la Cour finissant néanmoins par accepter une *suspension* à la condition très étroite d'une preuve d'un obstacle insurmontable aux poursuites[81]. Or, la doctrine, jetant un regard d'ensemble sur cette jurisprudence, n'a pas manqué de dénoncer une « casuistique fluctuante et parfois incohérente »[82] et aboutissant à des solutions « surprenante[s] » protégeant notamment mieux les atteintes aux biens que les atteintes aux personnes[83]. Pour une autrice, « [c]e système prétorien confus est l'objet de nombreuses critiques en raison notamment de sa création *contra legem* et de l'insécurité juridique qu'il génère. La répartition entre le report du point de départ et la suspension est poreuse et aléatoire au gré des décisions. En outre, la suspension pour des raisons factuelles repose sur une appréciation souveraine des juges, ce qui induit des solutions parfois surprenantes. Comment ne pas s'étonner que la suspension admise [dans l'affaire de l'octuple infanticide] ait été refusée lors d'un arrêt de la Chambre criminelle en date du 18 décembre 2013, pour des faits de viol ? »[84].

---

[77] Les homicides représentent dans les deux cas 0,1 % des infractions commises : F. Büsch et O. Timbart, « Un traitement judiciaire différent entre hommes et femmes délinquants », *Infostat Justice*, mars 2017, n° 149, <http://data.over-blog-kiwi.com/1/01/99/36/20170312/ob_cdf01a_delinquance-h-f.pdf>, figure 3, p. 3.

[78] Il y a 0,31% de femmes violées contre 0,1% d'homme violés : C. Hamel *et al.*, « Viols et agressions sexuelles en France : premiers résultats de l'enquête Virage », *Population & Société*, n° 538, nov. 2016, <https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/25953/538.population.societes.2016.novembre.fr.pdf>, tableau 1.

[79] Le chiffre était en 2011 de 5,5% pour les femmes et de 4,6% pour les hommes : T. Morin, L. Jaluzot et S. Picard, *Femmes et hommes face à la violence*, Insee Première, n° 1473, nov. 2013, <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1280920>.

[80] Sur toute cette jurisprudence, cf. C. Courtin, « Prescription de l'action publique », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, oct. 2015, n°s 59-75

[81] Cass. crim. 19 sept. 2006, n° 06-83.963 pour un homicide ; la Cour n'évoque pas ici l'obstacle insurmontable. Cass. crim. 8 déc. 2013, préc. pour un viol et où la possibilité d'une suspension en cas d'obstacle insurmontable est évoquée mais rejetée.

[82] E. Raschel, « Amnésie de la victime d'un viol : refus du recul du point de départ de la prescription », *Gaz. Pal.*, 1er févr. 2014, n° 32, p. 15. *Adde* C. Hardouin-Le Goff, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, 2008, n°s 484-490.

[83] J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *AJ Pénal*, p. 30-32.

[84] A. Darsonville, « Prescription de l'action publique : l'urgence de repenser "un système en crise" », *AJ pénal*, 2015, p. 36. *Adde* S. Détraz, « Les reculs jurisprudentiels du point de départ de la prescription de l'action publique : reporter ou suspendre ? », *Gaz. Pal.*, 19 mai 2015, n° 139, p. 4 : « la Cour de cassation ne tombe-t-elle pas de Charybde en Scylla, d'un côté en refusant de soumettre les crimes au régime jurisprudentiel de prescription façonné pour les délits, alors que la clandestinité devrait *a priori* produire les mêmes effets pour les

Deuxièmement, une analyse menée en juin 2018 sur l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la notion d'obstacle insurmontable a montré que cette jurisprudence était fondé sur l'idée d'objectivité de l'obstacle insurmontable[85], idée que nous avons retrouvée plus haut dans les conclusions de l'avocat général Salomon sous l'arrêt du 17 octobre 2018. Seul pourrait constituer un obstacle insurmontable un élément de nature objective, ce que ne serait pas l'amnésie traumatique. Un tel facteur, peut-il être considéré comme un « facteur objectif », expliquant la différence de traitement ? À notre sens, non. *Primo* car la preuve de cet obstacle insurmontable ne repose pas seulement sur les déclarations de la victime selon lesquelles elle souffrirait d'amnésie traumatique. Ces déclarations peuvent en effet être confortées par des examens médicaux objectifs ne laissant aucune place au doute[86]. Il est vrai cependant que dans certaines des affaires, les juges du fond, confirmés par la Cour de cassation, s'étaient justement refusés à ordonner toute expertise qui aurait pu permettre d'objectiver cette amnésie. *Secundo*, il peut être observé dans au moins un arrêt du 25 avril 2017[87], la Cour de cassation n'a pas manqué d'utiliser des éléments de nature subjective pour permettre la caractérisation d'un obstacle insurmontable et aboutir ainsi à la condamnation d'une femme (et de son amant) pour homicide de son mari. Dans cette affaire, la prescription aurait dû être retenue dès lors qu'il existait un témoin de l'homicide en mesure de porter plainte, de sorte qu'aucun obstacle insurmontable n'aurait dû être caractérisé. Cependant, pour considérer que ce témoin ne pouvait pas parler et que dès lors existait un obstacle insurmontable aux poursuites, la Cour de cassation a accepté de tenir compte d'un élément, qu'elle aurait ailleurs qualifié de subjectif, à savoir l'état de faiblesse psychologique de cette témoin. Celle-ci, en effet, avait par ailleurs été victime d'agressions sexuelles de la part d'un des auteurs de l'homicide, lesquelles avait généré chez elles des traumatismes psychiques l'ayant empêché de s'exprimer. Dans ces conditions, même à supposer que l'idée de subjectivité puisse constituer un but légitimant la différence de traitement observée, le fait que la subjectivité soit tantôt rejetée tantôt acceptée révèle le caractère disproportionné du moyen mis en œuvre pour atteindre ce but[88].

Par conséquent, il est très improbable que la Cour européenne des droits de l'homme considère que la différence de traitement résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la notion d'obstacle insurmontable puisse être justifiée par des raisons objectives. D'où la conclusion que cette jurisprudence sera très probablement jugée discriminatoire et contraire à l'article 14 de la Convention.

Cette violation par la France de ses engagements internationaux, combinée à celle de la violation des articles 2, 3 et 6 précités, pourrait être dès à présent corriger par le législateur, à l'occasion d'un éventuel projet de loi qui viendrait à être déposé à la suite du rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 en cours de réalisation.

---

deux catégories d'infractions, et de l'autre en instituant à la place une cause de suspension de portée générale, au risque de s'ériger ainsi en législateur ? ». Dans le même sens R. Mésa, « À propos du point de départ du délai de prescription de l'action publique et de la théorie dite des infractions clandestines », *Gaz. Pal.*, 5 avril 2014, n° 95, p. 11 ; J. Larrègue, « Report du point de départ du délai de prescription : la résistance de la cour d'appel de Paris », *Gaz. Palais*, 12 juill. 2014, n° 193, p. 8.

[85] « Rejet de l'action d'une personnes intersexuée pour violences mutilantes », préc.

[86] Cf. F. Dégheil préc. ; M. Salmona , « Chapitre 7. L'amnésie traumatique : un mécanisme dissociatif pour survivre », *in* R. Countanceau (dir.), *Victimologie. Evaluation, traitement, résilience*, Dunod, 2018, p. 71-85.

[87] Cass., crim. 25 avr. 2017, n° 17-88.879, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000034710985

[88] Rappr. CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, § 71 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112992>, retenant le caractère disproportionné d'une atteinte à un droit garanti par la Convention compte tenu des incohérences constatées.

2. Les remèdes possibles à l'inconventionalité de ce dispositif

Afin d'assurer le respect par la France des droits fondamentaux des victimes d'amnésie traumatique, il pourrait être opportun que le Parlement français, interprète authentique de la loi pénale et de la notion d'obstacle insurmontable qui s'y trouve désormais, précise ses intentions. Il s'agirait tant de préciser les intentions qui furent les siennes à l'occasion de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, que celles l'ayant conduit à introduire dans le code pénal, par la loi du 27 février 2017 sur la prescription, la notion d'obstacle insurmontable (a). Il devra également être spécifié que ces précisions sont interprétatives (b).

a. Les modifications à apporter à l'article 9-3

S'agissant de la loi du 3 août 2018, il convient que le législateur dise explicitement dans la loi — et non dans les seuls travaux parlementaires comme c'est le cas à ce jour — que l'amnésie traumatique constitue un obstacle insurmontable, tout comme les autres formes de traumatisme psychique, objectivement établis et empêchant les victimes d'agir.

Cette précision ne serait toutefois à elle seule pas suffisante pour que la prescription soit suspendue. Il faudrait également expliciter dans la loi les intentions qui furent celle du législateur lorsque, par la loi du 27 février 2017, il introduisit dans le code de procédure pénale la notion « d'obstacle insurmontable et assimilable à la force majeure ».

En effet, la Cour de cassation considère actuellement que cette notion implique de caractériser tant l'existence d'un obstacle insurmontable que l'existence d'un cas de force majeure. Ainsi, dans l'arrêt du 25 mars 2020 précité, la Cour de cassation avait semble-t-il justifié le maintien de sa jurisprudence sur l'obstacle insurmontable par un prétendu renforcement des conditions de cette notion à l'occasion de la loi du 27 février 2017[89].

Une telle interprétation par la Cour de cassation de l'article 9-3 est cependant très discutable. Du point de vue de l'analyse littérale, la Cour de cassation interprète les mots « obstacle insurmontable et assimilable à la force majeure » comme imposant la preuve que cet obstacle soit tant insurmontable que caractéristique d'un cas de force majeure. Pourtant, « assimilable » n'est pas « assimilé ». L'adjectif « assimilable » paraît davantage signifier, comme l'ont relevé plusieurs auteurs[90], que l'obstacle insurmontable à caractériser serait proche de la force majeure mais différent d'elle, de sorte que cette précision sur la force majeure ne servirait à rien et qu'il conviendrait finalement de s'en tenir à celle d'un obstacle insurmontable.

Surtout, une telle interprétation de l'article 9-3 est en contradiction flagrante avec l'intention du législateur. Les travaux parlementaires ne laissent aucun doute sur ce point. Selon l'exposé des motifs de la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, il s'agissait par là de « consacre[r] au plan législatif la règle jurisprudentielle relative à la suspension du délai de prescription en présence d'un obstacle de droit ou d'un obstacle de fait insurmontable, rendant impossible l'exercice des poursuites »[91]. Cette intention n'a pas varié lorsque la version initiale de l'article 9-3 du code de procédure pénale — de laquelle était absente la référence à la force majeure — fut modifiée pour y intégrer

[89] Cf. *supra* note 43.

[90] La force majeure n'est par définition pas assimilable à l'obstacle insurmontable puisque s'y ajoute, du moins en droit pénal, une condition d'extériorité. Rappr. É. Vergès, « La prescription de l'action publique rénovée », *RSC*, 2017, p. 91-100, spé. p. 99 ou E. Raschel, « Action Publique. Prescription. Fasc. 20 », JCl. Procédure pénale, n° 189, soulignant « l'assimilation [entre l'obstacle insurmontable et la force majeure] ne semble pas devoir être totale, sinon un terme différent [de l'adjectif « assimilable »] eût été choisi ».

[91] A. Tourret et G. Fenech, *Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale*, 1er juill. 2015, doc. n° 2931, p. 5 <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion2931.pdf>.

cette référence. Aux dires de l'auteur de cette référence à la force majeure, il s'agissait par là, non pas d'introduire une exigence nouvelle, mais (nous soulignons) de « préciser, *selon les solutions retenues par la Cour de cassation*, que les obstacles […] de fait doivent être non seulement insurmontables mais également assimilables à un cas de force majeure »[92] et de citer un arrêt du 8 août 1994 qui aurait fait référence à la force majeure pour définir la notion d'obstacle insurmontable[93]. L'auteur de cet amendement ne voulait donc pas s'écarter de la jurisprudence antérieure — comme paraît le penser le conseiller rapporteur de l'arrêt du 25 mars 2020 —, mais voulait seulement la codifier. Cependant, il s'est manifestement fourvoyé puisque l'arrêt invoqué au soutien de l'ajout d'une précision sur la force majeure, ne contient nullement une telle référence. Manifestement, l'auteur de cet amendement ignorait ce point et ignorait surtout que la notion de force majeure était plus exigeante que celle jusqu'alors retenue d'obstacle insurmontable, notamment en raison de l'exigence d'extériorité inhérente à la force majeure[94]. Lorsqu'on découvre que l'auteur de cet amendement, le sénateur François-Noël Buffet fut par la suite, avec la députée Sophie Auconie, l'un des plus engagés pour la reconnaissance de l'amnésie traumatique à l'occasion des travaux préparatoires sur la loi du 3 août 2018 évoquée plus haut[95], il ne fait aucun doute que par son amendement sur la force majeure il n'avait aucunement l'intention de rendre plus difficile la preuve d'un obstacle insurmontable et de fermer ainsi la porte de l'action publique aux victimes d'amnésie traumatique.

Afin de lutter contre cette interprétation erronée de l'article 9-3, il importe donc également que la précision sur la force majeure présente dans l'article 9-3 soit supprimée.

b. Des précisions devant être de nature interprétative

Pour que les deux modifications ci-avant proposées — la prise en compte des traumatisme psychologiques et la suppression de la force majeure — puissent bénéficier aux personnes qui jusqu'à ce jour ont vu leurs droits fondamentaux méconnus par suite de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'obstacle insurmontable, il importe que le caractère interprétatif de ces modifications soient clairement inscrits par le législateur dans la loi. Ce faisant, le législateur ne ferait que reprendre la technique législative promue au Parlement par la Secrétaire d'État Marlène Schiappa et la Ministre Nicole Belloubet lorsqu'il était question de modifier la définition du viol introduite par l'article 2 de la loi du 3 août 2018[96].

Cette ultime précision du caractère interprétatif des modifications introduites, et donc de leur caractère rétroactif, ne poserait aucun problème au regard du principe de non-rétroactivité de la loi pénale. En effet, comme l'indique son intitulé, ce principe ne concerne que la rétroactivité de la *loi* et non la rétroactivité de l'interprétation que l'on peut en donner. Si des doutes étaient permis au regard du droit européen qui tend à adopter une approche plus souple de la notion de *loi*, ces doutes ont été dissipés par la Cour européenne des droits de l'homme, justement dans un contexte d'abandon d'une jurisprudence sexiste. Ainsi, dans un arrêt *S.W.*

---

[92] Sénat, F.-N. Buffet, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale*, 5 oct. 2016, n° 8, p. 37 <https://www.senat.fr/rap/l16-008/l16-0081.pdf>.

[93] Cass. crim., 8 août 1994, n° 93-84.847 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007067802>, cité en note 3, p. 28 du rapport mentionné à la note précédente.

[94] La notion de force majeure a cependant évolué en matière civile, mais l'arrêt du 25 mars 2020 précité, où le rapporteur s'interrogeait sur l'opportunité pour la chambre criminelle de s'inscrire dans cette évolution, montre que la chambre criminelle a finalement pris le partie de s'en tenir à l'acception traditionnelle de la force majeure.

[95] Il fut le premier auteur de l'amendement déposé au Sénat pour permettre au juge d'ordonner une expertise établissant la preuve d'une amnésie traumatique.

[96] Cf. les références aux travaux parlementaires citées *supra* note n° 1.

*c. Royaume-Uni* de 1995[97], relatif à la possibilité de retenir la qualification de viol dans le cadre de rapports sexuels entre époux, la Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'en droit pénal les évolutions de jurisprudence puissent s'appliquer de manière rétroactive et ainsi aboutir à la poursuite et à la condamnation de personnes qui n'auraient pas pu l'être sous l'empire de l'interprétation antérieure. La seule réserve apportée par la Cour est que l'évolution de jurisprudence soit prévisible. Dans l'affaire *S.W.* précitée, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé en l'espèce que le mari ayant imposé à sa femme des rapports sexuels pouvait légitimement prévoir que l'impunité dont il disposait au moment des faits ne durerait pas, de sorte que l'évolution jurisprudentielle a été ici jugée prévisible (§ 36 et 43 de l'arrêt). Un même raisonnement peut être utilisé en l'espèce : compte tenu de la permanence dans notre droit de l'admission d'une cause de suspension de la prescription en raison d'un obstacle insurmontable[98], compte tenu de l'amélioration croissante de la protection des victimes mineures par le report du point de départ de la prescription (lois du 10 juill. 1989 et du 17 juin 1998) et l'allongement de la durée de la prescription (lois du 9 mars 2004, du 27 févr. 2017 puis du 3 août 2018), les auteurs de viols pouvaient raisonnablement prévoir que des obstacles insurmontables pourraient être caractérisés pour suspendre à leur égard la prescription de l'action publique.

*

• *

## Conclusion

Compte tenu des observations précédentes, un projet de loi complétant la loi du 3 août 2018 pourrait contenir les dispositions suivantes

[97] CEDH, 22 nov. 1995, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=002-9451&filename=CEDH.pdf.

[98] E. Raschel, préc. mentionne ainsi un arrêt de 1858 ayant accepté de suspendre la prescription à l'égard d'une personne « internée » dans un asile (Cass. crim., 8 juill. 1858 : *Bull. crim*. n° 192, p. 310 < https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58603382/f10.item>) fondé sur l'adage *contra non valentem*. *Adde* Crim. 19 juill. 1883 : *Bull. crim.*, n° 182, p. 302 <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5854298z/f20.item> acceptant l'argument mais le rejetant faute pour l'obstacle d'être véritablement insurmontable, s'agissant seulement de mauvais vouloir d'huissiers à signifier un acte d'assignation ; Crim., 3 nov. 1887. : *Bull. crim.*, n° 363, p. 578 < https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58541494/f4.item>, approuvant des juges du fond d'avoir souverainement jugé que les conditions de l'adage *contra non valentem* n'étaient pas réunies en présence d'une personne qui, détenue préventivement, n'avait pas pu agir en justice contre l'auteur d'une infraction le concernant.

***Avant-projet de loi poursuivant le renforcement de la lutte contre les violences sexuelles et sexistes***

*Article 1*

*I. L'article 9-3 du code de procédure pénale est ainsi modifié :*

*1° Les mots « et assimilable à la force majeure » sont supprimés ;*

*2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé : « L'obstacle de fait peut résulter de traumatismes psychiques de la victime. L'amnésie traumatique constitue un tel obstacle insurmontable. »*

*II. L'article 222-22-1 est complété par une phrase ainsi rédigé : « Les dispositions de cet article s'appliquent notamment aux actes de conformation sexuelle réalisés sur les mineurs intersexués »*

*III. Dans l'article 621-1 du code pénal, supprimez les mots « ou sexistes » et les remplacer par « , sexuelle ou genré »*

*Article 2*

*Les dispositions du I. et du II. de l'article 1 sont interprétatives.*