



LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

Revue de l'Association des Juristes de Sciences Po • SEMESTRIELLE • N° 15 • JUIN 2018

*Le
genre
au prisme
du droit*

Camille Claudel, *L'implorante*
(détail), 1899.

AJSP

Les Juristes
de Sciences Po

BENJAMIN MORON-PUECH

Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes
Une nouvelle « mutilation juridique » par la Cour de cassation ? ¹



BENJAMIN MORON-PUECH

Benjamin Moron-Puech, maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, travaille sur la question intersexe en droit depuis 2009, question dont il traite notamment sur son carnet de recherche sexandlaw.hypotheses.org.

*Après un mémoire consacré aux personnes intersexuées en droit, il a notamment publié en article prospectif intitulé *Le droit des personnes intersexuées, chantiers à venir* (en libre accès).*

Soucieux de produire une recherche au service de la société, il met fréquemment sa recherche au service des institutions publiques qui l'auditionnent (Sénat, Défenseur des droits, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe). En outre, il travaille en lien avec la communauté intersexe. Ainsi, il a assisté

¹ L'auteur tient à remercier A. Dejean de la Bâtie, Clément Cousin, Lucie Dupin, Lisa Carayon et Marie Mercat-Bruns pour leur relecture et/ou leurs conseils avisés. Que la personne concernée par la présente affaire soit également remerciée pour nous avoir permis d'accéder à divers documents de la procédure afin d'avoir une idée plus précise des faits de l'affaire et des différents arguments échangés. Enfin que l'avocat général Croizier et M^e Périer soient remerciés pour nous avoir permis de diffuser leurs observations orales à l'audience.

A titre de déclaration de conflit d'intérêts, l'auteur indique qu'il est intervenu bénévolement dans l'affaire commentée afin de mettre à l'épreuve ses hypothèses de recherche quant à l'illégalité des actes médicaux de conformation sexuée.

pendant plusieurs années l'Organisation internationale intersexe (OII), avant de cofonder avec des juristes et des personnes intersexuées, l'association GISS | Alter Corpus, une association qui a pour objectif de faire respecter les droits fondamentaux des personnes intersexuées, par la voie du dialogue avec les pouvoirs publics, mais aussi des procès.

Il s'intéresse également depuis peu à la question sourde, laquelle présente de nombreux points communs avec la question intersexe.

Le 6 mars 2018, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans une formation exclusivement composée d'hommes — la seule femme était une greffière dénommée « greffier » dans la décision² —, s'est prononcée dans une affaire pénale ayant trait à la question de la licéité des actes médicaux subis par les personnes intersexuées pour les conformer aux standards dominants du masculin et du féminin³. Même si l'arrêt ne se prononce pas sur la licéité de ces actes médicaux de conformation sexuée et ne prend dès lors pas partie sur leur qualification de violences mutilantes défendue par les personnes concernées⁴, quelques universitaires⁵ et des normes internationales⁶ ou

² Cf. *infra* note 95.

³ En effet, à partir des années 1950 se sont développées en France des pratiques médicales visant à faire disparaître l'intersexuation des corps au motif que les personnes concernées avaient des « malformations » et qu'il fallait les aider à s'adapter à la société binaire où elles évoluaient.

⁴ S. Caillat et V. Guillot, « Nous, les intersexes, voulons qu'on laisse nos corps tranquilles », *Rue89*, 24 août 2013, <<https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-questions-de-genre/20130824.RUE8298/nous-les-intersexes-voulons-qu-on-laisse-nos-corps-tranquilles.html>> ; Collectif intersexe et Allié.e.s, *Manifeste de lancement*, 8 nov. 2016, <https://collectifintersexesetalliees.org/accueil/>.

⁵ Not. B. Moron-Puech, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de Master II, D. Fenouillet (dir), Université Paris II – Panthéon-Assas, Banque de mémoires, 2010, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/10dd4242-a25c-462b-8283-cb99a843f1d2>, nos 67 et s. ; M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, limite de l'usage économique du corps, thèse sous la dir. de V. Champeil-Desplats, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, n° 557, p. 529 ; B. Moron-Puech, « Le droit de personnes intersexuées. Chantiers à venir. 2^e partie », *La Revue des droits de l'homme*, n° 11, 2017, note 54.

⁶ ONU, Comité des droits de l'enfant, Observations finales sur le deuxième rapport périodique de l'Afrique du Sud, 26 oct. 2016, CRC/C/ZAF/CO/2, § 39-40 ; ONU, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales sur les quatrième et cinquième rapports combinés de la Suisse*, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, 25 nov. 2016, § 24-25 ; Union Européenne, Parlement Européen, *Résolution sur la promotion de l'égalité des genres en matière de santé mentale et de recherche clinique*, n° 2016/20196(INI), 14 févr. 2017, cons. BC et § 61.

internes de droit souple⁷, il n'en constitue pas moins un fait social important. Cette décision est en effet à notre connaissance la première décision pénale d'une juridiction supérieure, tant en France que dans le monde⁸, à concerner les actes de conformation sexuée subis un peu partout dans les pays développés par les personnes intersexuées⁹. Malgré ce caractère historique, cette décision est à ce jour passée totalement inaperçue faute de médiatisation par la Cour de cassation elle-même ou des médias tiers. Compte tenu de l'objet de ce numéro, ce commentaire fera toute sa place au concept de genre et, suivant une méthodologie déjà éprouvée¹⁰, il s'agira de rechercher si le *système de genre*¹¹ dans lequel évoluent les magistrats a pu ici influencer voire biaiser leur décision.

En l'espèce, les magistrats de la chambre criminelle étaient saisis du cas d'une personne intersexuée, née en 1977 et qui, comme la majorité des personnes dont l'intersexuation avait été à l'époque identifiée par les professionnels de santé, avait subi des actes de conformation sexuée. Ces interventions avaient ainsi permis d'assigner un marqueur de sexe féminin à cet enfant, un an après sa naissance, conformément aux règles consignées dans l'instruction générale de l'état civil alors en vigueur et reprises aujourd'hui au § 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 relative à l'état civil. À cette fin, cette personne avait notamment été chirurgicalement castrée dans sa jeune enfance

⁷ Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT, *Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT*, 21 déc. 2016, <http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2017/01/plan_de_mobilisation_contre_la_haine_et_les_discriminations_anti-lgbt_dilcrah.pdf>.

⁸ Seules à ce jour ont été à notre connaissance introduites des actions civiles. Tel est le cas en Allemagne (OLG Cologne, 3 sept. 2008, n° 5 U 51/18,

<http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2008/5_U_51_08beschluss20080903.html> ; LG Nuremberg-Fürth, 17 déc. 2015, no 4 O 7000/11,

<<https://www.justiz.bayern.de/gericht/olg/n/presse/archiv/2015/05075/index.php>>) et aux États-Unis où elle s'est soldée par une transaction (<<https://www.news.com.au/lifestyle/health/health-problems/mc-crawford-wins-legal-battle-over-intersex-surgery/news-story/453e822281e6e7598202110946018b13>>).

⁹ Ces opérations peuvent aussi avoir lieu dans les pays moins développés économiquement lorsque les médecins du pays du Nord se déplacent dans les pays du Sud. Cf. C. Kraus, « "Garçons sous-virilisés" et "filles élevées en garçons". Enquête sur la prise en charge des variations du développement du sexe dans des missions chirurgicales en Afrique de l'Ouest », *Socio*, vol. 9, p. 107-142.

¹⁰ Cf. les travaux du groupe REGINE, en particulier S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), « Introduction générale », *La loi & le Genre. Études critiques de droit français*, CNRS éditions, 2014.

¹¹ L'expression est inspirée de celle « système sexe / genre » proposée dans G. Rubin, « The Traffic in Women : Notes on the 'political economy' of sex » in Rayna R. Reiter (dir.), *Toward an Anthropology of Women*, New York and London, Monthly Review Press, 1975 : p. 157-210. Cf. la traduction de N.-C. Mathieu avec la collaboration de G. Pheterson : G. Rubin, « L'économie politique du sexe : transactions sur les femmes et systèmes de sexe/genre », *Les cahiers du CEDREF*, vo. 7, 1998, p. 3-81. Pour cette auteure, ce système est « un ensemble de dispositions par lesquelles le matériel biologique brut du sexe et de la procréation est façonné par l'intervention humaine, sociale, et satisfait selon des conventions, aussi bizarres que puissent être certaines d'entre elles. » Sur cette expression et ses limites, cf. N. Marignier, « La mémoire des concepts : le 'système sexe/genre' », *Corps et mots. Discours, sexes et genre*, <<https://corpsmots.hypotheses.org/212>>.

puis, à l'âge de 6 ans, fait l'objet d'une réduction de son « clitoris » et d'un agrandissement de la cavité vaginale, opérations dont l'on imagine sans peine, à l'aune des témoignages similaires que l'on peut trouver dans la littérature scientifique ou dans des rapports publics¹², le caractère traumatisant qu'elles ont pu avoir pour cette personne. Parvenue à l'âge adulte, cette personne intersexuée avait reçu de professionnels de santé un courrier qui ne lui était pas destiné bien qu'il comprît des éléments sur son état de santé. La lecture de ce courrier lui révéla qu'elle était une personne intersexuée dont l'intégrité physique avait été violée par le corps médical ayant construit pour elle des organes sexuels féminins. Jusque-là, en effet, cette personne n'avait guère conscience de ne pas avoir un sexe féminin, compte tenu de la réticence dolosive voire des mensonges de la communauté médicale à l'égard de ses parents et d'elle-même. Rappelons ainsi que la prise en charge de l'intersexuation conduisait à l'époque les professionnels de santé à taire aux personnes concernées et souvent aussi à leurs parents la réalité de cette intersexuation et l'absence de but thérapeutique des actes réalisés. Quatorze années après cette interception de son dossier médical et le choc qu'a dû être pour elle la prise de conscience de son intersexuation, cette personne se résolut à rencontrer un psychologue pour tenter de se reconstruire psychiquement. C'est semble-t-il à cette occasion qu'elle fut en mesure de se penser comme une personne intersexuée et de s'assumer comme telle. C'est cela qui, l'année d'après, en 2015, la conduisit à chercher une reconnaissance par l'État des violences subies et à introduire une plainte sur le fondement de l'article 222-10 du code pénal, texte réprimant les violences aggravées ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente.

Ces espoirs de reconnaissance n'aboutirent guère, la plainte n'étant pas instruite en raison d'une ordonnance de refus d'informer du juge d'instruction en date du 21 avril 2016, ordonnance confirmée par un arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel d'Angers en date du 8 février 2017. L'argument motivant ce refus d'informer fut la prescription de l'action publique. En effet, initialement, la victime et ses conseils avaient cru pouvoir se fonder sur l'article 7 alinéa 3 tel que modifié par la loi du 4 avril 2006 et donc pouvoir agir jusqu'au trente-huitième anniversaire de la victime (prescription de vingt ans avec une suspension pendant la minorité). C'était cependant oublier, comme le leur rappela le juge d'instruction, l'article L. 112-2, 4° du code pénal. Ce texte prévoit que les lois sur la prescription ne sont d'application immédiate que si la prescription n'est pas acquise. Or, en l'espèce, pour l'infraction de violences

¹² C. Krauss *et al.*, « À qui appartiennent nos corps ? », *Nouvelles questions féministes*, vol. 27, n° 1/2008 ; T. Jones T *et al.*, *Intersex. Stories and Statistics from Australia*, OpenBook Publishers, 2016, <<http://oii.org.au/wp-content/uploads/key/Intersex-Stories-Statistics-Australia.pdf>> ; J. M. DuBois et A. S. Iltis (dir.), *Normalizing intersex. Voices*, John Hopkins University Press, 2016,

<http://www.nibjournal.org/news/documents/Voices_2016_INTERSEX_FINAL.pdf> ; Sénat, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances, *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, n° 441, 23 févr. 2017, p. 148-157.

mutilantes seule visée par la plainte¹³, cela impliquait une prescription de seulement dix années qui, malgré le report jusqu'à la majorité se trouvait acquise. Pour tenter de contourner cette difficulté, la victime et ses conseils invoquèrent une cause de suspension de la prescription, à savoir l'existence d'un obstacle insurmontable. La cour d'appel écarta néanmoins l'argument au motif que l'absence de connaissance par la plaignante de son intersexuation jusqu'aux années 2000 ne constituait pas un obstacle insurmontable. La cour d'appel estima en effet que la plaignante avait connaissance d'avoir été opérée depuis son enfance d'une part et pouvait en savoir davantage sur cette opération *via* une consultation de son dossier médical d'autre part. C'est contre cette décision de refus d'informer que la personne intersexuée se pourvut en cassation, en invoquant non seulement la violation de l'article 7 du code de procédure pénale relatif à la prescription de l'action publique, mais aussi de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, article qui protège entre autres le droit d'accès au juge.

Au cœur du pourvoi se trouvaient donc deux questions. La première portait sur le point de savoir si le mensonge de l'institution médicale dont elle avait fait l'objet pouvait caractériser un obstacle insurmontable. Dans la négative, se posait alors une seconde question concernant la conformité de ce refus d'informer avec le droit d'accès à un tribunal posé par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

La Cour de cassation va répondre négativement à la première question, en estimant qu'en l'espèce aucun obstacle insurmontable ne pouvait être caractérisé dès lors que la partie civile avait été, « *dans le délai de la prescription de l'action publique, en mesure de connaître tant la réalité que la finalité des interventions chirurgicales subies et des traitements suivis* ». Puis, laissant sans réponse la deuxième question posée par le moyen, elle va rejeter le pourvoi.

Si cet arrêt n'est pas d'un très grand intérêt pour la dogmatique juridique, compte tenu à la fois de sa faible diffusion et du refus de la Cour d'y renouveler la notion d'obstacle insurmontable, il est en revanche très intéressant dans une perspective de sociologie juridique. L'analyse de cet arrêt permet en effet de mettre à jour comment une vision binaire et inégalitaire du genre conduit les magistrats à adopter un raisonnement biaisé, aboutissant au refus de mise en mouvement de l'action publique et donc au

¹³ Une autre solution aurait pu être retenue si la plainte avait visé l'infraction de viol. En effet, il aurait alors été possible à la victime de se prévaloir de la loi du 9 mars 2004 ayant prévu une prescription de vingt ans pour les infractions mentionnées à l'article 706-47 du code de procédure pénale, infractions parmi lesquelles figure le viol d'un mineur. Or, en l'espèce, cette infraction aurait pu être caractérisée à propos des actes de « bougirrages » mentionnés dans le dossier médical de la personne. Pour mémoire, le bougirrage désigne les actes de dilatation vaginale prescrits par les médecins et réalisés à l'aide d'un dispositif médical qualifié de bougie.

maintien de cette « barbarie hospitalo-tolérée qu'est la mutilation des intersexes »¹⁴. En effet, comme cela sera montré dans un premier temps, la Cour de cassation pouvait rendre une décision autre sur la prescription de l'action publique, à savoir retenir l'existence d'un obstacle insurmontable (I). Comme nous le verrons dans un second temps, s'il n'en a pas été ainsi c'est probablement en raison de biais liés à l'emprise sur les magistrats d'un système de genre binaire et inégalitaire (II).

I. LE REJET DISCUTABLE DE L'ABSENCE D'OBSTACLE INSURMONTABLE

La décision de la Cour de cassation de ne pas considérer qu'existait en l'espèce un obstacle insurmontable peut être discutée sur plusieurs terrains. D'une part, cette décision peut être contestée au regard de la jurisprudence rendue ces dernières années par la Cour de cassation sur la notion d'obstacle insurmontable. L'analyse de ces décisions laisse en effet apparaître qu'une autre solution pouvait en l'espèce être retenue (A). D'autre part, la décision fait fi de l'argument du droit européen auquel la Cour ne daigne pas répondre. Or, la prise en compte de celui-ci conduit à penser qu'une autre solution aurait dû être retenue (B).

A. La possibilité de caractériser un obstacle insurmontable

Avant de montrer comment est-ce qu'en application de la jurisprudence de la chambre criminelle un obstacle insurmontable aurait pu être ici caractérisé (2), il importe au préalable de rappeler cette jurisprudence, en particulier car la notion même d'obstacle insurmontable ne semble guère avoir été à ce jour travaillée systématiquement¹⁵ (1).

1. La notion d'obstacle insurmontable dans la jurisprudence de la chambre criminelle

La chambre criminelle de la Cour de cassation, à laquelle seule nous nous intéresserons¹⁶, a développé depuis d'assez nombreuses années une jurisprudence permettant de suspendre le cours de la prescription, en présence d'un obstacle dit insurmontable (jurisprudence distincte de celle sur le report du point de départ de la prescription). Cette jurisprudence sur l'obstacle insurmontable, souvent présentée

¹⁴ M.-X. Catto, *idem*. Le terme « barbarie » employée par l'auteur doit toutefois être entendu dans un sens courant et non juridique, les éléments constitutifs de l'infraction d'actes de torture et de barbarie (art. 222-1 c. pén.) ne semblant pas pouvoir être réunis, en particulier l'élément intentionnel.

¹⁵ Cf. par exemple, les propos récents et relativement imprécis de M. Lacaze, *AJ Pénal*, 2018, p. 97, note sous Cass. crim., 13 déc. 2017, n° 17-83.330 : « *La notion même d'obstacle insurmontable nous paraît d'abord, en effet, désigner des circonstances exceptionnelles, ou à tout le moins très particulières, alors que la simple dissimulation est presque inhérente à tout comportement infractionnel.* »

¹⁶ La notion d'obstacle insurmontable est également utilisée dans les autres chambres, mais avec semble-t-il une rigueur moins grande.

comme un corollaire de la force majeure¹⁷ ou de l'adage *contra non valentem*¹⁸, a cependant pendant longtemps été cantonnée aux obstacles de droit¹⁹. Elle était ainsi très utilisée pour permettre aux parties civiles de ne pas subir l'inaction du juge d'instruction dont elles n'étaient en rien responsables²⁰. Bien que la Cour de cassation ait pu confirmer en 1994 un arrêt qui évoquait la possibilité de caractériser cette notion en présence d'un obstacle de fait²¹, la Cour n'avait jamais saisi cette opportunité jusqu'en 2014. En 2011, par exemple, dans un arrêt inédit, elle avait refusé de retenir un tel obstacle en présence d'une personne qui avait commis des homicides, puis qui avait dissimulé les corps en mettant par la suite en place un stratagème pour, disait la cour d'appel, « *maintenir l'illusion de [l'existence des personnes assassinées] par l'envoi de courriers, la réception d'appels téléphoniques et les mouvements financiers* ». Ce n'est qu'en 2014 que la Cour a fini par admettre l'existence d'un tel obstacle insurmontable de fait, à propos d'une mère poursuivie pour l'homicide de ses enfants²². Pour la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, l'obstacle résultait en l'espèce de ce que les grossesses ne pouvaient « *être décelées par ses proches ni par les médecins consultés pour d'autres motifs médicaux, que les accouchements [avaient] eu lieu sans témoin, que les naissances n'[avaient] pas été déclarées à l'état civil, que les cadavres des nouveau-nés [étaient] restés cachés jusqu'à la découverte fortuite des deux premiers corps le 24 juillet 2010 et que, dans ces conditions, nul n'[avait] été en mesure de s'inquiéter de la disparition d'enfants nés clandestinement, morts dans l'anonymat et dont aucun indice apparent n'avait révélé l'existence* ».

Cette mise en œuvre réussie de la notion d'obstacle insurmontable ne s'est cependant pas traduite par la suite par sa large admission, la Cour se montrant très exigeante quant à sa caractérisation. En 2016, par exemple, la Cour de cassation a refusé l'existence d'un tel obstacle insurmontable à propos d'une personne violée qui, en raison de l'amnésie post-traumatique dont elle avait été frappée, avait été dans l'impossibilité d'exercer des poursuites. Ce faisant, la Cour réitérait une position semblable à celle qu'elle avait déjà exprimée dans un arrêt de 2013²³. En décembre 2017, de même, dans une affaire où deux hommes étaient accusés d'en avoir tué un autre dont ils avaient ensuite dissimulé le corps, la Cour a affirmé que « *la seule*

¹⁷ Ce lien est désormais explicitement fait dans l'article 9-3 nouveau du code de procédure pénale. Il est pourtant inopportun, les conditions de la force majeure n'étant pas celles de l'obstacle insurmontable : É. Vergès, « La prescription de l'action publique rénovée », *RSC*, 2017, p. 91-100, spé. p. 99. Rapp. E. Raschel, « Action Publique. Prescription. Fasc. 20 », *JCl. Procédure pénale*, à paraître, n° 189.

¹⁸ V. not. L. Saenko, « La prescription de l'action publique est-elle morte ? », *Rec. Dalloz.*, 2014, p. 2470, où l'auteur montre toutefois les difficultés de rattachement de cette jurisprudence à cet adage.

¹⁹ Cf. not. Cass. crim. 27 oct. 1987, n° 86-95.321 : *Bull. crim.*, n° 374 p. 992.

²⁰ Cass. crim., 24 févr. 1986, n° 84-93.267 : *Bull. crim.*, n° 71, p. 174.

²¹ Cass. crim. 8 août 1994, 93-84847 : *Bull. crim.*, 1994 n° 288 p. 706.

²² Cass. ass. plén., 7 nov. 2014, n° 14-83739 : *Bull. crim.*, AP, n° 1 ; *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2014, n° 340, p. 20 note E. Raschel.

²³ Cass. Crim. 18 décembre 2013, n° 13-81.129, inédit.

dissimulation du corps ne caractérise pas un obstacle insurmontable », solution jugée comme « sévère »²⁴ par certains auteurs qui auraient semble-t-il préféré que la Cour prenne en compte, par anticipation, la réforme de la prescription pénale opérée par la loi du 23 février 2017 et admette dès lors plus facilement les causes de report ou de suspension de la prescription. Le seul autre cas où l'obstacle insurmontable a été retenu c'est dans un arrêt du 25 avril 2017 concernant l'assassinat d'un mari par son épouse et le concubin de celle-ci. Dans cet arrêt la cour d'appel avait notamment relevé « *la duplicité des deux amants dans l'orchestration de la mise en scène, la dispersion des morceaux de cadavre assurant la clandestinité, puis le zèle montré par la veuve pour accréditer le scénario d'un abandon familial par un mari pressé de refaire sa vie* ». De même, les juges d'appel avaient relevé qu'une personne susceptible de dénoncer les faits, la sœur du concubin poursuivi, s'était trouvée dans « *l'impossibilité de porter à la connaissance des enquêteurs les informations dont elle disposait compte tenu de sa personnalité perturbée par les sévices sexuels répétés qu'elle-même avait subis de la part de son frère* ».

De la combinaison de ces arrêts, il est possible d'affirmer que la Cour de cassation ne retient la notion d'obstacle insurmontable qu'en présence de manœuvres destinées à dissimuler la réalité d'un fait et qui soient suffisamment sophistiquées d'une part et aient efficacement empêché les personnes pouvant agir en justice de le faire d'autre part.

Muni de ce prisme, il devient en effet possible de relire la jurisprudence antérieure d'une manière cohérente :

- Dans les arrêts de 2011 ou de décembre 2017 sur les homicides, l'obstacle insurmontable n'est pas retenu puisque le stratagème n'est pas jugé suffisamment élaboré, puisqu'il consistait simplement en un acte unique de dissimulation du corps ;
- Dans les arrêts de 2013 ou de 2016 sur le viol, l'obstacle insurmontable n'est pas retenu puisque l'auteur de l'infraction n'a rien fait pour dissimuler son geste, l'obstacle rencontré par la victime résultant de sa seule impossibilité psychologique d'agir, compte tenu de son amnésie ;
- Dans les arrêts de 2014 et d'avril 2017 en revanche, les manœuvres sont jugées suffisamment élaborées et efficaces. Dans le second arrêt, en particulier, la condition d'efficacité de l'obstacle insurmontable est retenue alors même qu'une des personnes avait été au courant du projet d'homicide et aurait pu en parler à la police. Pourquoi cette souplesse ? Parce que la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré que cette personne était « *perturbée* »

²⁴ R. Parizot, « Prescription de l'action publique : la dissimulation d'un cadavre ne constitue pas un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites », *RSC*, 2018, p. 130.

par des sévices sexuels répétés qu'elle avait subis de la part de son frère », l'une des personnes accusées, et cela après avoir relevé l'état de marginalité dans lequel cette personne était en raison de son alcoolisme. Dans cette situation, la cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation, accepte de considérer que ce n'est qu'à partir de la survenue d'un élément « l'ayant mise en confiance » que la sœur de l'auteur de l'infraction a été mise en mesure de dénoncer les faits et que ce n'est donc qu'à partir de cette date que l'obstacle insurmontable a disparu.

Une fois cernée la notion d'obstacle insurmontable dans la jurisprudence antérieure de la chambre criminelle, il devient à présent possible de confronter la présente affaire à cette notion.

2. L'application en l'espèce de la notion d'obstacle insurmontable

Appliquée à notre espèce, cette grille de lecture sur la notion d'obstacle insurmontable permet-elle de retenir l'existence d'un tel obstacle ? Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que soient réunies les conditions évoquées plus haut et qu'existent tout d'abord des manœuvres suffisamment élaborées destinées à empêcher les personnes pouvant agir en justice de le faire. La lecture de l'arrêt ne rend pas immédiatement visibles de tels agissements. En effet, ledit arrêt insiste seulement sur l'appréciation portée par la partie civile sur les actes qu'elle avait subis. Ainsi, dans la partie de l'arrêt résumant la décision d'appel, l'on peut lire que la partie civile « *ne se sentait pas autorisée à penser que ces pratiques médicales n'allaient pas de soi, que d'autres décisions auraient pu être prises* » ou encore, écrit un peu plus loin la Cour de cassation, au discours direct cette fois, que « *les pratiques médicales en cause étaient contestables* » et que la partie civile ne les avait pas contestées, « *s'étant alors conformée à une pensée dominante reflétant l'état de la société en un temps donné* ». Ce faisant, la Cour de cassation s'approprie la vision développée par l'avocat général Croizier à l'audience et pour qui « *Mme X [...] était parfaitement au courant de ces atteintes et elle était parfaitement au courant de tous les actes. Aucune manœuvre n'a jamais eu lieu de la part des auteurs des faits ; c'est donc la perception des faits par la victime qui a évolué dans le temps* »²⁵.

Cette présentation dénature cependant les faits de l'espèce. En effet, si les personnes intersexuées n'agissent pas en général, ce n'est pas seulement en raison de « *l'état de la société en un temps donné* », lequel ne leur permettrait pas de se penser en dehors du masculin et du féminin. Si elles n'agissent pas c'est avant tout parce que les professionnels de santé ont menti et mentent encore parfois à ces personnes quant à la réalité de leur état de santé. Ces mensonges, largement documentés dans les sciences

²⁵ « Notes d'une audience historique à la Cour de cassation sur les mutilations génitales intersexuées », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, mai 2018, <https://sexandlaw.hypotheses.org/397>.

sociales et médicales²⁶, consistaient en ce que les parents, puis les personnes elles-mêmes, n'étaient pas informés sur la réalité de leur condition d'intersexuation. Ces enfants intersexués étaient seulement présentés à leurs parents comme des enfants dont le sexe était « à déterminer », puis comme des hommes ou des femmes malades en raison de l'écart de leurs organes sexuels par rapport à une norme binaire. À aucun moment, il n'était indiqué aux parents que leur enfant était une personne intersexuée en parfaite santé. Tel était d'ailleurs l'argumentaire de M^e Périer soulignant lors de l'audience à laquelle nous avons assisté que « *Mme X... et ses parents ont été maintenus dans la conviction qu'elle était une 'femme malformée' et à aucun moment elle n'a pu considérer qu'elle était autre chose. Les médecins lui ayant répété à longueur de consultations qu'elle était une personne malformée, elle ne pouvait pas percevoir ces actes médicaux comme anormaux* »²⁷.

Dès lors, un mensonge était bien en l'espèce caractérisé. Compte tenu du caractère répété et organisé de ce mensonge — les professionnels de santé s'étant coordonnés pour ne rien dire aux parents²⁸ —, il nous semble que l'existence de manœuvres avancées aurait pu être retenue²⁹. Reste à présent à savoir, ensuite, si ces manœuvres ont été efficaces et, dans l'affirmative, si elles l'ont été jusqu'à une date permettant à la victime de se prévaloir de l'allongement du délai de prescription par la loi du 4 avril 2006 précitée.

Pour déterminer si les manœuvres ont été efficaces, il faut savoir si la victime ou éventuellement le ministère public auraient pu effectivement agir. Dans le cas du mensonge des professionnels de santé sur l'intersexuation, cela implique de déterminer à partir de quand a émergé dans la société française un discours opposé au discours médical mentant sur la diversité des caractéristiques sexuelles et indiquant que l'enfant intersexué (l'adjectif intersexué étant évidemment tu) était seulement un garçon ou une fille malformé(e). Ce n'est en effet qu'à partir de cette date qu'on peut dire que les personnes concernées ou les tiers pouvaient agir.

La première manifestation publique de personnes intersexuées contestant le discours médical remonte au 26 octobre 1996, journée aujourd'hui commémorée dans la communauté Intersexe comme l'*intersex awareness day*. Cette manifestation publique, qui s'est tenue devant un congrès de médecins aux États-Unis, n'a eu cependant aucun retentissement en France, faute de relais médiatique. Pour la France, le premier événement public où la prise en charge médicale de l'intersexuation a été

²⁶ Not. S. E. Sytsma, *Ethics and intersex*, 2^e éd., 2010, Springer.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Cf. *infra* la note 72 où sont reproduits des extraits de courriers échangés entre ces professionnels de santé.

²⁹ D'aucuns pourraient argüer que ces manœuvres avaient été développées dans l'intérêt du malade et que dès lors l'on ne saurait ici admettre l'existence d'un obstacle insurmontable. L'argument nous paraît cependant pouvoir être contesté par le principe d'indifférence du droit pénal aux mobiles.

contestée est à notre connaissance un documentaire diffusé sur Arte en 2002³⁰. À la suite de ce documentaire, Vincent Guillot (premier intersexe à prendre publiquement la parole en France pour dénoncer les crimes des professionnels de santé) a découvert qu'il est intersexué³¹, ce qui lui a permis, l'année d'après, de participer à la fondation de l'Organisation internationale intersexuée à laquelle s'adjoindra peu après l'OII Francophonie. À partir de la prise de conscience de son intersexuation et fort de son expérience dans le milieu syndical, Vincent Guillot prend régulièrement la parole pour dénoncer les pratiques médicales de conformation sexuée et défendre une conception non pathologique de l'intersexuation. Il organise en particulier ainsi à Paris, en août 2006, une université d'été autour de l'intersexuation, laquelle aboutira au numéro spécial de la revue *Nouvelles questions féministes* sur l'intersexuation³². Fin 2007, sort également au cinéma le film *XXY*³³, autre événement public important qui permettra à de nouvelles personnes intersexuées de découvrir qui elles sont. Deux ans après, en 2009, le journaliste Julien Picquard publie un ouvrage sur l'intersexuation³⁴. La même année paraît dans la presse grand public le premier article évoquant la remise en cause du discours médical par les personnes intersexuées³⁵, article à l'origine de la première recherche dans le champ juridique à soutenir l'illégalité de ces pratiques médicales³⁶. On le voit, au travers de cette rapide histoire de l'apparition de la question intersexe en France, il n'est guère raisonnable de penser qu'une personne intersexuée aurait pu se penser comme telle avant 2002, année de diffusion du reportage d'Arte précité. D'ailleurs, un mémoire d'anthropologie soutenu en 2006 révèle qu'aucune des personnes interrogées à cette époque ne s'est pensée dans une identité intersexuée — autrement dit en dehors de la binarité — avant le début des années 2000³⁷.

³⁰ Jürgen Claudia Clüsserath, *La réponse médicale aux cas d'intersexués*, Arte, 2002. Une retranscription de ce documentaire peut être lue sur <http://caphi.over-blog.fr/article-36055806.html>.

³¹ « Intersexe. Vincent Guillot sort de la nuit », *Histoires ordinaires.fr*, 2013, <https://www.histoiresordinaires.fr/Intersexe-Vincent-Guillot-sort-de-la-nuit_a1330.html>, où est évoqué une prise de conscience en 2002. Interrogé, Vincent Guillot nous a confirmé que c'était bien lié au reportage de 2002. De semblables témoignages de prise de conscience en 2002 sont évoqués dans A. Bal, *Re-constituer son « histoire »*, mémoire de Master II dirigé par L. Hérault, Université de Provence. Aix-Marseille 1, 2002, p. 53.

³² *À qui appartiennent nos corps ?*, 2008/1, vol. 27. Sur l'histoire de cette mobilisation cf. V. Guillot, « Émergence et activités de l'organisation internationale des intersexué-e-s », *Nouvelles questions féministes*, op. cit., p. 144-150.

³³ L. Puenzo, *XXY*, Pyramide Productions, 2007.

³⁴ J. Picquard, *Ni homme, ni femme : enquête sur l'intersexuation*, La Musardine, 2009.

³⁵ C. Vincent, « Ni lui ni elle... mais alors qui ? », *Le Monde*, 9 août 2009, <https://www.lemonde.fr/vous/article/2009/08/08/ni-lui-ni-elle-alors-qui_1226800_3238.html>.

³⁶ B. Moron-Puech, *Les intersexuels et le droit*, précité.

³⁷ A. Bal, préc. Ce mémoire évoque par exemple (p. 53-61) la situation d'une personne née en 1962 dont il est dit qu'elle aurait eu accès à son dossier médical à la fin des années 1980, ce qui lui aurait permis de prendre conscience qu'elle aurait une « ambiguïté sexuelle ». Cependant, il faut attendre les années 2000 et le début d'internet pour que cette personne prenne conscience de son intersexuation et qu'elle réalise la violence des actes subis. Cette personne livrera un témoignage similaire, à la première personne cette fois, dans C. Lamarre, « Nous sommes des merveilles », *NQF*, préc., p. 23-29.

Dans ces conditions, il nous semble que les manœuvres des médecins pour dissimuler la réalité de l'intersexuation aux parents ont été efficaces jusqu'au début des années 2000, empêchant ainsi la personne concernée de porter un regard critique sur les actes médicaux subis et d'agir en justice. Dès lors, jusqu'à cette date, un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites a bien existé et ce n'est qu'à partir de cette date qu'il faut faire partir le délai de dix ans, ce qui permet bien dès lors aux personnes intersexuées de se prévaloir de la loi du 4 avril 2006 ayant allongé à vingt années le délai des prescriptions des crimes de violences mutilantes qu'elles dénoncent.

Contre cette analyse aboutissant à un allongement du délai de prescription, on pourrait objecter, en s'inspirant des arguments mis en avant dans l'arrêt commenté par la chambre de l'instruction et la Cour de cassation, que si la personne intersexuée ne pouvait certes pas avoir connaissance de sa situation *via* les différents médias, elle pouvait néanmoins le découvrir aisément en accédant à son dossier médical par l'intermédiaire du praticien de son choix conformément à ce que prévoyait à l'époque l'article L. 710-2 du code de la santé publique introduit par la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière. Un tel argument nous paraît cependant devoir être rejeté pour trois raisons.

Premièrement, il est illusoire de croire qu'en l'espèce la personne intersexuée, avant d'intercepter en 2000 son dossier médical par erreur, aurait pu penser que ses souffrances n'étaient pas liées à la malformation dont on lui avait répété qu'elle était affectée depuis sa naissance, mais que ses souffrances étaient au contraire liées à une erreur médicale engageant la responsabilité pénale des médecins. Même à supposer que cette personne ait eu entre les mains son dossier médical en temps voulu, il est tout aussi déraisonnable de penser qu'elle aurait été en mesure de déconstruire ce discours pathologique porté sur son corps pendant plus de trente-trois ans par le « grand ordre blanc »³⁸ et, dès lors, d'assigner les médecins. Pourquoi ? Car cela méconnaît l'état de faiblesse des personnes intersexuées souvent marginalisées, exposées aux addictions et aux traumatismes liés aux violences mutilantes et sans doute aussi aux viols, qu'elles ont subis sur leurs organes génitaux. Par conséquent, en l'espèce, la partie civile n'a pas pu *efficacement* agir — et dès lors lever l'obstacle insurmontable — qu'à partir du jour où a été diffusé dans la société un contre-discours sur lequel elle pouvait s'appuyer. Or, ce jour n'est survenu qu'au début des années 2000 en France, comme nous l'avons rappelé. À l'image de l'affaire précitée du 25 avril 2017, cet état de faiblesse doit donc être pris en compte et conduire à retenir qu'avant le début des années 2000, la personne ne pouvait pas agir en raison d'un obstacle insurmontable.

Deuxièmement, l'argument de l'accès au dossier médical est contestable car il est très hautement improbable que l'alinéa 1^{er} de l'article L. 710-2 eût été en l'espèce respecté

³⁸ Expression utilisée par J. Carbonnier in « Préface à *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils* (1963) », in Jean Carbonnier. 1908-2003. *Écrits*, 2008, p. 64.

si la personne requérante avait cherché à s'en prévaloir et qu'il est donc tout aussi improbable que ce texte eût ainsi permis à cette personne de prendre conscience de son intersexuation et de l'illégalité des traitements suivis. En effet, d'une manière générale, la législation sur l'accès au dossier médical était entre 1991 et 2002 très mal respectée. Comme le relevait l'inspection générale des affaires sociales dans son rapport annuel de 2001³⁹, « [l]e contenu et l'accessibilité du dossier médical ne sont pas fixés clairement [par le texte] » (p. 23), ce qui aboutit à cette conséquence que « retracer l'histoire médicale d'un patient dans un établissement peut relever de la gageure » (p. 26). C'est d'ailleurs en raison de ces dysfonctionnements que le législateur a réformé une nouvelle fois en 2002 l'accès au dossier médical⁴⁰. Outre ces difficultés générales, s'en ajoutent d'autres spécifiques à l'intersexuation. En effet, le protocole médical de prise en charge de l'intersexuation a longtemps imposé de taire aux patients leur intersexuation, idée qui n'a été abandonnée qu'en 2005, à l'issue d'une conférence de consensus et dont les conclusions — dénommées le « consensus de Chicago »⁴¹ — ne sont toujours pas respectées aujourd'hui par les autorités⁴² ou les médecins⁴³ français. Dès lors, avant 2006, les professionnels de santé n'auraient sans doute pas révélé leur état d'intersexuation aux patients intersexués demandant à accéder à leur dossier médical. Les témoignages recueillis en France, attestent au surplus que ces pratiques de non-divulgaration étaient monnaie courante pour les personnes intersexuées, en particulier avant 2002⁴⁴. Dans ces conditions, il est très probable que si la personne requérante avait demandé à accéder à son dossier médical, elle se serait vue opposer un refus par l'équipe médicale ou à tout le moins un filtrage de son dossier, ce qui ne lui aurait pas permis de prendre conscience de la réalité de sa

³⁹ IGAS, *Les institutions sociales face aux usagers*, rapport annuel, 2001, La documentation française, <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/014000409.pdf>>.

⁴⁰ Sénat, Onzième législature, rapport n° 3263 sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 18 sept. 2001, spé. p. 26, où le ministre délégué à la santé relève les insuffisances de la législation antérieure permettant aux médecins de tenir un registre parallèle, hors dossier médical, et cela *via* ses notes personnelles.

⁴¹ I. A. Hugues, *et al.*, « Consensus statement on management of intersex disorders », *Arch. Dis. Child.*, juill. 2006, 91 (7), p. 554–563.

⁴² Cf. HAS, *Protocole national de diagnostic et de soins. Insensibilités aux androgènes*, 21 déc. 2017 <https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2018-01/pnds_ais_version_finale.pdf>, spé. p. 27, où les médecins sont encouragés à taire aux parents le sexe de la gonade (mâle ou femelle), dans l'hypothèse où celui-ci ne correspondrait pas au sexe assigné par les médecins.

⁴³ Nous avons par exemple reçu le témoignage d'une personne intersexuée racontant la surprise, en mai 2018, d'une professionnelle de santé apprenant que sa patiente intersexuée connaissait la réalité de son état. Pour cette professionnelle de santé, il était nécessaire de taire l'intersexuation au patient pour ne pas le perturber.

⁴⁴ A. Bal, *Re-constituer son « histoire »*, mémoire de Master II dirigé par L. Hérault, Université de Provence. Aix-Marseille 1, 2006, p. 71, 72 et 103.

situation. On relèvera d'ailleurs que, même après la loi du 4 mars 2002, des pratiques de dissimulation sont encore attestées dans des rapports officiels⁴⁵.

Troisièmement, ce raisonnement sur l'accès au dossier médical développé par la Cour de cassation et avant elle, dans cette affaire, par la cour d'appel d'Angers ne prend pas en compte l'alinéa 2 de l'article L. 710-2. Rappelons que cet alinéa indique que la délivrance de cette information médicale se fait dans le respect des règles déontologiques, ce que souligne également le texte réglementaire d'application (art. R. 710-2-2 CSP). En application de ces textes, les professionnels de santé confrontés à une personne intersexuée demandant accès à son dossier sur l'intersexuation auraient très bien pu considérer qu'il leur était permis, conformément à l'obligation déontologique de respecter les données acquises de la science, de ne rien révéler au patient et, sans doute que si la Cour de cassation avait été saisie alors, elle n'aurait pas sanctionné ces pratiques. Souvenons-nous par exemple que la Cour de cassation avait par exemple à l'époque pu admettre qu'en dépit de l'obligation générale d'information dont le médecin était débiteur, celui-ci pouvait, en application de l'ancien article 35 du code de déontologie médicale ⁴⁶, taire aux patients des pronostics graves. Dans ces conditions, cette Cour aurait tout à fait pu ici admettre la possibilité pour le médecin de taire au patient une information contenue dans son dossier médical, prétendument pour protéger sa santé telle que conçue au travers des règles de bonnes pratiques.

Pour ces trois raisons, il nous semble que l'idée que la personne victime aurait pu ici prendre conscience du caractère illicite des actes subis en consultant son dossier médical est illusoire et résulte d'une méconnaissance des pratiques médicales de cette époque. L'existence du droit d'accès au dossier médical ne change par conséquent rien quant à l'existence d'un obstacle insurmontable jusqu'au début des années 2000 et à la possibilité pour la partie civile de se prévaloir de la loi du 4 avril 2006 pour ne pas voir l'action publique jugée prescrite.

Où l'on voit qu'au regard de la grille d'analyse habituellement suivie par la Cour de cassation en matière d'obstacle insurmontable, un tel obstacle aurait pu être caractérisé en l'espèce, compte tenu de l'existence de manœuvres élaborées et de leur efficacité, eu égard notamment à l'état de faiblesse de la victime. Cette autre solution aurait à notre sens non seulement été *possible* et cohérente avec la jurisprudence

⁴⁵ CADA, *Rapport d'activité de l'année 2003*, <<http://www.cada.fr/IMG/pdf/Rapport2003.pdf>>, p. 3 : « Une part infime de ces refus est aussi due à la mauvaise volonté de praticiens n'acceptant pas ce système de communication directe au patient. Parfois les établissements ont aussi tendance à vouloir limiter l'accès à ce qu'ils pensent être les pièces importantes du dossier mais le différend se règle dans presque tous les cas. » L'affirmation selon laquelle cette part est « infime » est à relativiser car il faut aussi tenir compte des nombreuses personnes dont les droits n'étaient pas respectés et qui ne saisissaient pas la CADA.

⁴⁶ « Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. »

antérieure, mais aurait surtout été *nécessaire* pour permettre à la France de respecter ses engagements internationaux.

B. La nécessité de caractériser un obstacle insurmontable

L'idée que nous voudrions ici développer est qu'entre les deux interprétations possibles des faits de l'espèce, l'absence d'un obstacle insurmontable ou l'existence d'un tel obstacle, c'est la seconde qui aurait dû être retenue par la Cour de cassation pour que soient respectés les engagements internationaux pris par la France, en particulier ses engagements vis-à-vis des autres États membres signataires de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (dénommé ci-après « la Convention »). En effet, dans l'arrêt commenté, la partie civile avait avancé un argument tiré de l'article 6 de la Convention, argument laissé sans réponse par la Cour. Certes, cet argument n'était guère développé dans les conclusions écrites et, à l'oral, M^e Périer s'est seulement contenté de rappeler que la Cour devrait se prononcer sur le fondement de l'article 6, ainsi que de l'article 3 de la Convention prohibant les traitements inhumains et dégradants⁴⁷ (argument non contenu dans les conclusions écrites mais ajouté dans la plaidoirie orale). Cependant, la Cour de cassation aurait dû y répondre de manière explicite et motivée au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, « *la Cour considère qu'en égard au fait que l'article 3 consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques et proscriit en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants, il faut impérativement soumettre à un contrôle attentif [...] et à un examen indépendant et rigoureux de tout grief* [tiré de la violation de l'article 3] »⁴⁸. Or, manifestement ici cette directive méthodologique n'a pas été suivie. Cela est d'autant plus regrettable qu'il existait en l'espèce de sérieux arguments pour considérer que la décision de déclarer l'action prescrite violait l'article 6 combiné avec l'article 3 de la Convention. Pour le démontrer, et en se concentrant sur l'article 6, on commencera d'abord par rappeler l'état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme quant aux contraintes que ce texte fait peser sur les règles nationales encadrant la prescription des actions (1). On s'intéressera ensuite à l'application de ces contraintes en l'espèce (2).

⁴⁷ Pour une défense de l'application de ce texte, cf. B. Moron-Puech, M. Petkova et B. Pitcho, *Demande d'auto-saisine du CCNE sur les problèmes éthiques posés par le traitement juridique et médical des personnes intersexuées en France*, févr. 2016, < <http://www.pitcho.fr/site/wp-content/uploads/2016/02/Cliquez-ici-pour-la-Demande-d'auto-saisine-du-CCNE.pdf> > ou CNCDH, *Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, avis, 22 mai 2018, <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/180522_avis_maltraitances_systeme_de_sante.pdf>, p. 17, 32 et 33.

⁴⁸ CEDH, 19 déc. 2016, *Sow c. Belgique*, 27081/13, § 61.

1. Les contraintes de l'article 6 de la Convention sur les règles de prescription

L'article 6 § 1 pose notamment un droit d'accès à un tribunal. « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal [...]* » énonce ce texte. Dans la mesure où la prescription est procéduralement traitée comme un moyen relatif à la recevabilité de l'action et non à son bien fondé, l'examen de ce moyen fait obstacle à ce que la « *cause [d'une personne] soit entendue [...] par un tribunal* », pour reprendre les termes de l'article 6. La Cour européenne des droits de l'Homme a confirmé dans plusieurs arrêts la pertinence de ce lien entre prescription et droit d'accès à un tribunal.

Comme le rappelait Ruben de Graaff⁴⁹, l'arrêt de principe faisant le lien entre article 6 § 1 de la Convention et prescription des actions est la décision *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1996. Il s'agissait d'une affaire relative à des agressions sexuelles sur des personnes mineures qui, plusieurs années après les faits, tentaient d'obtenir sur le terrain civil la réparation des dommages subis. Dans toutes ces affaires, il était établi que les personnes n'avaient pas pu agir avant de prendre conscience, à la suite d'un rendez-vous avec un psychologue, que leurs souffrances psychiques étaient liées à des agressions sexuelles subies dans leur enfance. Dans cette décision, la Cour fit pour la première fois le lien entre le droit d'accès à un tribunal et les règles sur la prescription, en assimilant pour cela ces règles comme des limitations à ce droit. Dès lors, la Cour transposa à la prescription sa jurisprudence antérieure sur les limitations et exigea donc que les règles sur la prescription « *ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* ». La Cour ajouta que « *pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». En l'espèce, la Cour considéra que leur droit d'accès n'était pas atteint dans sa substance même, dès lors notamment que ces personnes pouvaient agir sur le terrain pénal. En outre, elle estima que les règles sur la prescription répondaient à des « *finalités importantes* » (la sécurité juridique, la protection des défendeurs contre des plaintes tardives difficiles à contrer et la lutte contre l'injustice découlant du dépérissement des preuves) et étaient en outre proportionnées compte tenu des délais en cause.

Si, dans l'arrêt *Stubbings*, la Cour européenne des droits de l'Homme ne conclut finalement pas à une violation de l'article 6 de la Convention, tel ne fut pas le cas dans trois décisions ultérieures : *Eşim c/ Turquie* en 2013⁵⁰ et *Howald Moor et autres c/*

⁴⁹ R. de Graaff, « Prescription. A Private-Law Concept at the Forefront of Fundamental Rights Protection », in C.G. Breedveld-de Voogd *et al.* (dir.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code, Continuously in Motion*, BWKJ, Leiden Yearbook of Private Law, n° 30, Wolters Kluwer, p. 141-165, spé. p. 158 et s.

⁵⁰ CEDH, 17 sept. 2013, n° 59601/09.

Suisse en 2014⁵¹, où il fut jugé que le droit du requérant avait été atteint dans sa substance même, et *Stagno c/ Belgique*⁵² en 2009, où il fut jugé que les limites posées au droit d'accès à un tribunal étaient disproportionnées.

Dans l'arrêt *Eşim c/ Turquie*, il s'agissait d'un militaire qui avait été blessé en 1990, à la suite de combats avec des forces ennemies. Malgré la prise en charge médicale dont il avait bénéficié, il continuait à se plaindre de douleurs et finit, quatorze années après les faits, par passer une IRM qui révéla la présence d'un objet métallique dans sa tête. Trois années plus tard, en 2007, il refit une IRM révélant qu'il s'agissait d'une balle. Il introduisit alors une action en indemnisation devant les juridictions militaires, lesquelles rejetèrent sa demande en la considérant comme tardive car introduite plus de cinq années après l'acte à l'origine du dommage. La Cour européenne des droits de l'Homme considéra que cette décision avait violé l'article 6 car, à l'expiration de ce délai de ces cinq années, le requérant n'avait toujours pas connaissance de son dommage. Or, pour la Cour, « *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* » (§ 25). Cet élément n'ayant pas été pris en considération par les juridictions turques, la Cour en conclut que le droit du requérant à accéder à un tribunal avait été atteint dans sa substance même.

Dans l'affaire *Howald Moor* la Cour était confrontée à la situation d'une personne atteinte d'un cancer à la suite de son exposition à l'amiante. L'application des règles de prescription avait conduit les juges suisses à déclarer l'action prescrite, alors même qu'il était établi que la personne n'avait pas pu avoir connaissance de sa maladie au jour où la prescription avait été acquise. Cette fois encore, la Cour européenne des droits de l'Homme jugea que le droit d'accès à un tribunal des requérants avait été affecté dans sa substance même. Pour la Cour, en effet, « *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* »⁵³.

S'agissant enfin de l'affaire *Stagno*, il s'agissait de personnes mineures dont les comptes avaient été vidés par leur mère et qui tentaient à leur majorité de récupérer ces sommes en agissant contre la banque et leur mère. Or, les juridictions italiennes avaient rejeté leur action contre la banque, la jugeant prescrite, car n'ayant pas été introduite dans les dix années de la découverte des faits, peu important que les victimes fussent à l'époque mineures. Appliquant dans cette affaire le test de proportionnalité, la Cour jugea que si la loi italienne en cause respectait bien une finalité légitime

⁵¹ CEDH, 11 mars 2014, nos 52067/10 et 41072/11. Sur cette affaire, cf. J.-S. Borghetti, « La conformité aux droits fondamentaux des délais de prescription des actions en responsabilité civile », *Rec. Dalloz.*, 2014, p. 1019-1024.

⁵² CEDH, 7 juill. 2009, n° 1062/07.

⁵³ CEDH, *Howald Moore c/ Suisse*, 11 mars 2014, préc. § 78.

(assurer la sécurité juridique des banquiers), elle était en revanche disproportionnée en ce qu'elle ne tenait « *pas compte des circonstances particulières de l'affaire* »⁵⁴.

Si l'on dresse la synthèse de cette jurisprudence, il apparaît que la Cour européenne des droits de l'Homme encadre doublement les règles de prescription. Premièrement, la Cour estime que ces règles ne doivent pas porter atteinte à la substance même de ce droit, ce qui sera le cas, dans les affaires concernant des demandes d'indemnisation formulées par des victimes d'intégrité physique, si le point de départ de la prescription est antérieur au jour auquel la personne pouvait effectivement évaluer le préjudice subi. Deuxièmement, la Cour estime que les règles de prescription doivent tendre à un but légitime et qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, la Cour tenant compte du droit des autres systèmes juridiques pour apprécier ce rapport de proportionnalité. Ayant ainsi rappelé le cadre d'analyse de la Cour européenne des droits de l'Homme, il est désormais possible d'en faire application aux faits de l'espèce.

2. L'application de ces contraintes en l'espèce

Intéressons-nous tout d'abord à la contrainte issue de la règle jurisprudentielle selon laquelle les normes sur la prescription ne doivent pas porter atteinte à la substance même du droit d'accéder à un tribunal. En l'espèce la personne intersexuée cherchait à obtenir la réparation de son préjudice subi devant une juridiction pénale (aucune autre action n'étant alors possible par application de la règle *electa una via*). Dès lors, l'on ne se situait pas dans une hypothèse similaire à celle de l'affaire *Stubbings* où la prescription de l'action devant les juridictions civiles n'empêchait pas une action devant les juridictions criminelles. En outre, le fait qu'il s'agisse d'une action en réparation d'un dommage physique rendait applicable la règle dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme selon laquelle le point de départ de la prescription ne peut pas être antérieur au jour auquel la personne pouvait effectivement évaluer le préjudice subi. Malgré cela, la Cour de cassation a classiquement appliqué les règles internes de prescription, ne donnant ainsi guère de place à la date de connaissance *effective* du dommage. Plus précisément, la Cour de cassation a considéré que l'action publique avait été prescrite en 2005, dix années après sa majorité. Or, en l'espèce, il ne faisait aucun doute, au regard du moment auquel la parole intersexuée a émergé en France d'une part et des informations médicales dont disposait la requérante d'autre part, que cette dernière n'avait pu *effectivement* évaluer le préjudice subi qu'à partir, au plus tôt, de l'interception en l'an 2000 de son dossier médical, soit plus de cinq années après la date de prescription retenue par la Cour de cassation. On se situe donc dans une hypothèse semblable à celle des arrêts *Eşim* et *Moor*, de sorte que le constat d'une violation de l'article 6 s'impose.

⁵⁴ CEDH, *Stagno c/ Belgique*, 7 juill. 2009, préc., § 33-34.

Ne pourrait-on pas tenter d'opposer à cela que la victime aurait pu spontanément accéder plus tôt à son dossier médical et ainsi peut-être — de manière très hypothétique — prendre conscience des traitements inhumains et dégradants qu'elle avait subis ? Nous en doutons fortement, la Cour n'ayant guère jusqu'à présent tenu compte du comportement de la victime dans son appréciation de l'atteinte à l'article 6. C'est ainsi par exemple que dans les deux affaires *Eşim* et *Moor*, la Cour ne fait aucun reproche aux requérants de n'avoir pas assez surveillé leur état de santé, ce qui leur aurait peut-être permis de déceler en temps voulu le mésotéliome ou la balle nichée dans leur tête. Mieux encore, dans un arrêt *Davran c. Turquie*, la Cour a jugé que le droit d'un fugitif à accéder à un tribunal avait été violé par une décision ayant jugé son recours en cassation forclos, alors même que ce détenu était en partie responsable de cela, puisque sa fugue avait rendu plus délicate pour les autorités la notification de son droit à former un recours en cassation⁵⁵. De même, dans l'affaire *Stagno* précitée, la Cour avait jugé qu'on ne pouvait pas reprocher aux enfants mineurs de n'avoir pas demandé pendant leur minorité la nomination d'un curateur spécial qui leur aurait permis d'agir en justice dans le délai de rigueur. Dans ces conditions, il ne nous semble pas en l'espèce que la circonstance (très hypothétique) que la victime eût pu prendre conscience des violences mutilantes subies permette d'écarter le constat d'une violation de l'article 6 de la Convention. Au demeurant, quand bien même il serait jugé, à rebours de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'Homme, que la victime, malgré son état de fragilité, aurait pu être négligente en ne demandant pas à accéder à son dossier, cela ne suffirait pas à écarter le constat d'une violation de l'article 6 de la Convention. En effet, ce texte fait peser une deuxième contrainte sur les juges nationaux appliquant des règles de prescription.

En application de l'article 6 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'Homme exige aussi que les règles sur la prescription poursuivent un but légitime et qu'existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Concernant premièrement la légitimité du but, il faut ici observer que la Cour ne s'est jusqu'à présent jamais prononcée dans le cas de délais de prescription d'actions en matière criminelle. Or les finalités de la prescription sont un peu différentes en matière criminelle. Aux idées traditionnelles exprimées dans l'arrêt *Stubbings* — « *garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé* » — il faut ajouter l'objectif de préservation de l'ordre public, objectif propre à la matière pénale. L'idée étant qu'il ne faudrait pas poursuivre une infraction alors que le trouble à l'ordre public s'est estompé par l'effet du temps. C'est donc à

⁵⁵ CEDH, 3 nov. 2009, n° 18342/03, § 40-47.

l'aune de toutes ces fins qu'il faut juger du caractère proportionné de l'atteinte à l'article 6.

En l'espèce, ce test de proportionnalité avait été développé à l'audience par l'avocat de la victime, M^e Périer, puisque celui-ci, reprenant les justifications de la prescription et empruntant une voie déjà tracée par la doctrine⁵⁶, avait montré que celles-ci n'auraient nullement été dévoyées par l'admission de l'action :

« Si on en revient au fondement de l'ordre public, le trouble à l'ordre public est bien évidemment réel ; on sait qu'aujourd'hui, dans la société contemporaine, les mutilations subies par les personnes intersexuées sont enfin reconnues comme telles. Au point que le Président de la République⁵⁷, l'année dernière, a stigmatisé ces mutilations. Le trouble à l'ordre public n'est donc pas du tout éteint, il est encore plus vivace aujourd'hui qu'on sait que l'intersexuation n'est pas une anomalie qui se traiterait.⁵⁸

La deuxième justification de la prescription c'est le risque de disparition des preuves. Or, là ce n'est pas du tout le cas, les preuves sont encore là et il y a encore matière à établir les faits dont la requérante a été victime.

La troisième justification de la prescription c'est sanctionner la négligence et là on en revient à la question de l'obstacle insurmontable : tant que la requérante n'avait pas accès au dossier, elle ne pouvait pas savoir qu'elle était intersexuée »⁵⁹.

À ces différentes finalités, invoquées et discutées par l'avocat plaissant, peut en être ajoutée une autre, défendue par les auteurs d'Ancien Droit mais un peu perdue de vue aujourd'hui⁶⁰, à savoir l'idée que la prescription aurait pour but de ne pas soumettre indéfiniment l'auteur de l'infraction à « la peur du châtement »⁶¹. Or, en l'espèce, le report du point de départ de la prescription de l'action publique ne poserait pas de

⁵⁶ Cf. R. Parizot, *Rec. Dalloz*, 2014, p. 2499, note sous Cass., AP, 7 nov. 2014 : « l'on peut considérer que les justifications classiques de l'extinction de l'action publique ne sont pas ici réunies (le trouble à l'ordre public, loin d'avoir disparu, apparaît au contraire ; les preuves, loin d'avoir déperî, sont exhumées ; l'inaction, loin de devoir être sanctionnée, n'était pas coupable ». Adde les propos de l'avocat général D. Boccon-Gibot commentant cette même affaire (*Rec. Dalloz*, 2014, p. 804) ou J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *AJ Pénal*, 2014, p. 30-31.

⁵⁷ NDA : http://www.dailymotion.com/video/x5f1wll_mobilisation-contre-la-haine-anti-lgbt_news.

⁵⁸ NDA, rapp. les propos approuvateurs de la doctrine et notamment d'A. Guidicelli sous l'arrêt Cass., AP, 7 nov. 2014, préc., relevant que « Le trouble social causé par leur révélation, « l'émotion » à laquelle est sensible Yves Mayaud, se sont exprimés avec la même force que si les faits avaient été connus dès leur réalisation » (*Rev. sc. crim.*, 2015, p. 121).

⁵⁹ « Notes d'une audience historique à la Cour de cassation sur les mutilations génitales intersexuées », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, mai 2018, <https://sexandlaw.hypotheses.org/397>.

⁶⁰ L. Saenko, « La prescription de l'action publique est-elle morte ? », *Rec. Dalloz*, 2014, p. 2470.

⁶¹ *Idem*.

problème dans la mesure où ce n'est que très récemment, avec l'apparition dans l'espace public d'accusations de mutilations génitales portées contre les médecins, que les auteurs de ces infractions ont pu commencer à craindre un « châtiment ».

On le voit donc, que la prescription soit fondée sur l'idée de l'oubli ou l'idée d'une sanction (sanction de l'auteur qui a dû vivre avec la crainte d'être puni ou sanction de la victime qui a négligé son droit d'agir), aucune de ces idées ne trouve en l'espèce à s'appliquer, de sorte que la décision de la Cour de cassation de déclarer la décision prescrite apparaît disproportionnée. Cette opinion nous paraît par ailleurs confirmée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme puisque, dans l'affaire *Stagno* précitée, ladite Cour a caractérisé la disproportion à partir du seul refus des juridictions nationales de tenir compte de l'impossibilité pratique des requérants de saisir une juridiction. Or, une telle analyse est ici transposable puisque, nous l'avons montré, il y avait bien ici une impossibilité pratique de saisir la justice, faute pour la personne intersexuée de prendre conscience qu'elle avait subi des violences mutilantes.

Relevons pour terminer que la prise en compte des données de droit international⁶² et de droit comparé, au stade du contrôle de proportionnalité, ne devrait en rien modifier cette analyse. En effet, s'agissant premièrement du droit international, plusieurs textes à portée générale ou individuelle ont déjà encouragé les États à supprimer les barrières d'accès à l'action en justice. Ainsi, l'article 58 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique — convention ratifiée par la France — dispose que « *les Parties prennent les mesures législatives et autres nécessaires pour que le délai de prescription pour engager toute poursuite du chef des infractions établies conformément aux articles 36, 37, 38 [mutilations génitales féminines] et 39 de la présente Convention, continue de courir pour une durée suffisante et proportionnelle à la gravité de l'infraction en question, afin de permettre la mise en œuvre efficace des poursuites, après que la victime a atteint l'âge de la majorité.* » De même, le Comité de l'Organisation des Nations-Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a recommandé à l'Allemagne, en 2017, « *de garantir un accès effectif à la justice aux personnes intersexuées qui ont subi un acte chirurgical ou un autre traitement médical inutile sans avoir donné leur consentement libre, préalable et éclairé, y compris en modifiant les délais de prescription* »⁶³. Un autre comité onusien, celui contre la torture, après avoir précisé que la prescription était un « *obstacle* » à l'effectivité du droit à réparation⁶⁴, a également demandé aux États parties de « *veiller*

⁶² Le droit européen relève bien à nos yeux du droit international. Pour une défense de cette position, cf. S. Touzé, « "Le droit européen des droits de l'Homme sera international ou ne sera pas..." ». Pour une approche autopoïétique du droit international », *RGDIP*, 2018/1, p. 5-21.

⁶³ *Observations finales concernant le rapport unique valant septième et huitième rapports périodiques de l'Allemagne du 9 mars 2017*, n° CEDAW/C/DEU/CO/7-8 <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/DEU/CO/7-8&Lang=Fr>.

⁶⁴ *Observation générale n°3 (2012)*, § 38, <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhskvE%2>>

à ce que toutes les victimes [...] de mauvais traitement, indépendamment de la date à laquelle la violation a été commise [...] soient en mesure de faire valoir leurs droits à un recours et d'obtenir réparation »⁶⁵.

Quant au droit comparé deuxièmement, il doit être remarqué qu'un délai de prescription de dix ans pour des infractions de l'ampleur de celles qui étaient ici reprochées est relativement court, quand bien même son point de départ serait reporté à la majorité. En outre, il n'est pas rare, en particulier dans les pays anglo-saxons, de n'avoir aucune prescription, ce que relevait au demeurant la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Stubbings* précité. Même en France, un tel délai de dix ans peut aujourd'hui nous paraître court puisque, depuis la loi du 4 avril 2006 dont l'article 14 a modifié l'article 7 du code de procédure pénale, ce délai est de vingt ans à compter de la majorité. Enfin, cette approche très rigoureuse des causes de suspension apparaît aujourd'hui en décalage avec l'article 9-1 du code de procédure pénale qui prévoit pour l'ensemble des infractions occultes et dissimulées un report du point de départ de la prescription, alors qu'à l'époque des faits cette règle n'existait que pour certaines infractions. Où l'on voit que ces éléments de droit international et de droit comparé ne peuvent pas conduire à remettre en cause la balance des intérêts réalisés dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Au contraire, ils renforcent la disproportion entre les intérêts du requérant et les autres intérêts.

Tout ceci permet donc de conclure que la solution retenue par la Cour de cassation méconnaît l'article 6 de la Convention. Voilà pourquoi nous considérons non seulement que la solution inverse était possible au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, mais surtout qu'elle était nécessaire pour que soit respectée la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'article 6 de la Convention. La question qui se pose alors aux commentateurs est de savoir pourquoi, malgré tous ces éléments de contexte qui auraient pu l'amener à une solution différente, la Cour a rejeté l'action civile de la victime. Cela pourrait-il s'expliquer par l'adhésion des magistrats à une conception binaire du genre, présumé qui aurait biaisé la décision en les conduisant à ne guère prendre au sérieux les faits et les moyens de droit avancés par la victime intersexuée ?

II. LE REJET DE L'ACTION LU AU PRISME DU GENRE

L'objectif des développements qui vont suivre est de lire la décision de rejet du pourvoi au prisme du genre. Une telle entreprise pourrait au premier abord paraître comme étant hors de propos, la décision commentée ne concernant pas l'identité de genre des individus, mais bien leurs caractéristiques sexuelles. Ce serait oublier cependant que le genre ne se résume pas à l'identité de genre. Le genre renvoie en effet « *aux dispositifs*

bTuw1mw%2fKU18dCyrYrZhDDP8yaSRi%2fv43pYTgmQ5TOoaZN6h8jhb5hPRNWOab%2fG%2b819LOGc87Ne1ylUngwU%3d >.

⁶⁵ *Idem*, § 40.

par lesquels le pouvoir, et son arme principale qu'est le droit, saisit, classe et discipline les individus »⁶⁶. Ainsi compris, le genre informe non seulement la manière dont nous concevons l'identité de genre, c'est-à-dire ces groupes sociaux construits à partir du sexe et dans lesquels les individus s'identifient plus ou moins, mais aussi le sexe lui-même. C'est en ce sens que l'on peut dire, en reprenant une idée de Christine Delphy⁶⁷, que le système de genre précède celui du sexe qu'il contribue à informer. Dès lors, en l'espèce, il est pleinement à propos de lire cette décision concernant les caractéristiques sexuées au prisme du genre et de rechercher dans quelle mesure celle-ci a pu être façonnée par un système de genre donné. Cette recherche va nous permettre de révéler que cette décision révèle l'emprise d'une conception binaire (A) et inégalitaire du genre (B) sur l'esprit des magistrats.

A. Une décision biaisée par un système binaire du genre

La présente espèce mettait en présence deux systèmes de genre. D'un côté, un système binaire du genre retenu par les professionnels de santé qui auraient pu être poursuivis. Dans ce système, encore défendu de nos jours par la majorité des professionnels de santé travaillant autour de l'intersexuation⁶⁸, les personnes intersexuées sont perçues comme des personnes atteintes de pathologies à traiter. De l'autre, un système non binaire du genre, construit en France à partir des années 2000, et dans lequel les personnes intersexuées sont pensées comme présentant non plus une malformation ou une pathologie, mais une simple variation des caractéristiques sexuées, variation tout aussi légitime que le fait d'avoir des cheveux roux⁶⁹. Entre ces deux systèmes de genre, il eût été souhaitable que les magistrats ne manifestent pas dans leur décision un parti-pris pour l'une de ces deux options philosophiques, de manière à pouvoir trancher l'affaire sans présupposés, comme l'impose le principe d'impartialité

⁶⁶ S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), « Introduction générale », *La loi & le Genre. Études critiques de droit français*, CNRS éditions, 2014, p. 12.

⁶⁷ C. Delphy, « Penser le genre : problèmes et résistances », in *L'ennemi principal. 2. Penser le genre*, p. 243-260, Syllepse. L'autrice y écrit ceci : « Je vais soutenir l'idée que dans la plupart des travaux actuels, y compris féministes, sur le genre, on trouve un *présupposé non-examiné* : celui d'une antécédence du sexe sur le genre, et, que si ce présupposé est explicable historiquement, il n'est plus justifiable théoriquement » (p. 243).

⁶⁸ Cf. en dernier lieu la position du Dr. El-Ghoneimy présentée dans le *Magazine de la santé* du 11 mai 2018. Sur cette position cf. B. Moron-Puech, « Est-il vraiment discriminant de ne pas opérer les enfants intersexués pour les « adapter » à la société ? », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, mai 2018, <<https://sexandlaw.hypotheses.org/388>>. Adde M.-F. Callu et P. Chatelain, « Aspects médico-juridiques des défauts du développement sexuel à la naissance », in *Mélanges en l'honneur de G. Mémeteau*, LEH, 2015, Tome 2, p. 471-480 ; P. Mouriquand et al., « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue: If (why), when, and how? », *Journal of pediatrics urology*, Volume 12, Issue 3, juin 2016, p. 139-149 <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1477513116300122>>.

⁶⁹ Le parallèle est ainsi souvent fait entre le nombre de personnes intersexuées et le nombre de personnes rousses. Cf. not. *Intersexe, Notice d'information publiée par le Haut-commissariat aux droits de l'homme des Nations-Unies*, <https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE_Intersex_Final_FRENCH.pdf>.

contenue également dans l'article 6 précité de la Convention⁷⁰. Plusieurs anomalies laissent cependant penser que tel n'a pas été le cas et que les magistrats ont eu ici un parti-pris. Après avoir présenté ces anomalies, l'on tentera de montrer que celles-ci peuvent s'expliquer par l'adhésion des magistrats à un système binaire du genre.

1. Identification des anomalies

L'analyse de l'arrêt révèle l'existence de plusieurs anomalies suggérant la présence de biais dans le traitement de cette affaire par les magistrats. Ces anomalies tiennent tant à la présentation des faits qu'à la communication réalisée par la Cour autour de cet arrêt⁷¹.

Les premières anomalies concernent la manière dont les faits sont compris et présentés par les magistrats. Alors que la victime mettait très clairement en avant l'existence de mensonges des professionnels de santé à son égard, le terme même de « *mensonge* » figurant dans le pourvoi et étant alimenté par des pièces du dossier en faisant état⁷², les magistrats de cassation ont ignoré ce point comme nous l'avons souligné plus haut. Ce point est d'autant plus surprenant que les magistrats ne font nullement état de cette divergence de vue quant à l'origine de l'inaction de la personne intersexuée. Or, l'on aurait pu attendre d'eux qu'au regard du pourvoi qui critiquait l'absence de prise en compte des mensonges, la Cour explicitât les raisons de son choix, ce qu'elle ne fait pas, donnant ainsi l'impression d'un parti-pris défavorable à la victime.

Autre anomalie dans la présentation des faits, les actes médicaux dénoncés par la victime sont parfois décrits par les magistrats à l'aide de termes connotés positivement.

⁷⁰ L'impartialité est en effet mise à mal lorsque les conceptions philosophiques d'un magistrat viennent peser sur ses jugements. À propos de la franc-maçonnerie, cf. CEDH, 2 août 2001, *N.F c/ Italie*, n° 37119/97. Adde S. Guinchard, « Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre-penseur ou franc-maçon et juge ? Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie », *Mélanges P. Julien*, Edilalx éd., 2003, p. 203-208.

⁷¹ Pourrait également être relevée une anomalie tirée de l'absence de réponse au moyen qui invoquait une violation de l'article 6 de la Convention. Cependant, une telle anomalie est monnaie courante concernant l'article 6, si souvent invoqué par les plaideurs et auxquels la Cour de cassation prend si peu le temps de répondre. Dès lors, le fait qu'elle ne le fasse pas en l'espèce ne peut donc pas servir à mettre en évidence un biais lié à l'adhésion à un système de genre donné.

⁷² Ainsi, dans un courrier daté du 9 février 1978, le Professeur suivant la personne écrit au médecin de famille auquel est délégué le rôle d'informer les parents et l'enfant : « *Il serait souhaitable qu'il n'existe plus, dans l'esprit des parents, la moindre ambiguïté dans le sexe de leur enfant, afin que la petite X... soit élevée réellement comme une fille, sans aucune attitude d'intersexualité* ». Dans une autre lettre, datée du 10 décembre 1992, un pédopsychiatre discute avec son confrère de la manière dont ils vont mener une future consultation commune avec la plaignante et il y écrit ceci : « *si bien entendu nous allons la situer dans un registre ou [nous] la considérons comme femme, par contre, il sera très difficile de lui mentir par rapport à ses possibilités d'avoir des enfants ultérieurement. Les résultats de l'annonce qui lui sera faite ?* ». Le même pédopsychiatre, quelques mois auparavant, en février 1992, évoquait également une consultation avec la mère où celle-ci regrettait le peu d'informations reçues sur son enfant à la naissance : « *La famille avait alors reçu un courrier leur disant que le sexe de leur fille était indéterminé et qu'il leur fallait choisir. Le conseil était celui d'opter pour un sexe féminin, à cause des interventions chirurgicales qui seraient ainsi plus facilement faisables* ».

Cela transparaît tout d’abord dans l’indication que la personne requérante a subi des actes médicaux qui étaient destinés, disent les magistrats, à « *parfaire* » des opérations antérieurement réalisées. Ensuite, cet *a priori* positif semble transparaître à la fin de l’arrêt lorsque les actes médicaux dénoncés sont qualifiés de « *traitements* »⁷³. Or, en usant de ce terme, défini par le *Trésor de la langue française informatisée* comme l’« *action de soigner un malade de façon continue* »⁷⁴, les magistrats suggèrent qu’à leurs yeux les personnes intersexuées seraient bien des personnes malades nécessitant des soins⁷⁵. Dans les deux cas, il importe de souligner que la Cour n’utilise pas de guillemets lorsqu’elle se sert de ces expressions. Cela contraste avec la prudence observée au début de l’arrêt où la Cour indiquait par exemple au moyen de guillemets que les actes dénoncés visaient à donner à la victime un sexe d’apparence « *la plus proche possible du féminin normal* ». Manifestement, la Cour a abandonné cette vertu prudentielle et usé d’expressions suggérant un parti-pris défavorable à la victime.

Outre ces anomalies factuelles, il nous semble possible d’observer également des anomalies communicationnelles, c’est-à-dire des anomalies tenant à la manière dont la chambre criminelle a communiqué — ou plutôt n’a pas communiqué ! — sur cet arrêt rendu en formation restreinte.

Tout d’abord, aucune publication n’a eu lieu ou n’est prévue dans le *Bulletin* des arrêts de la chambre criminelle ou dans le rapport annuel de la Cour de cassation, ce qui signifie qu’aux yeux des magistrats l’affaire ne présente guère d’intérêt juridique. C’est là pour le moins surprenant dans la mesure où le problème au cœur de cet arrêt portait sur une question délicate et discutée en doctrine, à savoir la notion d’« obstacle insurmontable », question qui plus est récemment réformée par le législateur⁷⁶. En outre, l’arrêt d’appel avait entrepris de préciser cette notion, en écartant de son domaine des éléments par trop subjectifs, de sorte que l’arrêt de cassation, parce qu’il avait à prendre parti sur cette question, paraissait présenter un réel intérêt juridique quant à la pertinence ou non de cette construction. D’ailleurs, la lecture des conclusions du conseiller rapporteur révèle que pour celui-ci l’affaire posait la question de savoir s’il fallait ou non élargir la notion d’obstacle insurmontable en présence d’obstacles de nature subjective. Ce magistrat était donc conscient que l’espèce posait une question de droit sérieuse. Malgré tous ces éléments, le président de la formation

⁷³ « *la partie civile a été, à sa majorité, puis dans le délai de la prescription de l’action publique, en mesure de connaître tant la réalité que la finalité des interventions chirurgicales subies et des traitements suivis* » (souligné par nous).

⁷⁴ Sens 3, <<http://www.cnrtl.fr/definition/traitement>>.

⁷⁵ Certes, le terme de traitement peut voir cette connotation positive neutralisée lorsqu’il est utilisé en dehors du champ médical, par exemple dans l’expression « *traitements inhumains et dégradants* ». Rien ne permet cependant dans l’arrêt de considérer que c’est dans une telle acception que le terme a été entendu.

⁷⁶ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

n'a pas jugé bon de diffuser outre mesure ladite décision en raison de son intérêt juridique.

La même décision de non-publication a également été prise pour le site internet de la Cour de cassation, susceptible de présenter aux yeux du public des affaires qui, sans avoir nécessairement d'intérêt juridique, en ont un pour l'opinion publique⁷⁷. C'est par exemple dans ce cadre que la Cour de cassation a mis récemment sur son site internet un arrêt de la chambre criminelle où la question du point de départ de l'action publique était centrale dès lors que, même si l'arrêt ne soulevait pas de difficultés juridiques, il concernait une question de société, à savoir le jugement de personnes soupçonnées d'actes de torture pendant la dictature argentine⁷⁸. Or, si l'on en revient à l'arrêt commenté, la « question intersexe » a fait l'objet ces derniers mois d'un intérêt croissant dans les médias et l'opinion publique française, tant sur la question de l'état civil que sur celle des mutilations⁷⁹, y compris avec des prises de position publiques par l'ancien Président de la République, François Hollande⁸⁰. En outre, cette décision est à notre connaissance la première du genre au monde à aborder sur le terrain pénal la question des mutilations génitales intersexuées. Malgré tout cela, aucune communication n'a été faite sur le site internet⁸¹, ce qui n'est pas sans surprendre. Mieux encore, il ressort des échanges informels que nous avons eus avec un membre du service de communication de la Cour, que ce dernier s'étonnait de ce que les collègues de la chambre criminelle ne lui aient signalé cet arrêt comme faisant partie des arrêts « à suivre » en raison de son caractère sensible. L'ensemble de ces anomalies ayant été ainsi présentées, il reste à présent à les expliquer.

2. Explication des anomalies

⁷⁷ « la Cour publie, sur son site internet, les arrêts qu'elle juge particulièrement importants, soit au regard de la question de droit posée, soit en raison de leur impact pour l'opinion publique » (A. Lacarabats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *Rec. Dalloz*, 2007, <<https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/Lacabarats.pdf>>, p. 890).

⁷⁸ Cass. crim., 24 mai 2018, n° 17-86.340.

⁷⁹ G. Dupont, « "Ni homme ni femme", la question du sexe neutre pour l'état civil devant la Cour de cassation », *Le Monde*, 22 mars 2017, <https://www.lemonde.fr/societe/article/2017/03/22/le-troisieme-sexe-devant-la-cour-de-cassation_5098649_3224.html> ; C. Mallaval, « La Cour de cassation refuse la mention "sexe neutre" pour un intersexe », *Libération*, 4 mai 2017, <http://www.liberation.fr/france/2017/05/04/la-cour-de-cassation-refuse-la-mention-sexe-neutre-pour-un-intersexe_1567241> ; V. Vantighem, « Une personne intersexe dépose plainte contre les médecins qui l'ont opérée pour "devenir" homme », *20 minutes*, 26 nov. 2017, <<https://www.20minutes.fr/societe/2172971-20171126-personne-intersexe-depose-plainte-contre-medecins-operee-devenir-homme>>.

⁸⁰ « Une cérémonie à l'Elysée "en l'honneur des actrices et acteurs LGBT" », *Yagg*, 17 mars 2017, <<https://yagg.com/2017/03/19/une-ceremonie-a-lelysee-en-lhonneur-des-actrices-et-acteurs-lgbt/>>.

⁸¹ Voir déjà Cass. crim. 18 déc. 2013, préc. qui n'avait étrangement fait l'objet d'aucune publicité sur le site internet de la Cour ainsi que le relevait E. Raschel, dans sa note (*Gaz. Pal.*, 1^{er} févr. 2014, n° 32, p. 15).

L'objectif des développements qui vont suivre est de rechercher si et dans quelle mesure les anomalies identifiées plus haut peuvent être reliées à une approche binaire du genre dont les magistrats n'auraient pas su se départir en rendant leur décision. La recherche des causes des anomalies factuelles permettra de mettre en évidence que le système binaire du genre est l'une des causes possibles. La même recherche, déployée pour les anomalies communicationnelles, permettra quant à elle de s'assurer qu'elle est une cause nécessaire.

Les anomalies factuelles identifiées plus haut, et qui manifestaient incontestablement un parti-pris défavorable à la victime, peuvent être expliquées par deux facteurs. Une conception binaire du genre est l'un des facteurs possibles de ces anomalies. L'idée serait ici que les juges, partageant un système binaire du genre, auraient adhéré à l'approche médicale voyant dans les personnes intersexuées des malades à soigner ; d'où l'utilisation du terme de « traitement » ou encore du verbe parfaire. Cette analyse permettrait aussi d'expliquer pourquoi est-ce que les magistrats ont refusé de retenir l'existence de manœuvres organisées par les professionnels de santé. En effet, à partir du moment où les magistrats adhèrent à un système binaire du genre, dire à une personne intersexuée qu'elle est une femme et non une personne intersexuée n'est nullement un mensonge et constitue une affirmation pleinement cohérente. L'appréhension des anomalies factuelles au prisme du genre permet donc de leur redonner sens.

Il n'est pas certain toutefois, à ce stade, que le prisme du genre puisse seul expliquer ces anomalies factuelles. Il n'est pas exclu en effet que d'autres facteurs aient pu intervenir au point peut-être de ne laisser aucune place au facteur genré. En particulier, les lecteurs avisés de jurisprudence relative à la responsabilité médicale pourraient voir simplement dans cette décision un exemple de plus de la trop grande confiance accordée par les juges aux discours et savoirs médicaux. En effet, il semble acquis sociologiquement que « *ce qui est bien de notre époque, c'est une confiance inconditionnelle dans la médecine* », pour reprendre les mots de Jean Carbonnier⁸². La place dans la hiérarchie sociale de ce « *grand ordre blanc* » que sont les médecins conduit en effet parfois les magistrats à donner plus de poids à la parole des premiers par rapport à celle d'un patient contestant leur pratique et, dès lors, comme en l'espèce, à écarter d'un revers de main la présentation des faits déployée par un patient à contre-courant de celle exposée par les professionnels de santé. Même si les manifestations de cette prévalence du discours médical sur le discours du patient sont moins fréquentes aujourd'hui⁸³, notamment en raison des efforts du pouvoir politique de renforcer

⁸² J. Carbonnier, « Préface à *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils* (1963) », in Jean Carbonnier. 1908-2003. *Écrits*, 2008, p. 62.

⁸³ Cf. not. T. civ. Seine, 14 déc. 1920 : *DP* 1921, 2, 27, où la Cour rejette en ces termes l'action en responsabilité engagée par une patiente se plaignant d'avoir subi une opération à laquelle elle n'avait pas consenti : « *Attendu qu'on ne saurait mettre en doute les énonciations qui précèdent et qui sont consignées sur la fiche de la dame N..., étant donné qu'elles émanent d'un praticien de la valeur du docteur L..., chirurgien des hôpitaux, agrégé de la Faculté, membre de la Société de chirurgie, chef d'un service d'hôpital depuis l'année 1912 ; que ces notes n'ont pas été prises pour les besoins de la cause et*

l'information du patient⁸⁴, on en trouve encore des exemples contemporains⁸⁵, sans doute car cette confiance excessive dans le discours médical trouve des ressorts non seulement dans le paternalisme médical mais aussi dans la foi en la technique (ici médicale) qui est loin d'avoir disparu⁸⁶ ! Avec une telle grille de lecture, on comprend pourquoi les juges ont fait leur la terminologie médicale employée par le corps médical ou encore pourquoi ils se sont refusés à penser que les professionnels de santé avaient pu mentir à la personne victime qui se constituait partie civile. Ici, donc, aucune place au genre, les anomalies étaient seulement expliquées par l'insuffisante prise de distance des juges vis-à-vis du discours médical.

Entre ces deux facteurs des anomalies factuelles, il n'est guère possible à ce stade de déterminer si l'un d'entre eux a joué un rôle prépondérant — ce qui pourrait potentiellement mettre à mal l'hypothèse d'une décision biaisée par un système binaire du genre — ou si au contraire tous deux sont intervenus. L'étude des causes de l'autre anomalie identifiée, à savoir l'anomalie communicationnelle, peut cependant contribuer à lever cette incertitude.

L'absence de visibilité donnée à cet arrêt par la chambre criminelle de la Cour de cassation ne nous paraît pas pouvoir être expliquée par le deuxième facteur présenté plus haut, à savoir la confiance accrue dans le discours médical. En effet, ce biais ne paraît pas de nature à influencer sur la diffusion de l'arrêt. Ainsi, la confiance dans les médecins n'est pas quelque chose que l'on cache, la foi dans la technique médicale étant un discours tout à fait audible dans l'espace public. Le premier facteur, à savoir l'adhésion des magistrats à un système binaire du genre, est en revanche à même de fournir une explication rationnelle à l'anomalie communicationnelle. En effet, publier cette décision, c'est en effet exposer au grand jour les personnes intersexuées et le conflit qui les oppose aux professionnels de santé les ayant opéré au nom d'un

qu'elles offrent à la justice toute garantie de véracité et de sincérité ; — Attendu, dès lors, que la nécessité de l'opération s'imposait pour sauver la vie de la dame N..., et que celle-ci est d'autant plus mal fondée à se plaindre d'une opération sans laquelle elle n'existerait probablement plus aujourd'hui ; — Attendu que si les médecins peuvent être soumis à une responsabilité civile et même pénale quand il y a de leur part négligence grave, impéritie grossière, méconnaissances des règles de prudence courante, on est obligé de constater dans l'espèce que non seulement le docteur L... n'a commis aucune faute dommageable dans la pratique de son art, mais qu'il a, au contraire, fait bénéficier la dame N... de ses connaissances scientifiques et d'une longue expérience ; que la demande de la dame N... est donc dépourvue de toute espèce de fondement ».

⁸⁴ A. Jaunait, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, 2003/3, n° 11, <<https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2003-3-page-59.htm>>, p. 59-79, spé. n° 31.

⁸⁵ Cf. en particulier l'utilisation par la Cour de cassation du code de déontologie médicale comme une norme opposable au patient dans les conflits l'opposant au médecin, alors que cette norme, élaborée par les médecins pour les médecins, n'est comme telle invocable que dans les contentieux disciplinaires. Sur ce point, cf. J. Chacornac et B. Moron-Puech, « Droit souple et responsabilité civile : un parallèle entre déontologie médicale et gouvernement d'entreprise », *Flexibles notions. La responsabilité civile*, Éditions Panthéon-Assas, à paraître.

⁸⁶ Sur cette croyance dans la technique, cf. J. Ellul, *Le bluff technologique*, Puriel, 1988 ou M. Heidegger, « La question de la technique », in *Essais et conférences*, Gallimard, 1993, p. 9-48.

binarisme des sexes. Publier cette décision, c'est donc contribuer à véhiculer un discours critique de la binarité des sexes. Or, jusqu'à présent la Cour de cassation n'a nullement fait montre d'une volonté de déconstruire cette binarité. Au contraire, la Cour de cassation, s'inscrivant dans un paradigme déjà bien présent dans notre ordre juridique⁸⁷, donne plutôt l'impression de vouloir renforcer cette binarité, elle qui, le 4 mai 2017, à rebours de la tendance internationale, a affirmé que cette binarité constitue un « *élément fondateur* [de notre] *organisation sociale et juridique* »⁸⁸. L'on voit bien dès lors en quoi est-ce que l'adhésion à un système binaire du genre permet d'expliquer cette anomalie communicationnelle, contrairement à l'explication tirée de la confiance excessive accordée aux médecins.

Au terme de cette analyse des anomalies de cet arrêt, il est donc possible d'affirmer que le système binaire de genre constitue une clef indispensable de compréhension de cet arrêt, en ce sens que, c'est parce que les magistrats n'ont pas lutté contre leur préjugé d'un système binaire de genre, qu'ils sont parvenus à la conclusion que l'action était prescrite. Si le système binaire de genre n'est peut-être pas le seul facteur à l'origine des anomalies identifiées, nous avons à tout le moins pu établir de manière vraisemblable qu'il était un facteur prédominant. D'où cette conclusion, qui gagnerait sans doute à être étayée par des entretiens avec les magistrats ayant rendu l'arrêt⁸⁹, que cette décision est ancrée dans un système binaire du genre permettant de comprendre certaines des anomalies qu'elle contient. Ce caractère binaire n'est pas toutefois la seule caractéristique du système de genre auquel adhèrent les magistrats ayant rendu cette décision. L'analyse de l'arrêt révèle également que leur système de genre a un caractère inégalitaire.

B. Une décision biaisée par un système inégalitaire du genre

La présente décision nous semble également manifester le caractère inégalitaire du système de genre dans lequel évoluent les magistrats l'ayant rendue. Pour en prendre conscience, il ne faut plus cette fois se tourner vers les anomalies factuelles ou communicationnelles évoquées plus haut ; il faut plutôt mettre cette décision en perspective avec toutes celles dans lesquelles la chambre criminelle de la Cour de cassation a eu à se prononcer par le passé sur un obstacle insurmontable de fait. Lorsqu'on réalise un tel travail, il est frappant de constater que toutes les fois où la notion d'obstacle insurmontable a été retenue par la Cour de cassation, il s'est agi

⁸⁷ Cf. B. Moron-Puech, « Intersexuation et binarité, un état des lieux du droit français (mars 2018) », in A. Giami et B. Py (dir.), *Droits de l'homme et sexualité*, Édition des archives contemporaines, à paraître, où sont rassemblés les textes relatifs à l'état civil, au remboursement des soins ou à l'organisation du système de santé encourageant les médecins à « normaliser » les corps des enfants intersexués pour les faire rentrer dans la binarité affirmée des sexes.

⁸⁸ Cass. 4 mai 2017, n° 16-17.189 : « *la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil [...] est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* »

⁸⁹ De tels entretiens ont été proposés aux trois magistrats, mais ceux-ci n'ont pas donné suite.

d'infractions dont l'auteur présumé était une femme, éventuellement accompagnée de son conjoint⁹⁰. À l'inverse, dans presque tous les cas où la notion d'obstacle insurmontable a été rejetée, la victime était une femme, éventuellement accompagnée de son conjoint⁹¹. Ce constat interroge : la politique jurisprudentielle de la chambre criminelle reposerait-elle sur un système de genre inégalitaire, la conduisant d'un côté à moins bien protéger les femmes que les hommes et de l'autre à rendre les poursuites contre les femmes plus aisées que celles contre les hommes ? Il interroge d'autant plus que, comme l'ont relevé les commentateurs de l'arrêt de 2014 où l'obstacle a été pour la première fois admis, premièrement, les faits ne permettaient pas de caractériser un obstacle totalement insurmontable⁹² et, deuxièmement, la décision de la Cour d'autoriser les poursuites avait été manifestement influencée par la pression médiatique, les médias ayant su mettre en exergue cet octuple « infanticide »⁹³ *maternel*⁹⁴. Cette impression d'un biais genré est en outre entretenue par le fait que les décisions relatives à l'obstacle insurmontable ont été rendues par des formations présidées par un homme et majoritairement composées d'hommes, ce qui n'aide guère à lutter contre l'instauration de règles discriminantes. En outre, même lorsque des femmes siègent, leurs fonctions sont masculinisées (il n'y a pas d'avocate générale, de conseillère-rapporteuse, ni même de greffière), ce qui témoigne de la faible prise de conscience par la Cour elle-même des inégalités induites par le refus de féminiser les noms de métier ou de fonction⁹⁵. Autant d'éléments pouvant suggérer l'existence d'un biais genré dans la décision. Ici, cependant, nous voudrions aller plus loin que cette seule « impression » d'un biais genré et rechercher si, juridiquement, la

⁹⁰ Cass., AP, 7 nov. 2014, préc. ; Cass., crim., 25 avr. 2017, préc.

⁹¹ Cass., crim., 20 juill. 2011, préc. ; 18 décembre 2013, préc. ; 22 juin 2016, préc. Seul l'arrêt du 13 déc. 2017 préc. concerne une personne de sexe masculin, laquelle était néanmoins semble-t-il d'origine étrangère, le prénom renseigné étant Mohamed.

⁹² « L'intéressée, certes obèse, ne vivait pas recluse ; et à suivre son pourvoi, certains sacs poubelles contenant des cadavres d'enfants étaient laissés en évidence dans la maison ! » : E. Raschel, *Gaz. Pal.*, 6 déc. 2014, n° 340, note 26.

⁹³ L'infraction d'infanticide n'existant plus, l'usage des guillemets s'impose dans un discours juridique.

⁹⁴ « *Le caractère hors-norme de cette affaire et l'hypermédiatisation dont elle a fait l'objet ont sans doute eu une certaine influence sur la solution finalement retenue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation* » (J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 9^e éd., p. 123). Rapp. A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal*, 2016, p. 308.

⁹⁵ Sur la question de la féminisation des noms, cf. É. Viennot *et al.*, *L'Académie contre la langue française. Le dossier de la féminisation*, Ixe éditions, 2016. La Cour de cassation a néanmoins pris récemment conscience de cette difficulté puisque le Président Louvel s'est enquis auprès de l'Académie Française s'il était possible à cette dernière de codifier les usages en la matière, de manière à permettre à la Cour de cassation de déterminer si elle devait ou non changer ses pratiques quant à la féminisation des noms de métier (cf. <https://www.courdecassation.fr/venements_23/rerelations_institutionnelles_7113/academie_fran_aise_8441/change_lettres_38070.html> où sont reproduites les lettres du Président Louvel et la réponse du Secrétaire perpétuel de l'Académie, Hélène Carrère d'Encausse). On relèvera toutefois que la Cour de cassation s'adresse à une autorité incompétente, l'Académie n'ayant aucun droit de fixer les usages, les règles élaborées par celles-ci ne valant que pour sa propre compagnie (art. 43 des statuts signés par Richelieu le 22 févr. 1645).

manière dont la Cour de cassation comprend et utilise la notion d'obstacle insurmontable ne révélerait pas une discrimination fondée sur le genre des personnes, discrimination dont pâtiraient les femmes.

Au premier abord, l'on serait tenté de répondre par la négative à cette question. En effet, les critères permettant de caractériser un obstacle insurmontable ne reposent nullement sur le genre. Ainsi, comme nous l'avons mis plus haut en évidence, un obstacle insurmontable sera caractérisé toutes les fois que les auteurs de l'infraction ont, par des manœuvres avancées, efficacement empêché les personnes pouvant enclencher les poursuites de le faire. Dans cette définition, nulle occurrence du genre et donc, *a priori*, nulle discrimination. Un tel raisonnement serait toutefois un peu hâtif. Il omettrait en effet que la discrimination n'est pas seulement directe, elle peut aussi être indirecte et résulter de procédé conscient ou inconscient⁹⁶. Pour mémoire, conformément à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, « [c]onstitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ». Même si cette loi de 2008 ne concerne pas la matière pénale⁹⁷, l'on peut appliquer à cette matière la définition qu'elle donne de la discrimination indirecte *via* l'interdiction générale des discriminations découlant de l'article 14 de la Convention, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne tant la discrimination directe qu'indirecte, en retenant de cette dernière une analyse proche de celle des institutions de l'Union européenne⁹⁸. En outre, dès lors que sexe (ou l'identité de genre⁹⁹), fait bien partie des motifs mentionnés par l'article 14, une discrimination indirecte pourrait en l'espèce être caractérisée s'il était établi, d'une part, que la notion d'obstacle insurmontable entraîne un désavantage particulier pour les femmes par rapport aux hommes et, d'autre part, que ce désavantage ne procède pas d'une distinction ayant un but légitime et dont la mise en œuvre serait proportionnée avec ce but. Ces deux conditions pourraient-elles être réunies en l'espèce et permettre de caractériser une discrimination indirecte ? C'est à cette question de droit prospectif que nous voudrions

⁹⁶ M. Mercat-Bruns, « L'identification de la discrimination systémique », *Rev. de droit du travail*, nov. 2015, p. 672-681, spé. p. 679.

⁹⁷ Loi du 27 mai 2008, préc., art. 4.

⁹⁸ CEDH, grande chambre, 13 nov. 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n°57325/00.

⁹⁹ La CEDH entend largement la notion de sexe, ce qui l'a par ainsi conduit à rechercher l'existence de discriminations fondée sur l'identité de genre dans le cas de personnes transgenres : arg. CEDH, grande chambre, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, § 98.

à présent répondre, en nous inscrivant dans la continuité de travaux prospectifs déjà menés il y a quelques années en matière de discrimination indirecte¹⁰⁰.

Concernant la première condition, le simple fait que, dans les quelques affaires recensées, la notion d'obstacle insurmontable desserve davantage les femmes qu'elle ne les aide ne permet pas de conclure à l'existence d'un désavantage particulier. En effet, ce constat peut tenir à une simple coïncidence, la différence entre les hommes et les femmes pouvant être naturellement amenée à se réduire au fur et à mesure que les juridictions se prononceront sur des affaires mettant en œuvre la notion d'obstacle insurmontable. Pour qu'il y ait un désavantage particulier, il faudrait établir que le mécanisme mis en œuvre désavantage structurellement les femmes. Distinguons ici la situation de la femme auteure de l'infraction de la femme victime. L'examen des différentes affaires où la notion d'obstacle insurmontable a été mise en œuvre contre une femme auteure révèle qu'il s'agissait à chaque fois de crimes d'homicides. Or, l'examen des statistiques du Ministère de la justice révèle que les homicides sont, proportionnellement au nombre total d'infractions commises par chacun des deux sexes, autant commis par les hommes que par les femmes¹⁰¹. Dès lors, à l'égard de l'infraction d'homicide, la jurisprudence développée pour la notion d'obstacle insurmontable ne paraît pas défavoriser plus les femmes que les hommes. S'agissant ensuite des femmes victimes, à l'exception de la décision commentée, la notion d'obstacle insurmontable a été invoquée seulement dans des cas de viols. Les résultats de l'enquête *Violence et rapport de genre* révèle que le viol concerne 31 fois plus les femmes que les hommes¹⁰², étant précisé qu'il y a à peu près autant d'hommes que de femmes victimes de violences physiques et/ou sexuelles¹⁰³. Dans ces conditions, il est permis de conclure que, à propos du viol, la notion d'obstacle insurmontable aboutit incontestablement à un désavantage particulier pour les femmes victimes de viol.

Ce désavantage particulier répond-il cependant à un but légitime et les moyens déployés par la Cour pour atteindre ce but sont-ils proportionnés ? Une réponse négative nous paraît s'imposer dans la mesure où 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 ou la suspension de la prescription. Il faut en effet rappeler que,

¹⁰⁰ Rappr. M. Mercat-Bruns, « La personne au prisme des discriminations indirectes », *Rec. Dalloz*, 2013, p. 2475 à propos des personnes salariées ou en fin de vie.

¹⁰¹ Les homicides représentent dans les deux cas 0,1 % des infractions commises : F. Büsch et O. Timbart, « Un traitement judiciaire différent entre hommes et femmes délinquants », *Infostat Justice*, mars 2017, n° 149, <http://data.over-blog-kiwi.com/1/01/99/36/20170312/ob_cdf01a_delinquance-h-f.pdf>, figure 3, p. 3.

¹⁰² Il y a 0,31% de femmes violées contre 0,1% d'homme violés : C. Hamel *et al.*, « Viols et agressions sexuelles en France : premiers résultats de l'enquête Virage », *Population & Société*, n° 538, nov. 2016, <https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/25953/538.population.societes.2016.novembre.fr.pdf>, tableau 1.

¹⁰³ Le chiffre était en 2011 de 5,5% pour les femmes et de 4,6% pour les hommes : T. Morin, L. Jaluzot et S. Picard, *Femmes et hommes face à la violence*, Insee Première, n° 1473, nov. 2013, <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/1280920>>.

jusqu'à la réforme du 23 février 2007 précitée, 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 biens¹⁰⁴. Pour les autres infractions, en particulier les crimes d'homicide ou de viol, le *report* du point de départ de la prescription fut refusé, la Cour finissant néanmoins par accepter une *suspension* à la condition très étroite de preuve d'un obstacle insurmontable aux poursuites¹⁰⁵. Or la doctrine, jetant un regard d'ensemble sur cette jurisprudence, n'a pas manqué de dénoncer une « *casuistique fluctuante et parfois incohérente* »¹⁰⁶ et aboutissant à des solutions « *surprenante[s]* »¹⁰⁷. Pour une auteure, « [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 en l'espèce [dans l'arrêt d'Assemblée plénière précité de 2014] ait été refusée lors d'un arrêt de la Chambre criminelle en date du 18 décembre 2013, pour des faits de viol ? »¹⁰⁸. Dans ces conditions, il ne semble exister aucun but légitime justifiant que, pour les infractions de viol et d'homicide, le délai de prescription soit moins facilement étendu qu'il ne l'est dans d'autres délits. Par conséquent, la deuxième condition d'une discrimination indirecte paraît remplie, ce qui permet donc de conclure que le présent arrêt manifeste également l'emprise d'un système de genre inégalitaire sur les magistrats, ceux-ci n'ayant pas vu le caractère discriminant la règle de droit sur laquelle s'appuyait leur solution.

¹⁰⁴ Sur toute cette jurisprudence, cf. C. Courtin, « Prescription de l'action publique », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, oct. 2015, nos 59-75

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ E. Raschel, « Amnésie de la victime d'un viol : refus du recul du point de départ de la prescription », *Gaz. Pal.*, 1^{er} févr. 2014, n° 32, p. 15.

¹⁰⁷ J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *AJ Pénal*, p. 30-32.

¹⁰⁸ 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. Méssa, « 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.

*

*

*

Aux termes de ce commentaire, nous pouvons donc conclure que la décision rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 6 avril dernier, outre qu'elle constitue une violation du droit d'accès à un tribunal de la personne requérante, repose sur deux principaux biais (non intentionnels) qu'a pu révéler une analyse de l'arrêt au prisme du genre. D'abord une lecture des faits biaisée par l'emprise exercée sur les magistrats du système binaire du genre au sein duquel ils évoluent. Ensuite, l'application d'une règle de droit discriminante, dont la formulation révèle cette fois l'emprise sur les magistrats d'un système de genre inégalitaire, susceptible au demeurant de caractériser l'existence d'une discrimination systématique¹⁰⁹. Pour ces trois raisons, il nous semble possible d'affirmer que la chambre criminelle, après hier la première chambre civile¹¹⁰, a accompli par cet arrêt une nouvelle « mutilation juridique » en privant les personnes intersexuées de leurs droits fondamentaux. Gageons que la personne requérante n'en restera pas là et poursuivra sa demande de reconnaissance devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹⁰⁹ Sur cette notion, cf. M. Mercat-Brun, « L'identification de la discrimination systémique », préc.

¹¹⁰ Sur cette expression, cf. B. Moron-Puech, « Le rejet du sexe neutre : une “mutilation juridique” ? », *Rec. Dalloz*, p.1404- 1408.