

---

## La prescription, un obstacle in conventionnel aux droits des victimes amnésiques de violences sexuelles

**Benjamin Moron-Puech**

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/10313>

DOI : [10.4000/revdh.10313](https://doi.org/10.4000/revdh.10313)

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Benjamin Moron-Puech, « La prescription, un obstacle in conventionnel aux droits des victimes amnésiques de violences sexuelles », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 18 | 2020, mis en ligne le 02 juillet 2020, consulté le 11 février 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/10313> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.10313>

---

Ce document a été généré automatiquement le 11 février 2021.

Tous droits réservés

---

# La prescription, un obstacle in conventionnel aux droits des victimes amnésiques de violences sexuelles

Benjamin Moron-Puech

---

## NOTE DE L'AUTEUR

Nous remercions Julie Mattiussi pour sa relecture attentive, ainsi que M<sup>e</sup> 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. Que Mie Kohiyama et Olivier Dodier soient également remerciés pour le partage de leur expertise.

Déclaration de conflit d'intérêt : l'auteur de ce texte a été associé à la production de diverses sources évoquées ci-après : arrêt du 6 mars 2018 (n° 17-81.777), amendement 676 au projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice. Il a également été auditionné par la députée Alexandra Louis dans le cadre de sa mission d'évaluation de la loi du 3 août 2018 évoquée plus loin.

- 1 Le 25 mars 2020, alors que la France entrait dans sa deuxième semaine de confinement, la Cour de cassation rendait une décision passée inaperçue et pourtant très révélatrice de la manière dont cette juridiction a pu traiter ces dernières années la situation tragique des victimes d'amnésie traumatique. En refusant de transmettre au Conseil constitutionnel, une question prioritaire interrogeant la constitutionnalité de sa jurisprudence sur la prescription des infractions ayant entraîné une amnésie traumatique, la Cour de cassation exprimait une fois de plus son refus de participer au mouvement contemporain de transformation des institutions sociales pour mieux accueillir les victimes de violences sexuelles devenue à la suite de celles-ci en partie amnésiques. En contraste, rappelons que le Parlement et le Gouvernement, dans le

prolongement d'actions antérieures, ont en dernier lieu manifesté une attention soutenue à l'égard de ces victimes de la loi du 3 août 2018 ayant allongé de dix ans le délai de prescription. Tel est encore le cas puisque devrait être rendu dans les prochains mois un rapport d'évaluation de cette loi<sup>1</sup>, rapport dont il est très probable, compte tenu des auditions déjà menées<sup>2</sup>, qu'il comprendra des recommandations sur l'amnésie traumatique.

- 2 Compte tenu de cette double actualité, ainsi que de la forte contestation du droit positif qu'expriment les victimes d'amnésie traumatique, nous voudrions ici confronter cet état du droit français aux standards juridiques internationaux de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui n'ont à ce jour guère été mobilisés dans le débat politique ou judiciaire. Avant cela, il importe d'apporter quelques précisions médicales sur l'amnésie traumatique et l'étendue des débats la concernant.
- 3 Le phénomène de l'amnésie traumatique est connu depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle où il « a été étudié d'abord chez des soldats traumatisés amnésiques des combats, puis chez les victimes de violences sexuelles, chez qui on a retrouvé près de 40 % d'amnésie complète et 60 % d'amnésie partielle quand les violences ont eu lieu dans l'enfance »<sup>3</sup>. La réalité scientifique de ce phénomène n'est pas discutée, en atteste sa reconnaissance par l'OMS. Dans la 11<sup>e</sup> version de la classification internationale des maladies (CIM), reconnue en France<sup>4</sup>, figure en effet l'entrée 6B61 consacrée à l'amnésie dissociative définie comme « l'impossibilité de se rappeler des souvenirs autobiographiques importants, généralement des traumatismes récents ou des événements stressants, et cela d'une manière incompatible avec les oublis ordinaires. [...] L'amnésie entraîne une altération significative du fonctionnement personnel, familial, social, éducatif, professionnel ou d'autres domaines importants »<sup>5</sup>. La même classification indique par ailleurs, à l'entrée 6B40 consacrée aux désordres de stress post-traumatiques, que de tels désordres s'accompagnent de troubles de la mémoire dont font partie ces amnésies. Le lien entre l'amnésie et le syndrome de stress post-traumatique est également fait dans le DSM-5, l'équivalent privé de la CIM pour les troubles mentaux<sup>6</sup>. Comme l'indique la psychiatre Muriel Salmona, une telle amnésie s'explique par la mise en place de « mécanismes neuro-biologiques et psychiques de survie face à un stress extrême ».
- 4 Si la réalité de ce phénomène est donc bien reconnue, quelques débats demeurent néanmoins sur l'explication biologique du phénomène, son étendue et sur la fiabilité des souvenirs retrouvés. En effet, en raison de méthodologies différentes, les psychiatres d'un côté et les psychologues et spécialistes de la mémoire de l'autre ont des avis différents sur ce phénomène. Pour les professionnels de santé, confrontés à l'expérience clinique de malades ayant perdu ou retrouvé la mémoire, l'amnésie traumatique s'explique par « disjonction » du système cérébral afin d'éviter une « surchauffe » causée par l'événement traumatique. Si cela permet de préserver l'organisme, ce mécanisme a néanmoins un coût, puisqu'il entraîne des dysfonctionnements mnésiques. L'individu perd le contrôle sur ce souvenir : il n'est plus en mesure de se le rappeler quand il le souhaite et en même temps ce souvenir peut resurgir sans avoir été appelé, ce qui est source de grandes perturbations, l'individu ne comprenant pas alors ce que sont ces images qui lui reviennent et étant incapable de les relier à un vécu connu. Si cette amnésie traumatique est qualifiée de dissociative par la CIM-11 c'est parce que selon les professionnels de santé elle repose

au niveau neurobiologique sur une dissociation du processus de mémorisation reposant en temps normal sur la collaboration de deux organes : l'amygdale qui gère la mémoire sensorielle inconsciente et l'hippocampe qui gère la mémoire spatio-temporelle consciente<sup>7</sup>. Or, en cas d'amnésie traumatique, la collaboration entre ces organes cesse. Ceux-ci sont dissociés. « La mémoire sensorielle et émotionnelle de l'événement contenue dans l'amygdale cérébrale est isolée de l'hippocampe [...]. Lors de la disjonction l'hippocampe ne peut pas faire son travail d'encodage et de stockage de la mémoire, celle-ci reste dans l'amygdale sans être traitée, ni transformée en mémoire autobiographique. » Le souvenir n'est donc pas perdu, mais il est piégé dans la mémoire émotionnelle de l'amygdale, hors du temps, de l'espace et de la conscience de l'individu. Il peut donc ressurgir à l'occasion de situations émotionnelles réactivant ce souvenir sans que l'individu ne l'ait appelé. Au-delà de ce souvenir, l'amnésie dissociative génère selon les professionnels de santé bien d'autres troubles pour l'individu et constitue à ce titre une véritable pathologie à guérir. Pour cela, il faut rétablir les connexions entre l'amygdale et l'hippocampe en atténuant les souffrances que peut engendrer le retour du souvenir traumatique et en aidant la personne à inscrire l'événement traumatisant dans sa mémoire consciente, ce à quoi la Justice peut contribuer en ouvrant des enquêtes lorsque les souvenirs réapparus suggèrent l'existence d'infractions sexuelles. Sur ce dernier point, l'accord se fait d'ailleurs avec les psychologues, plus critiques sur l'amnésie traumatique. Certes, plusieurs psychologues estiment que les preuves empiriques du phénomène dissociatif ne sont pas suffisantes et que les théories dominantes de la mémoire dans leur champ disciplinaire ne s'accordent pas avec le phénomène décrit pas les psychiatres cliniciens. Ils doutent dès lors que des amnésies traumatiques puissent être si fréquentes et surtout que les souvenirs réapparus de violences sexuelles puissent être réels<sup>8</sup>. Mais cela les conduit aussi à insister sur l'importance de corroborer ces souvenirs, ce que peut justement faire la Justice.

- 5 Or, à ce jour, les portes de la Justice sont très largement fermées à ces victimes soit parce que celles-ci ne sont pas prises au sérieux lors du dépôt éventuel de leur plainte — les témoignages des victimes d'amnésie sont souvent lacunaires et exprimés de manière peu cohérente par une victime, en raison du processus de dissociation<sup>9</sup> —, soit à raison de l'acquisition de la prescription de l'action publique, point qui va ici nous retenir. Comme nous allons le voir, les récentes réformes de la prescription en droit pénal n'y changent rien, le droit positif interne n'offrant guère à ces victimes l'aide dont elles ont besoin (I). Pourtant, il peut être montré que cette aide est pour la France une obligation et qu'en la leur refusant, la France méconnaît ses engagements internationaux, s'exposant ainsi à une sanction par la Cour européenne des droits de l'homme (II).

## I La protection insuffisante des victimes amnésiques de violence sexuelle en droit interne

- 6 Malgré les efforts manifestés par le législateur pour adapter les règles de la prescription pénale aux traumatismes subis par les victimes de violences sexuelles, le dispositif actuel continue à laisser sur le bord de la route nombre de victimes. Nous le montrerons en étudiant séparément les normes législatives et jurisprudentielles, cette étude séparée se justifiant par la relative ignorance mutuelle de ces institutions

autrices de ces normes. Le Parlement ayant été le premier saisi de la question de l'amnésie traumatique, ses travaux seront examinés en premier (A), puis ceux de la Cour de cassation (B).

## A Le Parlement et la protection des victimes amnésiques de violence sexuelle

- 7 La lecture des travaux parlementaires ayant cherché à améliorer la situation des victimes de violence sexuelle ces trente dernières années révèle que l'attitude du Parlement a évolué. Trois périodes peuvent être identifiées. Le temps de la découverte du phénomène médical, le temps de l'approfondissement juridique, le temps des occasions manquées.

### 1 Le temps de la découverte du phénomène médical

- 8 Depuis la fin des années 1980, le législateur français s'est montré soucieux d'éviter que les auteurs de violences sexuelles sur mineur ne bénéficient d'une forme d'impunité à raison de la prescription. Ainsi, par la loi du 10 juillet 1989, à la suite d'un amendement introduit *in extremis* contre l'avis du gouvernement mais avec l'aval de la rapporteuse, il fut prévu, pour le mineur victime de violences sexuelles dans son cadre familial, un report de la prescription jusqu'à sa majorité<sup>10</sup>. À l'époque, cette première extension fut justifiée par la difficulté des enfants à comprendre qu'ils avaient été victimes d'une infraction, ainsi que par leur difficulté à s'exprimer en raison de menaces pesant sur eux ou des sentiments qu'ils pouvaient ressentir : peur, honte, ou amour de leurs parents. L'existence de traumatisme du mineur est évoquée, mais seulement en passant, pour signaler que cet allongement de la prescription permettra aux victimes de trouver le temps de parler et de surmonter leur traumatisme. Ainsi, voici comment s'exprime la députée Frédérique Bredin à l'origine de cet amendement :

« Je rappellerai cependant que les enfants se taisent soit par innocence, parce qu'ils ne savent pas faire la différence entre un comportement normal et un comportement anormal de la part de leurs parents, soit par peur, sous la violence et sous la menace, soit par honte, soit même par amour de leurs parents. L'objet de cet amendement est de les aider à briser cette loi du silence, il s'agit de prendre en compte une situation très particulière puisque la victime est mineure, que l'agresseur détient l'autorité parentale et que le silence est souvent la règle dans l'environnement familial. La victime est particulièrement fragile. Le contexte familial est pour le moins gravement perturbé et le temps de maturation nécessaire à la parole est très long. Or la parole est nécessaire à l'enfant et à l'adulte futur pour pouvoir survivre et surmonter son traumatisme »<sup>11</sup>.

- 9 La nature et la diversité des formes du traumatisme de la victime ne sont donc pas perçues. L'amnésie traumatique n'est pas mentionnée. Certes, l'on voit dans la dernière phrase citée qu'est perçue l'importance de prendre en compte cette parole de la victime et, en creux, l'importance de la légitimer au sein d'une enquête judiciaire. En revanche, l'influence du traumatisme sur l'impossibilité d'agir en justice n'est pas comprise. D'où le fait que la solution proposée au problème de la prescription soit pensée autour de la séparation présumée de l'individu de sa famille, à savoir à sa majorité, et non autour du traumatisme dont les conséquences sur la mémoire demeurent encore inconnues des parlementaires.

- 10 Lorsque quelques années plus tard, par loi du 17 juin 1998, le dispositif de report du point de départ de la prescription à la majorité est étendue à l'ensemble des victimes mineures, le schéma de pensée des parlementaires est le même. La disposition relative à la prescription, fut introduite cette fois dès le stade du projet de loi et son adoption ne suscita aucune discussion au Parlement, signe d'un large consensus.
- 11 Pour que l'amnésie traumatique, dont l'existence est pourtant connue dans les sciences médicales depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, arrive au Parlement il faut attendre l'examen de la future loi du 6 mars 2004 et le vote d'un amendement poussé par le député UMP Gérard Léonard proposant — avec succès — l'allongement à vingt ans du délai de prescription des crimes sexuels. Après avoir rappelé les traditionnelles raisons du report de la prescription — « La peur, la culpabilité de n'avoir pas su résister à leurs agresseurs ou encore l'affection qu'ils portent parfois aux auteurs » — le député justifie également ainsi son amendement :
- « Or, c'est souvent quelques années après l'expiration de cette prescription, lorsque l'enfant devenu adulte cherche à construire une vie affective, que la dénonciation des faits devient vitale. L'ensemble des psychologues s'accordent pour reconnaître que l'arrivée du premier enfant, qui survient aujourd'hui en moyenne aux alentours de trente ans pour les femmes, est un moment charnière qui contribue à faire émerger des événements de l'enfance que l'on a souhaité enfouir. La reconnaissance publique des souffrances endurées, qui passe par la condamnation pénale de l'auteur des faits, est un élément essentiel de la reconstruction de ces adultes dont on a volé l'enfance »<sup>12</sup>.
- 12 On le voit, la connaissance du phénomène demeure approximative : il n'est pas question d'amnésie, la difficulté d'accéder aux souvenirs est présentée comme un phénomène volontaire et enfin le procès est présenté comme un simple moyen d'être reconnu comme victime, alors qu'il s'agit avant tout, pour les victimes souffrant d'amnésie dissociative, de pouvoir guérir de cette pathologie. Cependant, l'évocation à demi-mot d'une amnésie et le renvoi à un savoir scientifique — la psychologie — montre que la connaissance du phénomène s'améliore. À la suite de cet amendement, la connaissance de ce phénomène amnésie va se diffuser au sein de l'Assemblée et du groupe politique du député Léonard. En effet, la même année, est déposée une proposition de loi visant à ériger l'inceste en infraction spécifique, bénéficiant d'une prescription plus longue en raison de l'existence d'« amnésie totale » — les mots sont cette fois bien prononcés :
- « Enfin, de nombreux psychologues expliquent que l'une des premières conséquences de l'inceste est le déni de l'acte par la victime, déni pouvant aller jusqu'à l'amnésie totale des faits, car cet oubli est souvent le seul moyen de défense pour l'enfant. Il faut parfois attendre plusieurs années avant que ne ressurgisse l'horreur des faits, ainsi que la force de les affronter.
- Afin de prendre en compte l'ampleur du traumatisme que constitue l'inceste pour la victime, il est proposé de compléter les règles relatives à la prescription de l'action publique. Ainsi, le délai de prescription de l'action publique du crime d'inceste ou de viol incestueux sera lui aussi de vingt ans, et ne commencera à courir qu'à partir de la majorité de la victime »<sup>13</sup> (*souligné par nous*).
- 13 Si, on le voit, la connaissance du mécanisme amnésique gagne en précision, il n'est en revanche toujours pas tenu compte de sa nature spécifique, laquelle empêche la victime d'agir tant que dure l'amnésie. Il est seulement proposé un allongement du délai, mais l'amnésie peut ne cesser qu'après ce délai ; d'où l'inadéquation du mécanisme. Quoi qu'il en soit, la proposition de loi n'est pas examinée, la majorité de l'Assemblée étant en effet alors d'un bord politique opposé à ceux des porteurs de la proposition. Avec le

retour de la droite au pouvoir, de nouvelles opportunités se présentent de régler l'inceste. Or, à cette occasion, la question de la prescription de l'action publique pour les victimes d'amnésie traumatique va se reposer. Le député UMP Jacques Réviller propose en effet à ses collègues d'adopter un amendement pour reconnaître l'imprescriptibilité du crime d'inceste en invoquant à nouveau à cette occasion l'amnésie traumatique :

« Pour les crimes sexuels sur mineurs, le délai de prescription est actuellement de dix ans après la majorité de la victime et de vingt ans lorsque le crime est commis par un ascendant ou une personne ayant autorité. On se rend compte néanmoins de l'ampleur des dégâts qu'une telle agression provoque chez l'enfant qui, souvent, se coupe de ses sensations et se dissocie, **l'amnésie post-traumatique lui permettant de survivre à l'inceste. L'abus est enfoui, refoulé durant des années, mais n'est jamais effacé.**

Les ravages ne s'arrêteront pas là et les victimes peuvent sombrer dans des états dépressifs susceptibles de conduire au suicide. La plupart des abus ne se révéleront que bien plus tard, le plus souvent après des années, voire des décennies, lorsque la victime devenue adulte trouvera enfin un interlocuteur de confiance et les moyens d'exprimer l'indicible.

Pourquoi ? Parce que **l'amnésie ou le déni est la seule réponse de survie à l'horreur de l'abus sexuel**, et que ce refoulement dans l'inconscient se prolonge chez un grand nombre de victimes jusqu'à un âge avancé, conduisant au-delà du délai de prescription en vigueur – j'insiste sur ce point. **Quel que soit le moment où survient la dénonciation de l'abus, la vérité sera toujours synonyme de délivrance.** Savoir qu'il y a une justice, sans prescription, est donc, de mon point de vue comme du point de vue de Sébastien Huyghe, capital »<sup>14</sup> (souligné par nous).

- 14 La description du mécanisme de l'amnésie traumatique gagne encore en précision avec l'évocation des troubles associés à l'amnésie et le lien que l'on voit poindre entre l'accès à la justice et la guérison ; en revanche, sur le terrain juridique, l'instrument proposé n'est pas adapté. L'imprescriptibilité est trop radicale et heurte la hiérarchie des prescriptions. L'amendement est donc rejeté<sup>15</sup>.

## 2 Le temps de l'approfondissement juridique

- 15 Quatre ans plus tard, à l'occasion de la médiatisation des efforts d'une victime amnésique de violences sexuelles, Mié Kohiyama, pour obtenir l'ouverture d'un procès pénal, la question des victimes souffrant d'amnésie traumatique réapparaît et, cette fois, le Parlement va sérieusement travailler la question sur le plan juridique en examinant toutes les réponses possibles, en particulier lors de l'examen en 2014 de la proposition de loi sénatoriale modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles<sup>16</sup>. Plusieurs amendements, rapport ou proposition sont ainsi déposés proposant soit d'allonger la prescription<sup>17</sup>, soit d'en reporter le point de départ « au jour où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions lui permettant d'exercer l'action publique »<sup>18</sup>, soit de la suspendre en raison d'un obstacle insurmontable que constituerait l'amnésie traumatique<sup>19</sup>.
- 16 L'examen des travaux parlementaires montre que la connaissance médicale du phénomène continue à s'accroître, notamment grâce à la diffusion de travaux de professionnels de santé expressément cités dans les débats<sup>20</sup>.
- 17 En outre, pour se concentrer sur la discussion à l'occasion de la proposition de loi modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, si le Parlement continue à s'opposer aux tentatives d'allongement de la prescription ou de

report de celle-ci au jour où cesserait l'amnésie traumatique, sur le modèle des infractions dissimulées, il se montre plus favorable au recours à la suspension pour les victimes d'amnésie traumatique comme le propose la députée UDI Sonia Lagarde. En effet, contrairement aux amendements sur l'allongement ou le report, rejetés à raison de leur prétendue inconstitutionnalité<sup>21</sup>, ceux sur la suspension sont rejetés pour des questions de formulation et d'interprétation<sup>22</sup>. Il est ainsi reproché à l'amendement voulant reconnaître l'obstacle insurmontable et spécifiant que l'amnésie peut constituer un tel obstacle, de ne pas trancher entre la reconnaissance d'un principe général et celle d'un cas particulier. En outre, d'autres parlementaires expriment leurs doutes sur la possibilité d'appliquer la notion d'obstacle insurmontable à l'amnésie « qui reste un élément subjectif ». D'où finalement le rejet de cet amendement. La discussion aurait pu se poursuivre au Sénat mais, suite à la constitution d'une mission d'information réformant la prescription autour de Alain Tourret et Georges Fenech<sup>23</sup>, la discussion de cette proposition de loi prend fin. Elle ne reprendra qu'un an et demi plus tard, une fois la mission d'information achevée, à l'occasion de l'examen d'une nouvelle proposition de loi entendant examiner la question de la prescription en son ensemble. C'est cette proposition qui débouchera sur la loi du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

- 18 Quoi qu'il en soit, les discussions intervenues en 2014 lors de la discussion de la proposition de loi sénatoriale précitée témoignent d'un approfondissement de la réflexion juridique. Pour la première fois, en effet, sont examinées toutes les options possibles pour résoudre le problème des victimes d'amnésie traumatique. Reste alors à adopter la meilleure de ces options, ce qui ne sera fait ni cette année-là ni les suivantes, malgré de nombreuses occasions manquées.

### 3 Le temps des occasions manquées

- 19 Alors que le Parlement semble désormais comprendre le phénomène de l'amnésie dissociative et que certains de ses membres ont aperçu une solution équilibrée, *via* la suspension de la prescription à raison d'un obstacle insurmontable, au moins trois occasions vont se présenter à lui pour régler enfin ce problème. Toutes seront cependant manquées.
- 20 La première occasion manquée survient lors de l'examen de la loi du 27 février 2017. Sans doute le débat s'était-il mal engagé devant la mission d'information conduite par les députés Tourret et Fenech à l'origine de la loi du 27 février 2017. Soulignons en effet que si les professionnelles de santé défendant les victimes amnésiques de violences sexuelles avaient bien pu expliquer lors de cette mission en quoi les règles sur la prescription n'étaient pas adaptées à l'amnésie traumatique<sup>24</sup>, celles-ci n'avaient pas su proposer la solution idoine — la suspension — sans doute car elles en ignoraient l'existence. Pour elles, la solution au problème des victimes résidait dans l'imprescriptibilité des crimes sexuels<sup>25</sup>. Une telle solution ne pouvait que difficilement convaincre des députés qui, travaillant sur une refonte globale des règles de prescription pénale, ne pouvaient pas accepter une solution — l'imprescriptibilité — contraire au système pénal français de prescription qu'ils essayaient de remettre en ordre en conservant son fondement traditionnel : l'oubli<sup>26</sup>. D'où la réponse suivante des rapporteurs de cette mission d'information à la proposition d'imprescriptibilité : « les règles actuelles permettent déjà de tenir compte de cette amnésie post-traumatique et de révéler des faits tardivement »<sup>27</sup>.

- 21 Cet argument des rapporteurs de la mission d'information n'a pas convaincu tous les parlementaires amenés à se prononcer sur le projet issu de cette mission d'information, en particulier celles et ceux sensibles moins à la cohérence du système de prescription qu'à la prise en compte des demandes des victimes. D'où, lors de l'examen de la proposition de loi réformant la prescription pénale, le dépôt de nouveaux amendements. Cependant, au lieu d'exploiter toutes les solutions mises à jour lors des discussions de la proposition de loi précitée de 2014, les députés continuent de demander seulement l'allongement ou le report de la prescription. Nul à l'Assemblée ou au Sénat ne songe cependant à passer par la voie, plus simple, d'une suspension de la prescription à raison d'un obstacle insurmontable. La spécificité de l'amnésie traumatique semble de nouveau méconnue des juristes. Cela est d'autant plus surprenant que la proposition de loi en discussion propose de consacrer la notion d'obstacle insurmontable et qu'il serait donc *a priori* naturel d'y insérer une disposition pour préciser qu'elle inclut bien l'amnésie traumatique. Cela serait d'autant plus aisé que le rapporteur de cette loi à l'Assemblée, le député François-Noël Buffet, sensible à la situation des victimes d'amnésie traumatique<sup>28</sup>, est alors en mesure de proposer des amendements clarifiant la notion d'obstacle insurmontable et spécifiant qu'elle est applicable à l'amnésie traumatique<sup>29</sup>. Il n'en sera rien et, quant aux amendements en faveur de l'allongement ou du report de la prescription, ils seront tous rejetés, non plus en raison d'obstacles constitutionnels explicites comme en 2014, mais pour des raisons d'opportunité tenant au souhait de la majorité de maintenir le principe de la prescription, de s'assurer de la qualité des preuves et d'éviter aux victimes – non sans parentalisme – la souffrance d'un procès conduisant à l'acquittement de l'accusé<sup>30</sup>. Soulignons ce dernier argument, révélant une fois de plus l'incompréhension par les parlementaires de l'amnésie traumatique et des raisons pour lesquelles les victimes amnésiques ont besoin de la Justice : non pas par désir de vengeance, mais aussi par espoir de clarifier le statut (véridique ou non) et le contexte du souvenir réapparu.
- 22 Le changement de majorité parlementaire, à la suite de l'élection présidentielle de mai 2017, paraît changer la donne, le nouveau Président de la République ne tardant pas en effet à ériger l'égalité homme-femme en « grande cause nationale du quinquennat »<sup>31</sup>. S'inscrivant alors dans les pas de la mission de consensus Flament-Calmette, installée sous la précédente majorité<sup>32</sup>, ainsi que dans ceux de la mission d'information sur le viol conduite par la Délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale<sup>33</sup>, le gouvernement dépose à l'Assemblée nationale, le 21 mars 2018, un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes. Comme le rapport Flament-Calmette et celui de la mission d'information sur le viol avant lui, il est proposé d'allonger la prescription de vingt à trente ans<sup>34</sup>. Dans les deux rapports et le projet, l'allongement est justifié par la nécessité d'adapter les règles sur la prescription au phénomène de l'amnésie traumatique. Voici ce qu'on peut lire dans l'exposé des motifs :

« L'article 1<sup>er</sup> 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 »<sup>35</sup>.

- 23 Malgré le changement terminologique, la solution est de même nature que celle proposée en 1987. L'on continue, par cet allongement, à éviter avant tout « l'impunité des auteurs » au lieu de chercher à aider par le droit ces victimes. L'on continue à ignorer la réalité du mécanisme amnésique qui, du moins telle que décrite par les psychiatres, peut durer au-delà de la période à laquelle le délai de 48 ans sera écoulé. Enfin, le caractère non rétroactif de cet allongement de la prescription est laissé dans l'ombre, suggérant que les parlementaires auraient, comme leurs prédécesseurs qui n'en parlaient jamais, oublié cette difficulté<sup>36</sup>. Or, compte tenu du caractère partiellement rétroactif de l'article 112-2 du code pénal régissant l'application dans le temps des lois relatives à la prescription, ce nouveau dispositif, pas plus que les précédents, ne peut pas s'appliquer aux victimes de viol nées avant le 5 août 1980<sup>37</sup>, ni à certaines d'entre elles qui auraient subi un viol avant le 18 juin 1988<sup>38</sup>. Un tel dispositif est donc très limité, contrairement à ce qu'aurait pu être un dispositif reposant sur l'obstacle insurmontable qui lui, reposant sur une notion déjà existante en droit positif, aurait permis non seulement de mieux répondre aux besoins des victimes traumatiques, mais aussi de s'appliquer de manière rétroactive. La loi du 3 août 2018 constituerait donc assurément une deuxième occasion manquée de changer d'approche vis-à-vis de l'amnésie traumatique.
- 24 En réalité, une étude minutieuse des travaux parlementaires montre que l'occasion n'a pas été complètement manquée. En effet, lors des débats, les parlementaires indiquent à plusieurs reprises que les victimes d'amnésie peuvent bénéficier, outre l'allongement de la prescription, d'une suspension fondée sur la notion d'obstacle insurmontable, conformément à l'article 9-3 du code de procédure pénale introduit un an auparavant par la loi du 27 février 2017 précité. Certes, cette précision ne transparait pas dans la loi votée, mais elle figure bien dans les travaux des parlementaires, sans doute influencés par les auditions de professionnels de santé, spécialistes l'amnésie traumatique, et qui ont été organisées pour la première fois dans un cadre officiel en amont du projet de loi<sup>39</sup>.
- 25 On la trouve tout d'abord dans les débats suscités à l'occasion d'un amendement déposé par la députée UDI Sophie Auconie et prévoyant le recours à des expertises médicales pour établir une amnésie traumatique et faciliter ainsi la preuve d'un obstacle de fait insurmontable<sup>40</sup>. Bien que l'amendement soit rejeté, l'examen des débats montre que ni les députés ni le gouvernement ne doutent de la possibilité pour la notion d'obstacle insurmontable d'englober l'amnésie traumatique. Qu'on en juge plutôt à la lecture des propos tenus par les représentants du Parlement et du Gouvernement, la députée Alexandra Louis et la Secrétaire d'État Marlène Schiappa :
- « Le législateur, on l'a rappelé, a consacré en 2017 la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de suspension du délai de prescription en présence de tout obstacle de droit prévu par la loi ou de tout obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure rendant impossible la mise en mouvement et l'exercice de l'action publique.
- 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 »<sup>41</sup>.
- 26 Et :
- « La disposition proposée nous semble superfétatoire, dans la mesure où la loi du 2 février 2017 prévoit expressément la suspension de la prescription en cas d'obstacle

insurmontable. Il est donc possible, bien évidemment, de demander de vérifier, par expertise, si une victime a subi une amnésie post-traumatique qui justifierait une telle suspension »<sup>42</sup>.

- 27 Autrement dit, pour ces oratrices, l'amnésie traumatique peut bien constituer un obstacle insurmontable et si l'amendement est finalement rejeté c'est parce que l'on craint qu'il ne limite les pouvoirs du juge d'une part ou ne soit déclaré anticonstitutionnel faute de portée normative d'autre part.
- 28 La possibilité de qualifier l'amnésie traumatique d'obstacle insurmontable est également affirmée devant le Sénat. En effet, un amendement similaire à celui proposé par la députée Sophie Auconie est cette fois adopté en commission malgré les interrogations exprimées par certains sénateurs quant aux assises scientifiques de l'amnésie traumatique<sup>43</sup>. En effet, suite à l'intervention de l'ancien ministre Alain Richard, soulignant que justement en cas de doute l'expertise sera là pour les dissiper, l'amendement est voté, au demeurant en cohérence avec les discussions intervenues quelques mois plus tôt à l'occasion de l'examen d'une proposition de loi concurrente au projet de loi de réforme de la prescription<sup>44</sup>. L'adoption de cet amendement par la commission conduit alors la rapporteuse Marie Mercier à écrire, dans son rapport, qu'« [i]l 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 »<sup>45</sup>. Tous les obstacles aux succès de cet amendement ne sont toutefois pas levés puisqu'à nouveau, en séance, le gouvernement manifeste son opposition par la voix de la ministre de la justice Nicole Belloubet. Pour celle-ci

« 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 »**<sup>46</sup> (mis en gras par nous).

- 29 On le voit, là encore, point d'hostilité à ce qu'un obstacle insurmontable soit caractérisé. Seule la crainte d'un défaut de portée normative motive le rejet de l'amendement. *In fine*, à l'issue des travaux de la commission mixte paritaire, le gouvernement parviendra à imposer son point de vue et obtiendra la mise à l'écart de l'amendement, sans qu'aucune autre raison que celles évoquées plus haut ne soit apportée.
- 30 Dans ces conditions, peut-on encore parler d'occasion manquée ? Certes, ces travaux parlementaires révèlent la formation d'un consensus au Parlement et au Gouvernement sur la possibilité de recourir à la suspension de la prescription pour répondre au problème de l'amnésie traumatique, mais, faute d'être inscrite dans la loi, la vigueur de cette solution est des plus fragiles, d'autant qu'en s'en tenant à la lettre de la loi l'on pourrait argüer, au moyen d'un argument *a contrario*, que le législateur a écarté pour ces victimes amnésiques toute autre solution que l'allongement, fermant ainsi la porte au recours à l'obstacle insurmontable. L'on peut donc bien parler d'occasion manquée.

D'autant que, comme nous le verrons, compte tenu de l'hostilité à l'époque de la jurisprudence vis-à-vis de la qualification de l'amnésie traumatique en un obstacle insurmontable, une telle occasion aurait dû être saisie. Mais sans doute cette jurisprudence — certes évoquée lors des débats parlementaires à l'occasion de la proposition de loi sénatoriale précitée de 2014 modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles —, avait-elle été oubliée, puisque la seule jurisprudence de la Cour de cassation évoquée dans les travaux préparatoires à la loi du 3 août 2018 concerne un arrêt de 2014 ayant admis un tel obstacle dans une affaire d'octuple infanticide<sup>47</sup>.

- 31 La troisième occasion survient quelques mois après l'adoption de la loi du 3 août 2018, à l'occasion de l'examen de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. En effet, y est examiné, pour la deuxième fois, un amendement prévoyant explicitement la reconnaissance de l'amnésie traumatique comme un obstacle insurmontable<sup>48</sup>. Or, la majorité parlementaire et le gouvernement vont s'y opposer, brisant le fragile consensus qui semblait avoir été obtenu lors des discussions de la loi du 3 août 2018. Le rejet est ainsi motivé par le rapporteur à l'Assemblée nationale Didier Paris :

« Dans notre droit, cette procédure peut intervenir du fait de la loi ou d'une contrainte qui ne peut pas être repoussée. Ici, vous proposez d'instaurer un critère subjectif lié à l'amnésie traumatique, qui est difficilement contrôlable. La proposition paraît donc, là encore, disproportionnée. J'en comprends le motif, mais je donne le même avis défavorable »<sup>49</sup>.

- 32 On retrouve ici l'argument de la subjectivité, apparu en 2014 lorsqu'un premier amendement similaire avait été présenté par la députée — également apparentée UDI — Sonia Lagarde, mais qui n'avait plus depuis été invoqué, en particulier lors des discussions de la loi du 3 août 2018. L'argument de la subjectivité paraît partagé par la ministre de la Justice qui, par son silence, semble se rallier à l'opinion du rapporteur. D'où, une troisième occasion manquée.
- 33 Pour conclure sur l'ensemble du travail législatif réalisé depuis la loi du 10 juillet 1989, il apparaît que si le législateur a très tôt manifesté la volonté de mieux protéger les victimes de violences sexuelles contre les effets de la prescription, la mauvaise connaissance du mécanisme de l'amnésie traumatique a nui à la qualité de la protection offerte aux victimes. Absente des premiers travaux parlementaires prenant en compte le traumatisme des victimes, elle n'apparaît qu'en 2004. Il faut toutefois attendre dix années avant que des parlementaires UDI ne découvrent en 2014 le seul instrument en mesure d'offrir une protection satisfaisante à ces victimes : la suspension de la prescription en raison d'un obstacle insurmontable. Pourtant, malgré la consécration de la notion d'obstacle insurmontable par la loi de 2017 sur la prescription et malgré le consensus auquel étaient parvenus Gouvernement et Parlement, lors de la discussion de la loi du 3 août 2018, sur la possibilité de qualifier ainsi l'amnésie traumatique, aucune consécration de cet instrument n'est intervenue. Enfin, le consensus qui s'était dégagé a disparu le 23 novembre 2018 lorsque l'Assemblée nationale, avec l'appui du Gouvernement, a rejeté un amendement qui entendait faire de l'amnésie traumatique un obstacle insurmontable. Cette fois l'amendement n'a pas été rejeté au motif qu'il serait mal formulé ou qu'il empièterait sur le pouvoir d'appréciation du juge. Non, cette fois le rejet est définitif puisque fondé sur le fait que l'amnésie serait de nature subjective, de sorte qu'elle ne pourrait pas constituer un obstacle insurmontable. Comment s'étonner, dans ces conditions, que les juges n'aient pas non plus eux-mêmes

accueillis les demandes des victimes d'amnésie traumatique ainsi que nous allons le voir ?

## B La jurisprudence sur l'amnésie traumatique

- 34 Il convient ici d'étudier séparément la jurisprudence de la Cour de cassation selon qu'elle soit ou non antérieure aux propos tenus au Parlement à l'occasion de l'examen de la loi du 3 août 2018 et reconnaissant à l'amnésie traumatique la qualification d'obstacle insurmontable.

### 1 La jurisprudence antérieure à la loi du 3 août 2018

- 35 La question de l'amnésie traumatique affleure dans la jurisprudence de la Cour de cassation bien plus tardivement que dans la loi. En effet, du moins jusqu'à la ténacité de Mié Kohiyama, les victimes amnésiques semblaient se résigner à l'idée que l'action publique serait prescrite malgré la caractérisation d'une amnésie traumatique<sup>50</sup>. Peut-être était-ce là une conséquence d'un manque de formation des professionnels de santé, trop peu nombreux à être capables d'expliquer aux victimes ce qu'elles vivaient et à les encourager à solliciter l'aide de la justice pour « récupérer » leur mémoire biographique. Certes, dans au moins une affaire, celle de la plainte contre l'évêque Di Falco, les règles sur la prescription avaient été contestées devant les juridictions, y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>51</sup>, mais sans succès. Cependant, il n'y avait semble-t-il pas en l'espèce d'amnésie traumatique, ce qui rendait plus délicate la contestation.
- 36 La première affaire à atteindre la Cour de cassation sur le fondement de l'obstacle insurmontable est ainsi celle de Mié Kohiyama qui donne lieu à un arrêt du 18 juin 2013 de la chambre criminelle. Dans cette affaire, où le pourvoi invoquait l'existence d'un obstacle insurmontable, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déclaré prescrite la plainte d'une victime rapportant pourtant la preuve de son amnésie traumatique. La cour d'appel est ainsi approuvée d'avoir jugé que :
- « 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** »<sup>52</sup>.
- 37 Le 22 juin 2016, malgré les initiatives parlementaires pour améliorer le sort des victimes d'amnésie traumatique suite à la médiatisation de cette décision de 2013, la Cour de cassation décide de maintenir le cap<sup>53</sup>. Il s'agissait, dans cette affaire de 2016, d'une victime qui, 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 été mise en œuvre. Là encore, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir écarté l'existence d'un obstacle insurmontable aux poursuites découlant de l'amnésie traumatique.

- 38 Par ailleurs, ces décisions de la Cour de cassation doivent être rapprochées d'un autre arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 mars 2018<sup>54</sup>. 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 motive le refus de qualifier celui-ci d'obstacle insurmontable aux poursuites.
- 39 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 précités relatifs à la loi du 3 août 2018 ou des critiques doctrinales ayant entre temps mis en évidence l'inconventionnalité de sa jurisprudence<sup>55</sup>. Il n'en fut rien.

## 2 La jurisprudence postérieure à la loi du 3 août 2018

- 40 Quelques mois à peine après le vote de la loi du 3 août 2018, une nouvelle affaire se présente devant la Cour de cassation. Celle-ci, par une décision du 17 octobre 2018 — la première sur le sujet publiée au *Bulletin de la Cour de cassation* —, affirme, dans des termes on ne peut plus clair, que l'amnésie traumatique ne peut 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 ».

- 41 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<sup>56</sup>. On y apprend deux choses. D'une part, il résulte de l'historique des lois sur la prescription réalisée 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 ».

- 42 Un an et demi plus tard, alors que la mission d'évaluation de la loi du 3 août 2018 a débuté ses travaux, 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 estime que la question de la constitutionnalité de sa jurisprudence n'est pas sérieuse, ce qui la conduit à refuser de transmettre sa question au Conseil constitutionnel<sup>57</sup>. L'examen des travaux préparatoires à l'arrêt ne permet pas d'y déceler une quelconque influence des discussions — relativement confidentielles — sur l'amnésie traumatique intervenue à l'occasion de la loi de programmation de la Justice. En revanche, la loi du 3 août 2018 a bien été prise en compte, sans que pour autant cela ne change la solution. 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<sup>58</sup>. D'autre part, les propos du rapporteur sous cet arrêt suggèrent que les magistrats de la formation auraient été prêts, s'il n'y avait eu cette précision sur la force majeure ajoutée en 2017<sup>59</sup>, à considérer l'amnésie traumatique comme un obstacle insurmontable<sup>60</sup>. Or, une telle évolution de la motivation — même si elle est sans conséquence sur la décision finale — pourrait également s'expliquer par la prise en compte des objectifs du législateur de 2018<sup>61</sup>.
- 43 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 positif, 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 prescrite, tout comme celles nées après ces dates et dont l'amnésie traumatique ne cessera qu'au-delà de leur 48<sup>e</sup> année.
- 44 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.

## II La contrariété du droit positif avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

- 45 Si la Cour de cassation ou les députés ont pu confronter le droit actuel avec les normes constitutionnelles, ils ne se sont semble-t-il jamais sérieusement interrogés sur sa compatibilité avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la « Convention » ci-après). L'occasion leur a pourtant été donnée à chacun au moins une fois : le Parlement, lors de l'examen de l'amendement précité déposé lors de la loi de programmation de la justice, lequel évoquait le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>62</sup> amenée prochainement à statuer sur cette question<sup>63</sup> ; la Cour de cassation, dans sa décision du 6 mars 2018 précitée, relative à l'action d'une personne intersexuée et où les plaideurs tentaient de contourner l'obstacle de la prescription via l'invocation de l'article 3 de la Convention.. Pourtant, à chaque fois, ces arguments n'ont pas été sérieusement examinés. Or, il peut

être montré que le refus de la Cour de cassation et du législateur d'ouvrir les prétoires à toutes victimes amnésiques — passées ou futures — de violences sexuelles conduit à priver celles-ci d'un certain nombre de droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (a). En outre, la raison sous-tendant ce refus — le subjectivité de l'obstacle insurmontable — apparaît reposer sur une discrimination indirecte prohibée par cette même convention (b).

## A Une jurisprudence méconnaissant les droits garantis par la Convention

- 46 En premier lieu, cette jurisprudence méconnaît les droits d'enquête et d'accès effectif à un tribunal garanti par les articles 2, 3 et 6 de la Convention.

### 1 La violation du droit à une enquête

- 47 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<sup>64</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme déduisant globalement de ces deux textes un même droit à l'enquête<sup>65</sup>.
- 48 Il importe de préciser le cadre général de ce droit à l'enquête, puis de l'appliquer au cas d'espèce.

#### a) Cadre général du droit à l'enquête

- 49 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 »<sup>66</sup>.

- 50 Ce droit à une enquête n'implique pas seulement le versement d'une indemnité civile. La Cour a en effet 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 jugé, 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 »<sup>67</sup>. De là, la Cour en est venue 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 »<sup>68</sup>. 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<sup>69</sup>.

51 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*<sup>70</sup> —, 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* »<sup>71</sup>.

52 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 affirmé par la Cour, selon lequel l'article 3 consacrerait des droits absolus auxquels il ne saurait être dérogé, contrairement à d'autres articles 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.

53 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 conduite 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 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** »<sup>72</sup>.

54 Deuxièmement, deux ans après ces observations générales du Comité contre la torture, dans une affaire *Mocanu et autres c. Roumanie*<sup>73</sup>, 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 [...], 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 n° 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. Aussi [...] **ces facteurs sont-ils pris en compte** de plus en plus souvent au niveau national, aboutissant à une certaine **flexibilité quant aux délais de prescription** applicables aux demandes de réparation de préjudices corporels ».

- 55 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 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.

#### **b) Application de ce cadre en l'espèce**

- 56 À titre liminaire, soulignons 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<sup>74</sup>. Cela l'a notamment conduit, dans l'affaire *B.V. c. Belgique*<sup>75</sup>, à faire bénéficier les victimes de viol du droit à une enquête et à sanctionner la Belgique pour le défaut d'une telle enquête. Dès lors, les victimes amnésiques de violences sexuelles pourraient bien bénéficier de la règle jurisprudentielle en cours de formation sur l'inopposabilité des règles de prescription en cas de traitements inhumains et dégradants. En outre, 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 *Valiulienė 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 peut pas constituer un obstacle insurmontable, alors que d'autres interprétations sont possibles et défendables<sup>76</sup>, la Cour de cassation peut être considérée comme la principale responsable 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 *Valiulienė 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.
- 57 Certes, cette jurisprudence de la Cour de cassation n'interdit pas en soi au ministère public de diligenter des enquêtes et, effectivement, certains parquets, tels celui de Paris, ouvrent de telles enquêtes malgré la prescription. Est-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 impunies » de telles violences, pour reprendre le vocabulaire de la Cour européenne des droits de l'homme.

- 58 Ne pourrait-on pas toutefois tenter d'arguer qu'il s'agit là d'un moyen pour la Cour de cassation de protéger le principe de nécessité des peines, découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, lequel interdirait le prononcé de peines trop longtemps après les faits<sup>77</sup> ? Cet argument pourrait à première vue trouver quelque appui sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, après s'y être un temps refusé<sup>78</sup>, a récemment reconnu, sur le fondement de cet article 8 et du principe de sécurité juridique tiré de l'article 16 de la même Déclaration, un principe d'adéquation des règles de prescription à la nature et à la gravité des infractions<sup>79</sup>. Ne pourrait-on pas dès lors affirmer que ce principe d'adéquation interdirait des règles de prescription permettant de poursuivre des auteurs d'infractions très longtemps après les faits ? Il est permis d'en douter pour deux raisons. Premièrement, le Conseil constitutionnel a indiqué qu'il n'entendait exercer qu'un contrôle restreint sur les normes de prescription<sup>80</sup>, ce qui l'a par exemple conduit dans cette même décision à valider un dispositif jurisprudentiel permettant le report d'infractions dites « dissimulées ». Deuxièmement, ce principe constitutionnel dégagé n'interdit pas en soi de longues durées de prescription ; il interdit seulement des règles de prescription « manifestement inadéquates à la nature et à la gravité de l'infraction ». Or, dans la mesure où les infractions sexuelles sont de nos jours jugées particulièrement graves compte tenu de leur effet à long terme et dans la mesure où les difficultés des victimes à dénoncer ces infractions sont inhérentes à celles-ci à raison des traumatismes psychiques qu'elles occasionnent, l'application en l'espèce du principe d'adaptation des règles de prescription à la gravité et à la nature des infractions, loin d'interdire des règles de prescription flexibles, paraît au contraire les commander<sup>81</sup>.
- 59 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 problème soulevé par cette jurisprudence, laquelle interroge aussi au regard du droit d'accès aux tribunaux.

## 2 La violation du droit d'accès aux tribunaux

- 60 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.

#### **a) Cadre général du droit d'accès à un tribunal**

- 61 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*<sup>82</sup>. Dans cette affaire, dont les faits sont proches de ceux que vivent 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 pénales. 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 liés 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.
- 62 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 »<sup>83</sup>. 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 ».

#### **b) Application de ce cadre en l'espèce**

- 63 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, compte tenu de ce que selon la jurisprudence leur action serait prescrite, 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 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<sup>84</sup>. 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 peuvent agir sur le terrain civil<sup>85</sup>. 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 pas accéder à un tribunal 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.

- 64 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 de l'auteur de l'infraction, 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<sup>86</sup>. 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'examen 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<sup>87</sup>, 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 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 éléments probatoires<sup>88</sup>. 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<sup>89</sup>. 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 conventionalité 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<sup>90</sup>. Pour toutes ces raisons, l'on ne peut qu'écarteler 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 caractérisée.

- 65 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.

### *c) Une jurisprudence discriminatoire*

- 66 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. Il ne résulte pas, en effet, d'une forme manifeste de discrimination, dite « discrimination directe », et consistant à traiter explicitement les femmes différemment des hommes. Ainsi, 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 sur leur jurisprudence relative à 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 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<sup>91</sup>. 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 *Hoogendijk 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 »<sup>92</sup>. 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 »<sup>93</sup>.
- 67 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

réponde pas à un but légitime ou ne soit pas mis en œuvre de manière proportionnée au regard de ce but. En l'espèce, il peut être montré que ces deux conditions sont bien réunies.

- 68 Concernant la première condition, une étude menée en 2018<sup>94</sup> 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 prononcée 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 invoquée *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 sexe 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 proportionnellement autant par des hommes que par des femmes<sup>95</sup>, 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<sup>96</sup>, alors pourtant qu'il y a à peu près autant d'hommes que de femmes victimes de violences physiques et/ou sexuelles<sup>97</sup>. Incontestablement, la manière dont la Cour de cassation apprécie la notion d'obstacle insurmontable désavantage donc les femmes victimes par rapport aux hommes.
- 69 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.
- 70 Premièrement, il n'est pas possible de trouver un but légitime au carcan dans lequel la Cour enserme, 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<sup>98</sup>. Pour les autres infractions, en particulier les crimes d'homicide ou de viol, le *report* du point de départ de la prescription avait été refusé, la Cour finissant néanmoins par accepter une *suspension* à la condition très étroite d'une preuve d'un obstacle insurmontable aux poursuites<sup>99</sup>. Or, la doctrine, jetant un regard d'ensemble sur cette jurisprudence, n'a pas manqué de dénoncer une « casuistique fluctuante et parfois incohérente »<sup>100</sup> et aboutissant à des solutions « surprenante[s] » protégeant notamment mieux les atteintes aux biens que les atteintes aux personnes<sup>101</sup>. 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 ? »<sup>102</sup>.

- 71 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 fondée sur l'idée d'objectivité de l'obstacle insurmontable<sup>103</sup>, 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 guère de place au doute<sup>104</sup>. Il est vrai cependant que dans certaines 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 que, dans au moins un arrêt du 25 avril 2017<sup>105</sup>, 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 ce témoin. Celle-ci, en effet, avait par ailleurs été victime d'agressions sexuelles de la part d'un des auteurs de l'homicide, lesquelles avaient généré chez elle 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<sup>106</sup>.
- 72 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.
- 73 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 corrigée 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.

## B Le remède à l'inconventionnalité de ce dispositif

- 74 Après avoir présenté les modifications législatives qui devraient être apportées pour contraindre la Cour de cassation à faire évoluer sa jurisprudence (a), l'on récusera par

avance les arguments qui ne manqueront pas d'être invoqués pour faire obstacle à cette évolution (b).

### 1) Les modalités du remède proposé

75 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 (i). Il devra également être spécifié que ces précisions sont interprétatives (ii).

### 2) Les modifications à apporter à l'article 9-3

76 Il convient tout d'abord 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.

77 Cette précision ne serait toutefois pas à elle seule 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, il ressort de l'arrêt du 25 mars 2020, éclairé par le rapport du conseiller de Larosière de Champfeu, que la Cour de cassation considère actuellement que la notion d'obstacle « assimilable à la force majeure » implique de démontrer que l'obstacle présente toutes les qualités de la force majeure l'existence d'un cas de force majeure<sup>107</sup>. Or, pour ce conseiller, c'est avant tout parce que l'amnésie traumatique ne répond pas à cette condition qu'elle ne peut pas suspendre la prescription. La même explication se trouve dans un document adressé par la Cour de cassation à la députée Alexandra Louis chargée d'évaluer la loi du 3 août 2018, puisque la seule explication donnée au refus de la Cour de cassation d'indemniser les victimes d'amnésie traumatique repose sur la référence à la force majeure dans l'article 9-3 ; toute référence à l'idée d'un obstacle par trop subjectif ayant disparu... Une telle instrumentalisation de la référence à la force majeure dans l'article 9-3 doit être combattue en montrant que, à au moins trois égards, l'interprétation par la Cour de cassation de la notion « d'obstacle assimilable à la force majeure » est discutable.

78 Premièrement, 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<sup>108</sup>, 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.

79 Deuxièmement, 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. En effet, selon l'exposé des motifs de la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, il s'agissait par-là de « consacrer 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 »<sup>109</sup>. 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 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 »<sup>110</sup> et de citer un arrêt du 8 août 1994 qui aurait fait référence à la force majeure pour définir la notion d'obstacle insurmontable<sup>111</sup>. 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<sup>112</sup>. 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<sup>113</sup>, 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.

80 Troisièmement, la comparaison de cette interprétation de l'article 9-3 avec d'autres solutions jurisprudentielles permet de faire apparaître le caractère infondé de l'assimilation de la notion d'obstacle insurmontable avec celle de la force majeure. En effet, jusqu'à présent, la jurisprudence de la chambre criminelle s'efforçait plutôt de distinguer ces deux notions. Ainsi, à propos du délai de 5 jours pour se pourvoir en cassation, un arrêt du 23 octobre 2013 de la chambre criminelle jugeait par exemple que : « s'il peut être dérogé, à titre exceptionnel, aux prescriptions de l'article 568 du code de procédure pénale, c'est à la condition que, **par un événement de force majeure ou par un obstacle insurmontable** et indépendant de sa volonté, le demandeur se soit trouvé dans l'impossibilité de s'y conformer »<sup>114</sup>.

81 Pour toutes ces raisons, l'on ne peut que protester contre l'assimilation totale réalisée par la Cour de cassation entre la notion d'obstacle insurmontable et celle de force majeure. 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 purement et simplement supprimée.

### 3) Des précisions devant être de nature interprétative

82 Pour que les deux modifications ci-avant proposées — la prise en compte des traumatismes 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 inscrit 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<sup>115</sup>.

83 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<sup>116</sup>. En effet, comme l'indique son intitulé, ce principe ne concerne à proprement parler que la rétroactivité de la loi, entendu au sens large comme toute norme édictée, 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 défavorable aux femmes victimes de violences sexuelles. Ainsi, dans un arrêt *S.W. c. Royaume-Uni* de 1995<sup>117</sup>, 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<sup>118</sup>, 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. Pour ces raisons, il serait donc possible de prévoir le caractère interprétatif des modifications de l'article 9-3 prévues plus haut.

84 Ces modifications pourraient prendre la forme d'un article ainsi rédigé qui permettrait enfin de mettre un terme au « déni de justice » que subissent les victimes amnésiques de violences sexuelles :

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. Les dispositions du I. sont interprétatives.

---

## NOTES

1. A. Leclair, « Après l'affaire Matzneff, Marlène Schiappa prête à renforcer la loi sur les violences sexuelles », *Le Figaro*, 27 janv. 2020.
2. Au moins deux auditions ont été consacrées spécifiquement à ce sujet par la députée Louis mandatée pour cette évaluation ; la question a également été abordée plus largement dans l'audition réalisée avec un représentant de la chambre criminelle de la Cour de cassation.
3. M. Salmona, « Chapitre 7. L'amnésie traumatique : un mécanisme dissociatif pour survivre », in R. Countanceau (dir.), *Victimologie. Evaluation, traitement, résilience*, Dunod, 2018, p. 71.
4. Les règles de cotations des actes médicaux conditionnant leur remboursement imposent en effet de recourir à la CIM. Cf. l'arrêté du 23 décembre 2016 relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale des établissements de santé publics ou privés ayant une activité d'hospitalisation à domicile et à la transmission d'informations issues de ce traitement. L'arrêté est pris en application des articles L. 6113-7 et R. 6113-2 du code de la santé publique.
5. <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/626975732>>
6. Association américaine de psychiatrie, *DSM-5. Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, Elsevier-Masson, 2015.
7. Pour un site de vulgarisation, cf. le site *Le cerveau à tous les niveaux* hébergé par l'Université de McGill à Québec et la page « L'amygdale et ses alliés ».
8. O. Dodier, « Légiférer au moyen de l'amnésie traumatique constitue un risque », *Dalloz actualité. Le droit en débat*, 6 déc. 2017 ; H. Otgaar *et al.*, « The Return of the Repressed: The Persistent and Problematic Claims of Long-Forgotten Trauma », *Perspectives on Psychological Science*, Vol. 14(6), p. 1072-1095, 2019.
9. M. Salmona préc.
10. JOAN, Séance du 3 juill. 1989, p. 2893.
11. *Idem.*
12. JO AN, 3<sup>e</sup> séance du 23 mai 2003, p. 4125.
13. Assemblée nationale, *Proposition de loi visant à ériger l'inceste en infraction pénale dans le code pénal*, n° 1896, 4 nov. 2004, p. 4.
14. JO AN, 2<sup>e</sup> séance du 28 avr. 2009, p. 3693.
15. *Idem.*
16. Sénat, *Proposition de loi modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles*, 13 févr. 2014, n° 368.
17. Cf. l'amendement 40 introduit en séance lors de la discussion de la proposition de loi relative au renforcement de la lutte contre le système prostitutionnel et proposant pour les victimes majeures un allongement de la prescription : JO AN, 2<sup>e</sup> séance du 29 nov. 2013, p. 12454. *Adde* Sénat, *Proposition de loi modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles*, délibérée le 28 mai 2014, n° 126, art. 1<sup>er</sup>.
18. Sénat, *Proposition de loi modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles*, 13 févr. 2014, n° 368. Rapp. l'amendement n°1 rectifié, déposé par Olivier Faure lors de l'examen en première lecture de ce texte par l'assemblée nationale.
19. Cf. l'amendement CL6 déposé en commission des lois au Sénat lors de l'examen de cette même proposition de loi.
20. JO AN, Séance du 27 nov. 2014, p. 929 évoquant à deux reprises les travaux de la psychiatre Muriel Salmona. *Adde* les propos de psychiatres cités dans l'exposé des motifs de la proposition de loi citée *supra* note 19.

21. Cf. *Rapport sur la proposition de loi modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles*, 12 nov. 2014, n° 2352, p. 27 et les discussions en séance : *JO AN*, Séance du 27 nov. 2014 préc.
22. *Rapport sur la proposition de loi modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles*, 12 nov. 2014, n° 2352, préc., p. 29 et s.
23. Assemblée nationale, *Rapport d'information sur la prescription en matière pénale*, n° 2778, 20 mai 2015.
24. Cf. l'audition des docteuses M. Salmona et M. Guérin le 26 févr. 2015.
25. Cf. l'exposé de M. Guérin.
26. C. Hardouin-Le Goff, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, 2008.
27. Assemblée nationale, *Rapport d'information de la mission d'information sur la prescription pénale*, préc., p. 84 et s.
28. Voyez ses propos tenus en séance lors de l'examen de la réforme de la prescription en matière pénale : *JO AN*, Séance du 13 oct. 2016, p. 14493 et 14494.
29. Il fera d'ailleurs adopter un amendement prétendument de clarification, précisant que l'obstacle insurmontable est « assimilable à la force majeure » : 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>>.
30. Pour les débats à l'Assemblée, cf. les amendements CL4 et CL16 rejetés lors de la séance du 2 mars 2016 de la Commission des lois. Pour le Sénat, cf. les propos du sénateur F.-N. Buffet lors de la discussion générale (*JO AN*, Séance du 13 oct. 2016, p. 14493-14494) et le rejet en séance publique des amendements 3 rectifié quater, 4 rectifié quater, 5 rectifié quater et n°7 rectifié bis (*idem*).
31. <https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/legalite-entre-les-femmes-et-les-hommes-declaree-grande-cause-nationale-par-le-president-de-la-republique/>.
32. 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, spé. la recommandation n° 1. Installée en novembre 2016 par la Secrétaire d'État Laurence Rossignol, elle avait néanmoins rendu son rapport trop tard pour exercer une influence sur la loi de 2017 précitée relative à la prescription.
33. Délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale, *Rapport d'information sur le viol*, n° 721, 22 févr. 2018, spé. la recommandation n° 23.
34. Assemblée nationale, *Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, n°778, p. 6.
35. *Ibid.*, p. 4.
36. Comp. avec les discussions qui ont lieu à propos de l'article 2 relatif à la définition du viol. Cf. not. les propos en séance de M. Schiappa et N. Belloubet : *JO Sénat*, séance du 4 juill. 2018, p. 9083 et p. 9085. La question de l'application dans le temps de cet allongement n'avait en revanche pas échappé Conseil d'État et aux rédacteurs de l'étude d'impact, lesquels l'évoquent sans toutefois donner aux parlementaires les clefs pour saisir le nombre de victimes restant sur le bord de la route : 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*, n° 39437, 15 mars 2018, n° 15, p. 3 et *Étude d'impact. Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, 19 mars 2018, p. 17.
37. 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.
38. 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
39. Délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale, *Rapport d'information sur le viol*, n° 721, 22 févr. 2018, p. 19 et s. Adde le travail de sensibilisation menés par ces professionnels auprès

de la Secrétaire d'État Marlène Schiappa, via la remise le 20 octobre 2017 d'un rapport consacré à l'amnésie traumatique et évoquée par la Secrétaire d'État lors des travaux parlementaires à la loi du 3 août 2018, p. 3803.

40. S. Auconie et al., Amendement 67, rejeté : JOAN, 2<sup>e</sup> séance du 15 mai 2018, p. 3802. 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*, pp. 35-36) mais finalement écartés lors de la Commission mixte paritaire.

41. JOAN, 2<sup>e</sup> séance du 15 mai 2018, p. 3802.

42. *Idem*, p. 3803.

43. Séance du 20 juin 2018, retranscrite dans Sénat, Commission des lois, *Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, n° 589, 20 juin 2018, p. 87.

44. Sénat, *Rapport sur la proposition de loi d'orientation et de programmation pour une meilleure protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles*, n° 372, p. 38.

45. *Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, p. 36.

46. JO Sénat, séance du 4 juill. 2018, p. 9122.

47. JO AN, 2<sup>e</sup> séance du 15 mai 2018, p. 3802.

48. S. Auconie et al., Amendement n°676.

49. JO AN, 1<sup>re</sup> séance du 23 nov. 2018, p. 12586.

50. Cf. la décision du procureur évoquée dans CA Bordeaux, 6 mai 2015, 13/04091.

51. M. Le Priol, « Le plaignant qui demandait des réparations à Mgr di Falco a été débouté », *La Croix*, 12 mars 2018.

52. Cass. crim. 18 juin 2013, n° 13-81.129.

53. Cass. crim., 22 juin 2016, n° 15-81.096.

54. Cass., crim., 6 mars 2018, 17-81.777.

55. B. Moron-Puech « 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.

56. Que celui-ci soit remercié pour nous les avoir adressées.

57. Cass., crim., 25 mars 2020, n° 19-86.509.

58. « 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 l'encontre de mineurs pour tenir compte de cette problématique spécifique, comme cela résulte expressément des débats parlementaires. »

59. Sur laquelle cf. *infra*.

60. « 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).

61. Elle pourrait également être reliée à la parution de plusieurs articles consacrés au sujet dans un revue très lue par les magistrats : *Les cahiers de la justice*. 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.

62. Cf. l'exposé des motifs de l'amendement 676 cité *supra* note 49.

63. L'arrêt précité du 6 mars 2018 fait actuellement l'objet d'une requête devant la Cour et il semble qu'il en sera de même dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité de la chambre criminelle du 25 mars 2020.

64. Ce texte est 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 de des agressions sexuelles subies, soit de manière différés à raison des traumatismes psychiques les ayant conduit à des tentatives de suicide.
65. CEDH, 6 avr. 2000 [GC], *Labita c. Italie*, § 131 ; CEDH, 8 janv. 2009, *Iribarren Pinillos c. Espagne*, §49-50. Adde CEDH, 3 mars 2015, *S.Z. c. Bulgarie*, §44.
66. CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et a. c. Bulgarie*, § 117.
67. CEDH, 6 avr. 2000 [GC], *Labita c. Italie*. Adde CEDH, 3 mars 2015, *S.Z. c. Bulgarie*, §44.
68. CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäffgen c. Allemagne* [GC], § 119.
69. CEDH, *Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], 24 mars 2011, §306. La Cour commence par y affirmer qu'en raison de es 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 aux droits garantis par l'article 3 dans les arrêts suivants : CEDH, 3 mars 2015, *S.Z. c. Bulgarie*, §46 et CEDH, 26 mars 2013, *Valiulienė c. Lituanie*, §85.
70. Cf. les références à la note précédente.
71. CEDH, 26 mars 2013 *Valiulienė c. Lituanie*, §85.
72. ONU, Comité contre la torture, *Observation générale (n° 3). Application de l'article 14*, 13 déc. 2012. Rappr. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Lutte contre la violence sexuelle à l'égard des enfants: renforcer l'action et la coopération en Europe*, Résolution n° 2330, 26 juin 2020, §6.1.4., exhortant les États membres à « supprimer le délai de prescription de la violence à caractère sexuel à l'égard des enfants, ou du moins à veiller à ce que le délai soit proportionné en droit pénal et civil à la gravité de l'infraction alléguée et, en tout état de cause, au moins égal à 30 ans à compter de la date à laquelle la victime atteint l'âge de 18 ans ».
73. Cf. not. CEDH, 17 sept. 2014, *Mocanu et a. c. Roumanie*.
74. CEDH [GC], 25 sept. 1997, *Aydın et a. c. Turquie*, n° 23178/94, §83.
75. CEDH, 2 mai 2017, *B.V. c. Belgique*, §55-71.
76. Cf. *infra*.
77. Bien qu'absent explicitement de la jurisprudence, l'idée que l'article 8 constituerait un obstacle à la reconnaissance de l'amnésie traumatique se trouve sous la plume de magistrats. Ainsi figure-t-elle dans le rapport du conseiller de Larosière de Champfeu sous l'arrêt du 25 mars 2020 ou dans un document justifiant notamment la jurisprudence de la Cour sur l'amnésie traumatique et remis par le conseiller lors de sa mission d'évaluation de la loi du 3 août 2018.
78. CC, 11 oct. 2018, n° 2018-38 QPC.
79. CC, 24 mai 2019, n° 2019-785 QPC.
80. Cf. le commentaire officiel de la décision, p. 24.
81. *Contra* Cass., crim., 25 mars 2020 préc.
82. CEDH, 22 oct. 1996, *Stubbings et a. c. Royaume-Uni*, §50-57.
83. CEDH, 17 sept. 2013, *Eşim c. Turquie*, §25.
84. 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, pp. 45-55.
85. Rappr. CEDH, 4 déc. 2003, *M.C. c. Bulgarie*, §173, 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.
86. Rappr. CEDH, 9 janv. 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, §135-140, 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, lesquelles ont 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 ».

87. 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, pp. 71-85.

88. 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, pp. 649-669.

89. CEDH, 21 janv. 1999, *García Ruiz c. Espagne* [GC], § 28.

90. Cass., 10 oct. 2019, n° 18-21871, 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, évoquant la jurisprudence de la Cour dans le commentaire et le dossier documentaire accompagnant l'arrêt.

91. Cf. l'arrêt de principe CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, §154 : « *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* ».

92. CEDH, 6 janv. 2001, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, p. 21.

93. CEDH, 13 nov. 2007 [GC], *D.H. c. République Tchèque*, §188.

94. « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle mutilation juridique par la Cour de cassation ? », *RJSP*, n° 15, 2018.

95. 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, figure 3, p. 3.

96. 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,, tableau 1.

97. 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.

98. 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.

99. 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.

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

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

102. 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 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. Méza, « 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.

**103.** « Rejet de l'action d'une personnes intersexuée pour violences mutilantes », préc.

**104.** 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, pp. 71-85.

**105.** Cass., crim. 25 avr. 2017, n° 17-88.879.

**106.** Rappr. CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, § 7, retenant le caractère disproportionné d'une atteinte à un droit garanti par la Convention compte tenu des incohérences constatées.

**107.** L'idée est également largement développée dans une note du conseiller doyen de la chambre criminelle adressée à la députée Alexandra Louis afin de l'aider dans sa mission d'évaluation de la loi du 3 août 2018.

**108.** 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 ».

**109.** A. Tourret et G. Fenech, *Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale*, 1<sup>er</sup> juill. 2015, doc. n° 2931, p. 5.

**110.** 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.

**111.** Cass. crim., 8 août 1994, n° 93-84.847, cité en note 3, p. 28 du rapport mentionné à la note précédente.

**112.** 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 parti de s'en tenir à l'acception traditionnelle de la force majeure.

**113.** 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.

**114.** Cass., crim., 23 oct. 2013, n° 12-87.611.

**115.** Cf. les références aux travaux parlementaires citées *supra* note n° 1.

**116.** *Contra* le rapport du conseiller de Larosière de Champfeu sous l'arrêt Cass., crim., 25 mars 2020, préc., considérant qu'une évolution de la jurisprudence aboutirait à faire « revivre l'action publique quand elle est éteinte par la prescription », ce qui « reviendrait à méconnaître l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, qui interdit la rétroactivité de la loi pénale plus sévère ».

**117.** CEDH, 22 nov. 1995.

**118.** 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) fondé sur l'adage *contra non valentem*. *Adde* *Crim.* 19 juill. 1883 : *Bull. crim.*, n° 182, p. 302 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. *Adde* *Crim.*, 3 nov. 1887 : *Bull. crim.*, n° 363, p. 578, 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.

---

## RÉSUMÉS

Depuis quelques années, s'est développée au sein de la Cour de cassation une jurisprudence particulièrement restrictive des droits des victimes sexuelles souffrant, à la suite de ces violences, d'amnésie traumatique. En effet, en raison des règles de prescription, la Cour refuse à ces victimes une enquête ou un procès relativement à ces violences. Cet article tente de mieux comprendre les raisons de cette jurisprudence, tout en la contextualisant au regard d'un mouvement législatif constant, ces trente dernières années, de renforcement des droits des victimes, via un allongement, un report ou une suspension de la prescription de l'action publique. Ce texte s'efforce également de développer une réflexion critique sur cette jurisprudence, en montrant qu'elle méconnaît un certain nombre d'articles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'où la proposition finale d'une modification du code de procédure pénal afin qu'il y soit mis un terme.

In recent years, the Court of Cassation has developed in its caselaw a solution very restrictive for the rights of victims of sexual abuse who, because of this violence, have suffered from traumatic amnesia. Indeed, because of limitation period, the Court refuses to order investigation and trial on the violence suffered by these violence, This contribution aims at deepening the reasons of such a caselaw by contextualizing it in the light of a constant legislative movement, over the past thirty years, of strengthening the rights of victims, by extending, postponing or suspending the prescription of public action. This contribution also develop a critical reflection on the judicial treatment of traumatic amnesia by showing that it ignores a certain number of rules from the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Hence this article end with a proposal to amend the Code of Criminal Procedure in order to bring this caselaw to an end.

## INDEX

**Mots-clés :** amnésie traumatique, violence sexuelle, prescription de l'action publique, droit à une enquête, droit d'accès à un tribunal, discrimination à l'égard des femmes

**Keywords :** traumatic amnesia, sexual violence, limitation period, right to an investigation, access to a court, discrimination against woman

## AUTEUR

### BENJAMIN MORON-PUECH

Benjamin Moron-Puech est enseignant-chercheur en droit au Laboratoire de sociologie juridique (Université Panthéon-Assas). Il travaille depuis dix années sur la thématique des minorités corporelles (personnes intersexuées, transgenres et sourdes) au contact des premiers concernés, des professionnels de santé et des acteurs institutionnels. Il s'efforce d'adopter une démarche située, participative, interdisciplinaire et empirique. Sur ce dernier point, il œuvre pour la production de données inédites, via notamment des procédures menées devant les juridictions.