



COUR DE CASSATION

**AVIS DE Mme MALLET-BRICOUT,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n°466 du 5 juillet 2023 – Première chambre civile

Pourvoi n° 22-13.457

Décision attaquée : Cour d'appel de Fort-de-France du 18 janvier 2022

Mouvement international pour les réparations

Martinique

C/

L'Agent judiciaire de l'État

Ce dossier soulève la question sensible de la réparation des crimes contre l'humanité que constituent la traite et l'esclavage, à l'égard des descendants des victimes de ces crimes, en l'occurrence les descendants d'esclaves en Martinique, en leur qualité d'ayants droit et pour leurs propres préjudices.

Le mémoire ampliatif et plusieurs citations dans le rapport rappellent l'ampleur des crimes commis durant des siècles à l'égard de populations africaines ou asiatiques par plusieurs Etats, dont de grandes puissances européennes et notamment la France. Les déportations, dans des conditions effroyables, de millions de personnes réduites en esclavage, dont les conditions de vie étaient ensuite contraires à la dignité humaine, ont été organisées dans le cadre d'un 'commerce triangulaire' dont les esclaves ont été les instruments et dont ils n'ont perçu aucun bénéfice, y compris lors de l'abolition de l'esclavage en 1848¹. Le mémoire ampliatif souligne que, pour ce qui concerne l'île de Martinique, 60% de la population était composée d'esclaves au moment de l'abolition.

La traite et l'esclavage figurent sans nul doute parmi les événements de l'Histoire de l'humanité les plus dramatiques et ce, de très longue date, puisque l'esclavage existait déjà dans l'Egypte ancienne ou encore dans l'Empire romain et que ces pratiques ont aussi été mises en œuvre dans d'autres civilisations que celle européenne.² La reconnaissance récente, au regard de cette longue histoire, de la qualification de crime, et même de crime contre l'humanité, ainsi que l'interdiction proclamée dans plusieurs textes internationaux de l'esclavage et de la servitude, permettent d'espérer que de telles pratiques puissent être désormais sanctionnées et réparées à la hauteur du crime commis, si celles-ci se reproduisent.

Il reste que de très nombreuses personnes, dans de nombreux pays ou régions du monde, portent en leur qualité de descendants d'esclaves une histoire personnelle et familiale douloureuse, qui remonte à plusieurs générations. Le temps passé n'amointrit pas la gravité objective des faits commis à une époque où ceux-ci étaient considérés comme légaux, à l'instar d'autres événements historiques anciens de persécutions et massacres contre des hommes, des femmes, des enfants sur le fondement notamment de leur religion ou de leur appartenance à une communauté. On peut penser par exemple, pour ce qui concerne la France, aux persécutions commises à l'égard de la communauté protestante du 16^e au 18^e siècles, et bien d'autres illustrations pourraient malheureusement être recensées tout au long des siècles passés.

Sauf à adopter une vision anachronique de l'Histoire, toute demande formée sur le fondement de la responsabilité civile par les descendants de victimes directes de ces massacres et crimes ou les associations qui les représentent, ne peut qu'être étudiée à la lumière du contexte historique dans lequel les faits ont eu lieu, des éléments de qualification et des règles de prescription applicables à la cause. Les principes de la responsabilité civile à l'heure où ces demandes sont portées devant le juge judiciaire doivent aussi guider la solution.

¹ Seuls les colons, désormais privés d'esclaves, ont reçu une indemnisation sur le fondement du décret du 27 avril 1848 abolissant l'esclavage (article 5). Sur cette question, voir notamment le projet REPAIRS relatif à Saint-Domingue (Haïti) : <https://esclavage-indemnitees.fr/public/>

D'autres empires coloniaux ont procédé de manière identique, notamment le Royaume Uni : voir la plateforme internet *Legacies of British Slave-ownership* (*University College of London*), qui recense notamment toutes les indemnités perçues par les colons britanniques propriétaires d'esclaves au moment de l'abolition en 1833.

² V. notamment *L'esclavage : la question de l'homme*, Rev. Droits, 2010, n° 51.

En l'espèce, les demandes formées par les descendants d'esclaves et trois associations antillaises ont pour objet d'obtenir une réparation pécuniaire, d'une part, pour le préjudice subi par leurs ancêtres esclaves ayant vécu du 15^e au 19^e siècles, d'autre part, pour leur propre préjudice en leur qualité de descendants de ces personnes. Les demandeurs sont ainsi, au regard de l'Histoire, les héritiers des victimes de crimes perpétrés à une époque où la traite et l'esclavage n'étaient pas considérés comme des crimes - comme tant d'autres faits ou massacres historiques qui, depuis le 20^e siècle, sont qualifiés de crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide.

Il est avéré que les affranchis aux Antilles françaises n'ont jamais reçu aucune réparation pécuniaire des souffrances endurées, des atteintes à leurs libertés individuelles et de leur dénuement patrimonial. La situation est d'ailleurs la même dans d'autres Etats européens et aux Etats-Unis d'Amérique, où la traite et l'esclavage ont été organisés dans des circonstances similaires à la France : aucun des Etats concernés n'a légiféré sur la question de l'indemnisation financière des affranchis ou des descendants d'esclaves, en dépit de discussions sur cette question dans certains Etats comme en France ; les tribunaux étrangers qui ont eu à connaître de contentieux sur ce sujet n'ont pas davantage accordé d'indemnisation sur le fondement de la responsabilité civile.³ On retrouve dans ces contentieux les obstacles questionnés dans le pourvoi : la prescription opposée aux ayants droit et la démonstration d'un préjudice personnel subi par les descendants d'esclaves. Ce constat constitue un éclairage intéressant, mais ne préjuge évidemment pas de la solution à apporter en l'espèce, dans la mesure où la justification des demandes formées par les descendants d'esclaves dans différents pays repose avant tout sur la carence des législateurs du 19^e siècle à organiser l'indemnisation des affranchis.

En France, la question des réparations dues aux descendants d'esclaves n'a été abordée par le législateur qu'en 2001, à travers **la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001** dite « Taubira ». Ce texte qualifie expressément de crimes contre l'humanité les faits de traite négrière transatlantique et dans l'océan Indien, ainsi que les faits d'esclavage perpétrés à partir du 15^{ème} siècle contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes (v. article 1^{er} de la loi). Cette loi n'a prévu aucune indemnisation des descendants d'esclaves, bien que des discussions aient eu lieu au Parlement sur ce point. Mme Taubira-Delannon, députée de Guyane, qui a porté le projet de loi, a précisé devant le Parlement, l'esprit du texte, notamment dans son Rapport n° 1378 :

« qualifier la traite négrière transatlantique et l'esclavage de crime contre l'humanité relève de l'acte politique, de l'acte de justice universelle, de l'affirmation des valeurs qui dictent le respect de la personne humaine au point d'énoncer des droits de l'homme qui transcendent les législations nationales. Il s'agit de donner nom et statut à ces méfaits historiques, de les sortir de l'énoncé imprécis du code pénal. (...) Reconnaître le crime, prendre la mesure du traumatisme infligé au continent africain, du morcellement du territoire amérindien et de l'enracinement des inégalités qui perdurent outre-mer, conduit à en attaquer les séquelles et leurs causes. (...) La reconnaissance du crime, l'incitation à la Recherche, la diffusion des connaissances, l'accès égal aux savoirs, la réhabilitation de lieux de mémoire, l'encouragement aux rencontres et à la coopération, le respect et la valorisation des langues et cultures, la correction des inégalités dans la répartition des terres, l'accès équitable aux moyens, la rationalisation des économies, sont quelques unes des réparations principales. »

Cette loi laisse donc entière la question de la réparation pécuniaire des préjudices invoqués par les descendants d'esclaves ; elle instaure toutefois d'autres formes de réparation.

³ Voir l'étude détaillée du SDER, annexée au rapport (27 janvier 2023).

Aux Antilles françaises, plusieurs associations ou comités ont été créés avant même ou en écho à la « loi Taubira », notamment les organisations qui sont demanderesse dans la présente procédure, dont les objets sont en lien direct avec les questions soulevées par le pourvoi :

Le *Comité international des peuples noirs* est né en 1992 en Guadeloupe et a pour vocation « la reconnaissance par l'Occident de la Traite et de l'Esclavage qui ont déshumanisé et sacrifié des millions de Noirs comme crime contre l'humanité, la réhabilitation de l'Homme Noir dans sa dignité et la fin de l'Apartheid en Afrique du Sud, des réparations morales et matérielles aux Peuples Noirs d'Afrique et d'Amérique » (les 3 « R »)⁴.

Le *Mouvement international des réparations* se présente quant à lui comme « un mouvement anti-impérialiste, écologiste et opposé à toutes les discriminations », né en 2001 en Martinique. Il promeut également le concept des trois «R» : reconnaissance, réparations et réconciliation⁵.

Le *Comité d'Organisation du 10 mai* est né en 2006, en écho à l'adoption du 10 mai comme journée nationale de commémoration des abolitions de l'esclavage, dans la suite de la « loi Taubira ». Cette association (enregistrée depuis 2010) présente ses « vocations pédagogiques : mémorielle, socio-culturelle, événementielle et militante », notamment la « défense des droits des afro-ascendants et descendants ».

Les faits et la procédure - Il convient de se référer aux faits et à la procédure tels qu'ils ont été exposés dans le rapport et les mémoires respectifs des parties. Le pourvoi est formé contre l'Agent judiciaire de l'Etat français par l'association Mouvement international pour les réparations (ci-après le MIR), l'association Comité d'organisation du 10 mai, le Comité international des peuples noirs (ci-après le CIPN), ainsi que vingt-trois personnes physiques à titre individuel⁶. La présente procédure a été initiée en 2014 devant le tribunal de grande instance de Fort-de-France. Elle a donné lieu à un jugement rendu le 4 avril 2017, puis à l'arrêt attaqué, rendu par la cour d'appel de Fort-de-France le 18 janvier 2022, après que celle-ci eut déclaré irrecevables deux questions prioritaires de constitutionnalité qui lui avaient été transmises (cf. CA. Fort-de-France 11 février 2020, deux arrêts).

Il peut être souligné qu'une première procédure avait été engagée en 2005 par deux associations, dont le MIR, auxquelles s'étaient jointes plusieurs personnes physiques. Celle-ci avait donné lieu à un jugement rendu le 29 avril 2014 par le tribunal de grande instance de Fort-de-France, à un arrêt rendu par la cour d'appel de Fort-de-France en 2017, puis à des questions prioritaires de constitutionnalité (n'ayant pas donné lieu à renvoi devant le Conseil constitutionnel, v. Civ.1. 8 novembre 2018, n° 18-13894, publié),

⁴ Source : site internet de l'association Comité international des peuples noirs : www.mmoe.llc.ed.ac.uk (site hébergé par l'université d'Edimbourg).

⁵ Les 3 R sont définis ainsi par le MIR : « Reconnaissance : Le monde occidental doit reconnaître la dette historique qu'il a envers les peuples africains et d'une manière générale, envers tous les peuples qui ont été asservis. La République française a déjà fait un premier pas (loi Taubira). Mais il reste beaucoup à faire... Réparations : Cette dette doit être payée, d'une manière ou d'une autre, par le biais d'un travail de reconstruction et par l'indemnisation des victimes et fils des victimes. Réconciliation : Ensemble avancer dans le même sens, sans oublier le passé. » Source : site internet de l'association Mouvement International pour les Réparations (MIR), www.mmoe.llc.ed.ac.uk (site hébergé par l'université d'Edimbourg).

⁶ Vingt-cinq autres personnes physiques ayant initié la procédure en 2014 ont vu leur action déclarée irrecevable par l'arrêt attaqué, faute de démontrer leur qualité et leur intérêt à agir (ni acte de naissance aux Antilles ni arbre généalogique produits en justice), et ne se sont pas jointes au présent pourvoi.

et enfin à un arrêt de la Cour de cassation rendu le 17 avril 2019 (Civ.1. 17 avril 2019, n° 18-13894, publié).

Il peut être également souligné qu'un autre pourvoi est actuellement porté devant la Cour de cassation (n° U. 22-19195) par le CIPN, le MIR et neuf personnes physiques, contre un arrêt rendu par la cour d'appel de Basse-Terre (Guadeloupe) le 18 janvier 2021.

Ces procédures se rejoignent sur leur objectif général, à savoir engager la responsabilité de l'Etat⁷ pour la perpétuation des crimes contre l'humanité que constituent la traite négrière et l'esclavage qui se sont déroulés du 15^{ème} au 19^{ème} siècles, aux fins d'obtenir réparation de ces crimes pour les préjudices subis personnellement ou en qualité d'ayants droit.

Les demandes - L'arrêt attaqué, pages 11 à 13, précise les demandes de l'ensemble des parties demanderesse dans la présente procédure. Celles-ci concernent la problématique de la prescription, ainsi que la réparation du préjudice subi sous diverses formes : « dette de l'Etat au titre du devoir de mémoire », « réparation matérielle et pécuniaire », « devoir de financer l'instruction des deux crimes » (traite et esclavage), réparation des « dommages passés, présents et futurs résultant de la commission des deux crimes par la puissance publique française », réparation du « préjudice actuel et personnel en lien direct avec les deux crimes », le cas échéant sous la forme d'une somme forfaitaire de 200.000 euros à verser à chacun des appelants qui souhaiterait ce type de réparation, et de la somme de 50.000 euros à chaque association appelante au titre de son préjudice moral. D'autres demandes concernent le « droit de savoir des ayants droit des victimes des deux crimes », ainsi que la prise en charge par l'Etat français du « rapatriement des descendants de déportés qui souhaitent faire retour en Afrique et de leurs frais de réinstallation ».

Une demande d'expertise a également été formée⁸, afin qu'un collège d'experts puisse déterminer le préjudice subi par le peuple martiniquais, avec un budget de 20 millions d'euros sur plusieurs années, outre la demande d'une provision de 20 milliards d'euros sur les réparations attendues, en attendant la constitution d'une fondation.

Le présent pourvoi comporte trois moyens.

Le premier, développé en trois branches, fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevables comme prescrites les demandes de réparation présentées par les appelants en leur qualité d'ayants droit des victimes de faits d'esclavage.

⁷ La compétence du juge judiciaire pour apprécier la responsabilité civile de l'Etat est très inhabituelle, en raison du principe de l'autonomie de la responsabilité administrative. Celle-ci est invoquée par les demandeurs au titre des crimes de traite négrière et d'esclavage (v. arrêt attaqué, p. 9), ce qui laisse penser que les demandeurs se fondent sur la théorie de la voie de fait pour agir devant le juge civil, selon laquelle le pouvoir judiciaire est gardien des droits fondamentaux et notamment de la liberté individuelle (principe coutumier) Cependant, la jurisprudence du Tribunal des conflits retient deux conditions cumulatives : une mesure qui sort manifestement des attributions de l'administration, et une extinction du droit de propriété ou une atteinte à la liberté individuelle, au sens du droit à la sûreté (détentions et arrestations arbitraires). Or avant 1848, l'esclavage (privation de liberté) était fondé sur des textes. V. Y. Gaudemet, *Droit administratif*, éd. Lextenso, 2022, n° 171 et suiv.

Dans le premier contentieux sur ce sujet, l'arrêt de la cour d'appel de Fort-de-France du 19 décembre 2017, page 6, précise qu'en début de procédure, « le conflit de compétence a été tranché par une ordonnance du juge de la mise en état du 8 janvier 2008 en faveur de la juridiction judiciaire et le préfet de la région Martinique a finalement renoncé à saisir le Tribunal des conflits ».

⁸ La même demande avait déjà été formée dans la première procédure (2005), v. arrêt attaqué, p. 7.

Dans le second moyen, les demandeurs font grief à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement du tribunal de grande instance de Fort-de-France en constatant l'irrecevabilité des prétentions du MIR et de M. [VD] [GL] sur le fondement de l'autorité de la chose jugée.

Quant au troisième moyen, il reproche à la cour d'appel de ne pas avoir reconnu le « préjudice transgénérationnel » qui se déduirait de la seule qualité de descendants de victimes de la traite et de l'esclavage, et d'avoir ainsi violé l'article 1240 du code civil, ensemble les articles 4 et 14 puis 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme.

Cet avis se concentrera sur les premier et troisième moyens, le second pouvant faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé pour les raisons exposées dans le rapport.

L'une et l'autre problématiques soulevées par les demandeurs doivent nécessairement être envisagées sous le prisme du temps, les faits reprochés à l'Etat français étant très anciens (*a minima* sept décennies jusqu'à plusieurs siècles). L'élément temporel figure ainsi au coeur de la réflexion, tant pour la prescription de l'action des ayants droit que pour la caractérisation du préjudice invoqué par les descendants d'esclaves.

I. Le point de départ de la prescription des actions en responsabilité formées par les ayants droit de victimes de la traite et de l'esclavage (*premier moyen*) p. 7

I.A. Le point de départ de la prescription en matière de responsabilité civile : critères et précision

I.B. La fin de l'empêchement d'agir en responsabilité des descendants d'esclaves en leur qualité d'ayants droit

1. La prise de conscience collective de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité (1945-50)
2. L'absence d'élément postérieur déterminant de la prise de conscience du pouvoir d'agir en justice

II. La question de l'existence et de la réparation d'un « préjudice transgénérationnel » invoqué par les descendants des victimes de la traite et de l'esclavage (*troisième moyen*) p. 25

II.A. La notion de « préjudice transgénérationnel »

1. Références au « préjudice transgénérationnel » en droit positif et prospectif
 - Dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale : école épigénétique et école sociale
 - Dans la législation ou la jurisprudence d'Etats étrangers
 - En droit prospectif interne : doctrine et rapport parlementaire
2. Références au « préjudice transgénérationnel » dans diverses études scientifiques

II.B. Le « préjudice transgénérationnel » des descendants d'esclaves

1. La qualité de victime des descendants d'esclaves
2. La caractérisation des préjudices subis par les descendants d'esclaves

II.C. Les temps de la réparation

I. Le point de départ de la prescription des actions en responsabilité formées par les ayants droit de victimes de la traite et de l'esclavage

Le premier moyen de cassation reproche à la cour d'appel de Fort-de-France de ne pas avoir recherché « à quelle date se situait le point de départ » de l'action en réparation formée par les demandeurs descendants d'esclaves en leur qualité d'ayants droit des

victimes de faits d'esclavage et par les associations qui les représentent. Les deux premières branches invoquent le défaut de base légale au regard de l'article 2224 du code civil, d'une part pour l'action en responsabilité civile de droit commun, d'autre part pour l'action fondée sur la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.

La troisième branche du moyen, présentée à titre subsidiaire, reproche à la cour d'appel d'avoir considéré que l'action des demandeurs est « en toutes hypothèses prescrite » après l'entrée en vigueur de la loi du 21 mai 2001, alors que, selon le pourvoi, cette loi, qui qualifie les faits d'esclavage et de traite négrière de crime contre l'humanité, « ne saurait constituer le point de départ d'un quelconque délai de prescription ».

I.A. Le point de départ de la prescription en matière de responsabilité civile : critères et précision

Le point de départ de la prescription, en matière de responsabilité civile, relève, sauf exception, de la prescription de droit commun en matière civile.

Depuis la réforme de la prescription civile survenue en 2008, **l'article 2224** du code civil dispose : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Antérieurement, **l'article 2262** fixait un délai de prescription de trente ans, sans préciser le point de départ, mais la jurisprudence considérait, pour la responsabilité civile, que « *la prescription ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance* ». On s'accorde à dire que la jurisprudence relative au droit antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme de la prescription civile vaut toujours pour l'application de l'article 2224 du code civil⁹.

Ainsi, en matière de responsabilité civile, on peut considérer que le point de départ de la prescription se situe au moment où la victime a connaissance du dommage, mais aussi de l'imputabilité du dommage à un auteur, afin qu'elle soit concrètement en mesure d'agir : « Seule importe la connaissance du droit d'action et non le seul fait de subir un dommage ou encore d'avoir conscience dudit dommage. Au fond, il ne s'agit là que d'une application implicite de l'adage *Contra non valentem agere non currit praescriptio* selon lequel la prescription ne peut courir contre celui qui ne peut agir »¹⁰.

Comme cela est relevé par la doctrine¹¹, **la jurisprudence n'est pas uniforme sur l'appréciation du point de départ**, elle s'attache en principe à déterminer *in concreto* le moment auquel la victime a véritablement été mise en mesure d'agir ; et ce n'est que si cette appréciation est impossible que les juges vont se demander à quel moment elle aurait dû connaître les faits qui lui permettent de fonder son action (appréciation *in abstracto*). Il résulte de cette approche une diversité des solutions selon les situations d'espèce, la Cour de cassation exerçant toutefois un contrôle sur la détermination du point de départ par les juges du fond.

⁹ V. par exemple, M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, T. 5, 4^e éd. Economica, 2021, n° 582.

¹⁰ J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, préface N. Molfessis, éd. LGDJ, 2013, n° 80.

¹¹ P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 6^e éd. LexisNexis, 2023, n° 583 ; A. Sériaux et G. Lardeux, *Manuel de droit des obligations*, 9^e éd. PUF, 2023, n° 229 ; J. Klein, *op.cit.*, n° 18.

La situation de l'espèce doit donc être appréhendée à la lumière de ces règles et de **la philosophie portée par la prescription extinctive**, qui est de participer à l'ordre social, en préservant l'effectivité du droit d'agir de celui qui souhaite faire valoir son droit en justice. L'application de l'article 2224 du code civil, comme celle des articles 1^{er} et 3 de la loi du 31 décembre 1968, doivent permettre de préserver, concrètement, un tel équilibre.

A cet égard, la précision du point de départ de la prescription apparaît bien sûr essentielle. La professeure Julie Klein souligne dès l'introduction de sa thèse¹² « Le point de départ est l'éminence grise de la prescription. Il peut décider de tout, discrètement. Le délai en effet n'est rien sans son point de départ. (...) De sa fixation dépend « l'efficacité de la prescription » : un même délai peut devenir extrêmement long ou à l'inverse extrêmement court, voire illusoire selon le moment auquel il commence à courir ».

Comme le souligne le mémoire ampliatif (p. 14-15), la Cour de cassation rappelle régulièrement **l'impératif de déterminer le point de départ**. Le contrôle a pour premier objectif de s'assurer que les juges du fond recherchent, de manière suffisamment précise, le moment auquel le demandeur a eu effectivement connaissance du fait qui lui a conféré le droit d'agir¹³.

La Cour de cassation n'exige pas forcément qu'une date précise soit retenue pour fixer le point de départ. Il arrive en effet que cette date ne soit pas précisément déterminable, mais qu'au regard d'éléments factuels certains, il soit possible de déterminer la période à laquelle le demandeur a eu connaissance du fait lui permettant d'exercer son droit, ce qui peut être suffisant pour déclarer son action irrecevable sur le fondement de la prescription¹⁴.

Il faut ajouter, en outre, qu'une telle exigence de détermination du point de départ de la prescription est en principe requise pour chaque demandeur dans l'hypothèse d'une action portée par différentes personnes physiques et/ou morales, comme en l'espèce. Or il apparaît de toute évidence impossible de déterminer ici, pour chaque victime ou son ayant droit, la date exacte à laquelle il ou elle a eu effectivement connaissance du fait déclencheur de son droit d'agir, si l'on **assimile la connaissance du fait à la prise de conscience individuelle de ce fait**.

Bien que la jurisprudence et la doctrine ne soient pas hostiles à une telle approche de la connaissance-prise de conscience du fait qui fonde le droit d'agir¹⁵, la professeure Klein met cette analyse **en corrélation avec le caractère « légitime et raisonnable » de la connaissance requise** :

« la prescription doit être reportée au jour où l'ignorance cesse d'être légitime, parce que le titulaire du droit est informé ou découvre par lui-même des faits rendant probable l'existence d'un

¹² J. Klein, op.cit, n° 8.

¹³ Pour un exemple topique récent de contrôle de cette connaissance effective, v. Civ. 3. 12 novembre 2020, n° 19-17156.

¹⁴ Pour un exemple récent de prescription acquise en dépit de la fixation d'une date précise de connaissance du fait déclencheur par le demandeur, v. Civ. 1. 5 janvier 2022 (2^e moyen), n° 19-24436, publié. Il n'est par ailleurs pas rare de voir des arrêts fixer le point de départ « au plus tard à la date du ... ».

¹⁵ V. notamment les développements de J. Klein sur la difficulté à fixer le point de départ de la prescription en matière de vices du consentement, op.cit., n° 158 et suiv.

intérêt lésé ou encore d'un droit dont il pourrait être demandé réparation ou exécution. Précisément, l'ignorance étant prise en considération car elle entrave la possibilité d'agir, elle doit cesser de l'être lorsque l'entrave n'est plus dirimante. Sous cet aspect, il n'est nul besoin d'une connaissance complète du titulaire du droit : la connaissance de l'étendue du dommage, par exemple, ne saurait être exigée. Dès lors que le titulaire du droit a en sa possession des éléments suffisants pour prendre conscience de son droit, la prescription doit courir. (...) Sans doute faut-il ajouter que l'ignorance ne sera demeurée légitime que si celui qui s'en prévaut a pris soin de se renseigner. L'obligation de diligence naît avec le soupçon : celui qui a connaissance de l'existence d'une obligation doit en rechercher le débiteur, celui qui a conscience de subir un dommage doit en rechercher l'auteur »¹⁶.

Ainsi, en l'espèce, il apparaît pertinent de rechercher à quel moment les victimes de l'esclavage ou leurs ayants droit ont raisonnablement et légitimement pris conscience de leur droit d'agir en justice à l'encontre de l'Etat français.

A cet égard, la motivation de l'arrêt attaqué est précise, s'appuyant sur des éléments historiques et de politique intérieure pour tenter de cerner au plus près le moment auquel les demandeurs ont véritablement été en mesure d'agir, c'est-à-dire ont eu conscience de leur droit d'agir.

S'agissant d'une action juridique, il convient de prendre en considération non seulement la prise de conscience collective de l'existence de ce droit (à défaut de preuve précise de cette connaissance à titre individuel pour chaque demandeur), mais aussi la maxime fondamentale « nul n'est censé ignorer la loi », qui postule que « le citoyen ne pourra pas arguer de son ignorance de la loi ou de son erreur sur ses dispositions pour échapper aux conséquences qu'elle emporte »¹⁷.

I.B. La fin de l'empêchement d'agir en responsabilité des descendants d'esclaves en leur qualité d'ayants droit

L'action en responsabilité ayant été introduite en justice par les demandeurs en 2014, l'article 2224 du code civil, issu de la réforme de la prescription civile par la loi du 17 juin 2008, est applicable. Les articles 1^{er} et 3 de la loi du 31 décembre 1968 sont également applicables, s'agissant d'une action en indemnisation exercée contre l'Etat débiteur. Sur ce dernier fondement de droit spécial, la prescription a commencé à courir « le premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis » (art. 1^{er}), étant précisé que « la prescription ne court pas contre celui qui peut être légitimement regardé comme ignorant l'existence de sa créance ou de la créance de celui qu'il représente légalement » (art. 3).

Il est constant que les ayants droit de la victime décédée d'un dommage disposent, en droit français, d'un droit d'agir en justice pour obtenir la réparation des préjudices subis par leur auteur. La question n'a pas été débattue pour ce qui concerne le préjudice économique ; elle l'a été en revanche pour ce qui concerne le dommage moral subi par le défunt, mais une chambre mixte a admis en 1976 que ce préjudice puisse également être réparé et le Conseil d'Etat a suivi cette position en 2000¹⁸.

¹⁶ V. J. Klein, *op.cit.*, n° 701.

¹⁷ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 3^e éd. Litec, n° 276.

V. aussi J. Klein, *op.cit.*, n° 696 : « Ainsi, l'ignorance de la loi ne saurait être invoquée par le titulaire du droit. Elle n'est par principe jamais légitime : nul n'est censé ignorer la loi, et il appartient aux justiciables de se faire si besoin assister d'experts susceptibles de les éclairer sur les actions que leur offre la loi. »

¹⁸ Ch. Mixte 30 avril 1976, *Watelet*, Bull. Civ. Ch. Mixte n° 3 ; CE. 29 mars 2000, D. 2000, p. 563.

Il est également constant que le décret d'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848 n'a pas expressément conféré aux affranchis le statut officiel de victimes, alors même qu'il est souligné en préambule que « l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ; qu'en détruisant le libre arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir ; qu'il est une violation flagrante du dogme républicain, *Liberté, Egalité, Fraternité* ».

L'arrêt attaqué souligne (p. 37) que l'Etat français, en dépit de cette proclamation, a refusé d'assumer la responsabilité des faits de traite et d'esclavage perpétrés durant quatre siècles et favorisé l'oubli de ces crimes plutôt que leur mémoire et leur réparation. Ces éléments factuels, associés aux problématiques relatives à l'état civil des affranchis aux Antilles françaises durant plusieurs décennies, également relevées dans l'arrêt attaqué, peuvent être considérés comme des **empêchements d'agir** au sens de l'adage « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* ». On retrouve ces éléments d'analyse, sans toutefois qu'ils aient été explicités, dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 avril 2019¹⁹.

. **La cour d'appel relève alors** (p. 38) :

« Il doit ainsi être retenu que la prescription n'a pu commencer à courir qu'à compter du jour où les victimes, ou leurs ayants droit, ont été en mesure d'exercer leur action et où les nations civilisées ont reconnu la notion de crime contre l'humanité.

De fait il faudra attendre la fin de la seconde guerre mondiale pour que soit défini le crime contre l'humanité et que son existence et sa reconnaissance soient admises au sein des nations civilisées.

Par ailleurs, la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 affirme que l'esclavage et la traite sont interdits sous toutes leurs formes, et que toute personne dispose d'un droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la constitution ou par la loi.

La convention pour la prévention et la répression du crime de génocide approuvée par l'assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1948 donne pour sa part une définition plus large du génocide en visant les actes commis dans l'intention de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux, en temps de guerre comme en temps de paix, sans se référer à une période historique quelconque. Parmi ces actes, la convention cite notamment le meurtre, l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, les mesures visant à entraver les naissances au sein d'un groupe.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée le 4 novembre 1950, visant expressément la déclaration du 10 décembre 1948, rappelle enfin que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

¹⁹ Civ.1 17 avril 2019, n° 18-13894 : « la cour d'appel a exactement décidé que cette action, en tant qu'elle portait sur des faits ayant pris fin en 1848 et malgré la suspension de la prescription jusqu'au jour où les victimes, ou leurs ayants droit, ont été en mesure d'agir, était prescrite en l'absence de démonstration d'un empêchement qui se serait prolongé durant plus de cent ans ».

Il se déduit de ces éléments, en l'état des dispositions du décret d'abolition de 1848 consacrant la violation flagrante du dogme républicain et un attentat contre la dignité humaine, que les ayants droit des victimes ont été à même d'apprécier les conséquences des atteintes résultant de l'esclavage et de la traite négrière dès la reconnaissance internationale de la notion de crime contre l'humanité.

Cette conscience a par ailleurs été renforcée par certains penseurs ou mouvements nationalistes ultra-marins à partir des années cinquante, même si certains d'entre eux ont évoqué le caractère irréparable de ces crimes et une forme d'indécence à réclamer une indemnisation financière individuelle à l'adresse des descendants d'esclaves.

Dès lors il n'est pas démontré que l'empêchement d'agir se soit prolongé au-delà de cette période pour les ayants droit des victimes directes.

(...)

Dès lors leur action introduite le 20 mars 2014 en leur qualité d'ayants droit des victimes directes de la traite et de l'esclavage doit être déclarée prescrite ».

Ces paragraphes, bien qu'ils ne précisent effectivement aucun point de départ daté de la prescription civile en l'espèce, rendent toutefois compte du raisonnement tenu par les juges du fond, pour lesquels il paraît possible d'admettre que **les ayants droit des victimes d'esclavage ont eu la possibilité d'agir « dès la reconnaissance internationale de la notion de crime contre l'humanité »**. Cette reconnaissance internationale est manifestement identifiée, dans l'arrêt attaqué, à la « période » qui a **suivi immédiatement la seconde guerre mondiale**, soit à partir des années 1945 et se prolongeant dans les années 1950.

En elle-même, la caractérisation d'une période déterminée comme point de départ de la prescription, et non d'une date précise, ne me paraît pas susceptible de critique, dans la mesure où la Cour de cassation n'exige pas forcément un point de départ daté si la période définie permet de décider, sans doute possible, que la prescription est acquise (ou au contraire qu'elle ne l'est pas).

. **La Cour de cassation est dès lors en mesure d'exercer son contrôle** sur la détermination de ce point de départ, qui a permis à la cour d'appel de déduire l'irrecevabilité de l'action introduite par les demandeurs le 20 mars 2014, en qualité d'ayants droit des victimes de l'esclavage, sans nécessiter de fixer une date plus précise au regard du temps écoulé en tout état de cause, et au surplus au regard du caractère nécessairement diffus de la prise de conscience au sein d'une collectivité telle que celle des descendants d'esclaves en Martinique.

Les faits et actes en cause ont été commis antérieurement à l'entrée en vigueur du décret d'abolition de l'esclavage (soit le 23 mai 1848 en Martinique²⁰) et le droit à réparation a ainsi pris naissance à cette date pour ceux qui en avaient été victimes et leurs ayants droit. L'action en responsabilité ayant pour fondement l'article 1382 ancien du code civil était susceptible d'être engagée à cette date, dès lors qu'il était possible de faire valoir un dommage objectif²¹, des préjudices, une faute et un lien de causalité entre la faute et le dommage subi.

²⁰ Cf. arrêt attaqué, p. 39.

²¹ Reconnu notamment par les premiers mots du décret d'abolition : « Le gouvernement provisoire, considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ; qu'en détruisant le libre arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir ; qu'il est une violation flagrante du dogme républicain, *Liberté, Egalité, Fraternité* ; considérant que si des mesures effectives ne suivaient pas de très près la proclamation déjà faite du principe de l'abolition, il en pourrait résulter dans les colonies les plus déplorables désordres ».

Conformément au principe “*Contra non valentem agere non currit prescriptio*”, la prescription ne court pas contre celui qui n'était pas en mesure d'agir.

La cour d'appel de Fort-de-France devait ainsi rechercher à compter de quel moment l'empêchement d'agir²² avait cessé. L'arrêt attaqué considère, à l'issue d'une motivation détaillée, que ce moment est celui où « *la reconnaissance internationale de la notion de crime contre l'humanité* » a eu lieu.

Il peut être raisonnablement déduit de l'ensemble du raisonnement suivi par la cour d'appel qu'en retenant « *la reconnaissance internationale de la notion de crime contre l'humanité* » comme point de départ de la prescription, les juges du fond visaient plus spécialement la reconnaissance internationale de la notion de crime contre l'humanité appliquée à la traite et à l'esclavage. Ils précisent en effet que c'est à partir de cette reconnaissance que « *les ayants droit des victimes ont été à même d'apprécier les conséquences des atteintes résultant de l'esclavage et de la traite négrière* ».

Une telle approche apparaît raisonnable, en ce qu'elle ne se contente pas de rechercher à partir de quel moment les affranchis et leurs ayants droit ont pu prendre conscience que l'esclavage était susceptible d'entraîner la responsabilité de l'Etat français, indépendamment de sa qualification. En effet, en dépit de la reconnaissance expresse d'un « **attentat à la dignité humaine** » dans le décret d'abolition, qui ouvrirait certainement droit à réparation de nos jours, il convient de se replacer dans le contexte juridique du 19^e siècle pour comprendre que les affranchis et leurs ayants droit ne pouvaient déduire de cette seule expression une possibilité d'agir en justice contre l'Etat. Le principe était en effet, au 19^e siècle, l'irresponsabilité de l'Etat ; ce n'est que peu à peu, et notamment à partir de l'arrêt Blanco (1873) qu'a pu être admise la possibilité d'engager la responsabilité de l'administration et de l'Etat.²³ En outre, le principe de l'autonomie de la responsabilité administrative, toujours très puissant en droit positif, ne laisse que très peu de place à l'hypothèse d'une responsabilité civile de l'Etat sur le fondement de l'article 1240 (ou de l'article 1382) du code civil²⁴.

Il apparaît donc raisonnable de considérer que la prise de conscience d'un pouvoir d'agir en responsabilité contre l'Etat est née d'autres éléments que cette qualification, en 1848, d'attentat à la dignité humaine, sans plus de reconnaissance par le législateur de l'époque de conséquences indemnitaires. Les évolutions observées en droit pénal international au 20^e siècle ont en revanche été déterminantes de la prise de conscience collective, universelle, de la gravité des crimes commis dans le cadre de la traite et de l'esclavage.

1. La prise de conscience collective de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité

La notion de crime contre l'humanité a des racines anciennes²⁵, mais a émergé sur la scène internationale lors du 'procès de Nuremberg', en **1945**. L'article 6c du Statut du

²² Dont les causes historiques et politiques ont été soulignées *supra*, p. 12.

²³ V. Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 24^e éd. LGDJ, 2022, n° 387 et suiv.

²⁴ Quelques décisions, au 19^e siècle, avaient néanmoins admis la responsabilité civile de l'Etat pour la négligence ou l'imprudence de ses agents (art. 1382-1383 c.civ.) : Civ. 1^{er} avril 1845, S. 1845. I. 363 ; Civ. 19 décembre 1854, D. 1855. I. 37.

²⁵ L'expression « crime de lèse-humanité » aurait déjà été utilisée à propos de l'esclavage des Noirs par un orateur de la Convention, en France, en 1794.

Tribunal militaire de Nuremberg²⁶ en donne une définition, qui fait expressément référence à l'esclavage et à la déportation de populations civiles :

« Les crimes contre l'humanité, c'est -à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre ; ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, commises à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal International ou s'y rattachant, que ces persécutions aient constitué ou non une violation du droit interne des pays où elles ont été perpétrées ».

On sait toutefois que ce Statut ne vise que les crimes commis durant la seconde guerre mondiale par des membres des forces de l'Axe.

En **1948**, deux textes internationaux importants poursuivent et élargissent la reconnaissance de la particulière gravité des crimes de traite et d'esclavage.

Le premier de ces textes, la **Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948**, dispose notamment dans son Préambule :

« Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.

Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme. »

Le même texte dispose, en son article 3 que « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne », et en son article 4 que « **Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude ; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes** ».

L'article 8 de la Déclaration dispose par ailleurs que « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi. »

Le second texte, la **Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (9 décembre 1948**, entrée en vigueur le 12 janvier **1951**) dispose en son article II :

« le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe ;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. »

²⁶ Document annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945.

L'article IV de cette Convention précise : « Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. »

La **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, signée par la France le 4 novembre 1950, renforce encore cette reconnaissance dès la lecture de son préambule, qui vise expressément la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 en soulignant que « cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés », outre qu'elle proclame elle aussi « l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé » en son article 4, et le « droit à un recours effectif devant une instance nationale » de toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés, même par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles (article 13).

En suite de ces textes fondateurs, la notion de crime contre l'humanité a poursuivi sa construction en droit pénal international tout au long du 20^e siècle, une étape importante étant celle de sa définition dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. La définition large du crime contre l'humanité dans ce Statut inclut à nouveau « la réduction en esclavage » parmi les actes constitutifs de ce crime (article 7,1,c)²⁷.

Ainsi, d'abord cantonnée à certains crimes commis durant la seconde guerre mondiale, la notion de crime contre l'humanité appliquée expressément à l'esclavage a connu une reconnaissance internationale très large à partir de décembre 1948, reconnaissance significativement renforcée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en 1950.

Les pays signataires des conventions citées, et notamment la France, signataire de ces textes fondamentaux dès 1948 et 1950, ont ainsi clairement reconnu comme étant interdits la traite et l'esclavage, l'esclavage étant déjà qualifié de crime contre l'humanité dans le Statut du tribunal militaire de Nuremberg. Le génocide est quant à lui qualifié expressément de « crime » par la Convention qui le définit. Les textes internationaux et européens cités insistent par ailleurs sur le droit au recours effectif.

Il m'apparaît possible de considérer que les descendants d'esclaves, prenant connaissance à partir de 1948 de la signature par la France de textes internationaux établissant l'interdiction formelle et générale de la traite et de l'esclavage sous toutes ses formes, l'existence d'un droit fondamental à la vie, à la liberté et à la sûreté, ou encore qualifiant de crime génocidaire la « soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle », ont été en mesure dans les années qui s'ensuivaient de s'informer sur les possibilités d'actions en justice dans une telle hypothèse, dans l'ordre international ou en droit interne.

Il s'agit d'une appréciation nécessairement *in abstracto* de la fin de l'empêchement d'agir, qui s'est prolongé durant un siècle, pour l'application de l'ancien article 2262 du code civil. La même analyse peut être tenue pour l'application de la loi du 31 décembre 1968, qui concerne plus particulièrement les créances de l'Etat, dès lors que la Cour de cassation a

²⁷ L'article 7 précise : « Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants ».

considéré, en 2018, que la question prioritaire de constitutionnalité formée sur ce texte ne devait pas être transmise au Conseil constitutionnel²⁸.

2. L'absence d'élément postérieur déterminant de la prise de conscience du pouvoir d'agir en justice

Il me semble, par ailleurs, qu'aucun autre élément factuel ou juridique n'est susceptible de fonder postérieurement à cette période, et toujours *in abstracto*, la fin de l'empêchement d'agir des parties en l'espèce, que ce soit sur le fondement de l'article 2224 du code civil ou de la loi du 31 décembre 1968.

. D'un point de vue factuel :

Aux Antilles, une controverse a commencé à se développer sur la question des réparations dès les années 1950, ainsi que le souligne l'arrêt attaqué (p. 38).

Il peut être observé par ailleurs qu'aux Etats-Unis d'Amérique, où l'esclavage a perduré jusqu'en 1865 et où l'indemnisation des affranchis avait été, en vain, envisagée lors de l'abolition, une première action judiciaire avait été intentée, sans succès, dès 1916 contre le secrétariat au Trésor par quatre Afro-Américains²⁹. Puis en 1969, un leader américain des droits civiques, James Forman, a fait un discours remarqué³⁰ dans lequel il demandait des réparations financières au profit des Afro-Américains descendants d'esclaves, sous la forme d'une somme de 500 millions de dollars destinée à soutenir les entreprises et institutions noires. Dans les années 1970, la question de l'indemnisation des victimes de l'esclavage a fait l'objet dans ce pays d'un militantisme développé.

. Sur le plan juridique :

La **loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964** tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, dispose, dans un article unique :

« Les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat. »

²⁸ Civ.1. 8 novembre 2018, n° 18-13894 QPC, publié. Il était invoqué que l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968 ne prévoit aucune dérogation à la prescription de créance indemnitaire détenue sur l'État du fait de la traite et de l'esclavage dont il est responsable, et qu'il convenait de le confronter au principe constitutionnel de répression des faits d'esclavage, au principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) ayant le même objet, au principe constitutionnel de responsabilité, au droit à un recours juridictionnel effectif, au principe d'égalité devant la justice ainsi qu'au principe de dignité prévus par les articles 1^{er}, 4, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La première chambre civile a considéré que « *la question ne présente pas un caractère sérieux en ce que l'instauration d'un délai de prescription particulier, susceptible d'interruption et de suspension, prévoyant notamment que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir ou ignore sa créance, qui n'a ni pour objet ni pour effet de priver le créancier de son droit d'obtenir l'indemnisation de son préjudice, répond à un objectif d'intérêt général et n'introduit aucune distinction injustifiée de nature à priver les justiciables de garanties égales* ».

²⁹ Aff. *Johnston v. MacAdoo*, 45 US. App. D.C. 440 (1916), citée dans *l'Etude de droit comparé relative à l'indemnisation civile des descendants de victimes d'esclavage*, SDER, Cour de cassation, 27 janvier 2023, p. 13. (annexée au rapport)

³⁰ *Conférence sur le Développement Economique Noir*, Detroit, 25-27 avril 1969.

Rapportant sur sa propre proposition de loi, au nom de la commission des lois, M. Coste-Floret a notamment déclaré :

" On ne peut envisager que le 9 mai 1965 [*trente ans après la capitulation de l'Allemagne nazie*] les plus grands criminels nazis bénéficient de la prescription. La presse a publié naguère une photographie d'Hitler mort : des contestations se sont immédiatement élevées sur l'authenticité de ce document. Je pense qu'Hitler est mort, mais nous n'en savons rien. Imaginons qu'il réapparaisse le 9 mai prochain : il invoquerait la prescription et pourrait couler des jours paisibles, comme Guillaume II, dans quelque Etat étranger ? C'est impossible.

" En constatant l'imprescriptibilité par nature des crimes contre l'humanité, le Parlement français honorera les promesses des gouvernements alliés et restera fidèle au souvenir des héros et des morts de la guerre et de la Résistance. Par son vote, unanime je l'espère, l'Assemblée dira que le temps ne peut effacer l'horreur de crimes à jamais irrémédiables. "

L'objectif de cette loi était clair : déroger à la prescription de droit commun des crimes (30 ans), afin de laisser à la France la possibilité de juger, dans l'avenir, des criminels nazis qui seraient retrouvés.

Conduite à interpréter cette disposition dans le cadre de l'inculpation de Klaus Barbie, la **Cour de cassation** a considéré en 1984³¹ que la loi du 26 décembre 1964 n'était pas une loi nouvelle plus sévère, qu'elle ne faisait que constater une règle internationale préexistante (déduite en l'occurrence de la déclaration de Moscou du 30 octobre 1943 et de l'Accord de Londres du 8 août 1945, auquel est annexé le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg). La chambre criminelle en a déduit que la loi pouvait être appliquée sans rétroactivité aux crimes commis durant la seconde guerre mondiale par Klaus Barbie :

« QU'AINSI, SELON L'ARRET, LA LOI DU 26 DECEMBRE 1964, EN "CONSTATANT L'IMPRESCRIPTIBILITE DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE", S'EST BORNEE A CONFIRMER QU'ETAIT DEJA ACQUISE EN DROIT INTERNE, PAR L'EFFET DES ACCORDS INTERNATIONAUX AUXQUELS LA FRANCE AVAIT ADHERE, L'INTEGRATION "A LA FOIS DE L'INCRIMINATION DONT S'AGIT ET DE L'IMPRESCRIPTIBILITE DE CES FAITS";

ATTENDU QU'EN L'ETAT DE CES MOTIFS, DONT ELLE A DEDUIT QUE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE NE POUVAIT AVOIR BENEFICIE AU DEMANDEUR, EN RAISON DE LA NATURE DES CRIMES DONT IL EST INCULPE, QUELLE QUE SOIT LA DATE A LAQUELLE ILS ONT PU ETRE COMMIS, LA CHAMBRE D'ACCUSATION A FAIT L'EXACTE APPLICATION DE LA LOI ».

La formulation de l'arrêt rendu par la Cour de cassation est très générale, tout en s'inscrivant dans le contexte visé par la loi de 1964, c'est-à-dire la possibilité de condamner sur le fondement de crimes contre l'humanité d'anciens nazis.

On peut observer également que cette loi renvoie à la définition de ces crimes « telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945 ». Or cette définition, rédigée dans le contexte du futur procès de Nuremberg, renvoie aux crimes commis « avant ou pendant la guerre » ainsi qu'aux crimes « rentrant dans la compétence du tribunal »³² :

« Les crimes contre l'humanité, c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou

³¹ Crim. 26 janvier 1984, n° 83-94425, publié.

³² Le Tribunal était compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auraient commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes définis dans la Charte : crime contre la paix, crime de guerre, crime contre l'humanité.

persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime. » (**article 6 de la Charte**).

Il est admis que cette loi n'a fait que confirmer l'intégration dans l'ordre juridique français de la notion de crime contre l'humanité telle qu'elle résulte de la Charte du tribunal international de Nuremberg. En tout état de cause, par son caractère déclaratif, on peut considérer qu'elle n'a pas modifié fondamentalement l'état du droit français sur le sujet de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité tels que définis par la charte de 1945. Cette loi n'a par ailleurs associé aucune peine spécifique au crime contre l'humanité.

L'incrimination de tels crimes dans l'ordre interne n'a eu lieu, en France, qu'en 1994 lors de la refonte du code pénal. Désormais, la définition et la sanction des crimes contre l'humanité figurent aux **articles 211-1 et suivants du code pénal**, la réduction en esclavage figurant dans la définition de ces crimes, en écho aux textes internationaux. Sur le fondement du principe de légalité des peines et de non rétroactivité, la **Cour de cassation** a jugé en 2019 (Civ.1. 17 avril 2019, n° 18-13894), publié) que cette incrimination n'était pas rétroactive :

« l'arrêt retient, à bon droit, que les articles 211-1 et 212-1 du code pénal, réprimant les crimes contre l'humanité, sont entrés en vigueur le 1er mars 1994 et ne peuvent s'appliquer aux faits antérieurs à cette date, en raison des principes de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère »

Cette décision a été approuvée par le professeur Mayaud dans ces termes :

« Il n'est aucun doute sur la justesse de ces principes et sur la rigoureuse application qui en est faite. S'agissant de la légalité pénale et de la non-rétroactivité des lois plus sévères, rien n'est plus nécessaire que de les respecter, étant les garants de nos libertés et les meilleurs remparts contre l'arbitraire. Quant aux règles de prescription qui président à la responsabilité civile, et ceci indépendamment de toute prétention répressive, elles ont également une finalité de paix sociale, destinée à ne point favoriser des actions là où l'oubli ou le dépérissement des preuves sont en cause. Mais, précisément, par la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001, le législateur a entendu ne rien oublier des preuves accablantes et persistantes d'une période dramatique de l'histoire humaine. »

La « loi Taubira » du 21 mai 2001 a en effet expressément reconnu la qualification de crime contre l'humanité pour la traite et l'esclavage, en délimitant cette reconnaissance dans le temps et dans l'espace.

À nouveau, on peut observer que cette loi se situe, sur cet aspect, en droite ligne de l'évolution du droit international sur ce sujet, qui s'est poursuivie à travers des définitions successives du crime contre l'humanité dans le Statut du tribunal international pour les crimes commis en ex-Yougoslavie (1991), puis dans celui du tribunal international pour les crimes commis au Rwanda (1994), et enfin dans le Statut de Rome de la cour pénale internationale (entré en vigueur en 2002), l'ensemble de ces statuts retenant la réduction en esclavage parmi les crimes contre l'humanité.

En effet, cette loi ne fait que réitérer, spécialement pour les crimes de traite et d'esclavage perpétrés durant quatre siècles sous l'égide de l'Etat français, une qualification déjà admise dans le Statut spécial du tribunal militaire de Nuremberg puis considérée dans l'ordre juridique international comme un 'principe du droit international' sur le fondement de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. En outre, la « loi Taubira » n'évoque pas la « responsabilité » de l'Etat français ni n'ouvre expressément un droit à

réparation financière au profit des descendants d'esclaves. Le législateur s'est placé sur un autre terrain, dans la perspective d'instaurer d'autres formes de réparation. Il apparaît dès lors impossible de considérer que cette loi ait pu, de manière significative par rapport aux textes internationaux des années 1945-50, déclencher ou même faire progresser la connaissance de leur droit d'agir par les ayants droit d'anciens esclaves³³.

Il peut être observé, au surplus, qu'au moins une association³⁴ ayant (notamment) pour objet « des réparations morales et matérielles aux Peuples Noirs d'Afrique et d'Amérique » a été créée aux Antilles françaises plusieurs années avant la « loi Taubira » (cf. *supra*, p. 4), matérialisant ainsi la prise de conscience de leurs propres droits par les descendants d'esclaves dans ces territoires bien avant cette loi.

La troisième branche du premier moyen, qui est présentée à titre subsidiaire, me paraît pouvoir être écartée pour les raisons suivantes.

Certes, l'arrêt attaqué a relevé (p. 39) que :

« En tout état de cause, et à supposer comme le soutiennent les appelants, que cet empêchement se serait prolongé jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi Taubira, leur action en leur qualité d'ayants droit serait en toutes hypothèses prescrite au regard des dispositions des articles 2224 du code civil, 26 de la loi 2008-561 du 17 juin 2008 et 1er de la loi du 31 décembre 1968 ».

La cour d'appel de Fort-de-France, par cette incise, a entendu répondre à un argument soulevé par les appelants et a, dans cette phrase, supposé que l'empêchement d'agir ait pu potentiellement se prolonger jusqu'à l'entrée en vigueur de la « loi Taubira », ce dont il peut être déduit qu'elle a par là même supposé que l'entrée en vigueur de cette loi puisse constituer le point de départ de la prescription.

Cependant, ainsi que le souligne le mémoire en défense, cette branche du troisième moyen pourrait être considérée comme inopérante, dans la mesure où le motif qui vient d'être rappelé est surabondant, la cour d'appel ayant déterminé de manière suffisamment précise et claire le point de départ de la prescription (v. I.A.).

On peut souligner, enfin, que **la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu en 2006 la validité universelle des principes relatifs aux crimes contre l'humanité à partir de 1945** (CEDH. 17 janvier 2006, Kolk et Kislyiy c. Estonie, n° 23052/04) :

« l'article 7 § 2 de la Convention n'interdit pas de punir une personne pour un acte qui, au moment de sa commission, était criminel au regard des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. En 1949, des actes tels que les déportations auxquelles les requérants avaient contribué étaient considérées par les nations civilisées comme des crimes contre l'humanité. De tels actes avaient été

³³ Et ce, en dépit de l'interprétation de la « loi Taubira » qui figure dans la *Proposition de loi tendant à la réparation des préjudices résultant de la traite et de l'esclavage colonial* (10 mai 2017, AN, n° 4641), citée par le mémoire ampliatif (p. 8), selon laquelle la loi du 21 mai 2001 aurait « ouvert la voie aux réparations en rendant ces crimes imprescriptibles et donc réparables sans limite dans le temps ». Une telle affirmation contredit les éléments qui viennent d'être exposés sur la question de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et sur les objectifs visés expressément par la « loi Taubira ».

³⁴ Le Comité international des peuples noirs.

définis comme criminels par la Charte du Tribunal militaire international (le tribunal de Nuremberg), ce qui avait été érigé en principes de droit international par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa Résolution n° 95, adoptée en 1946. (...) L'article 7 § 2 de la Convention dispose expressément que l'article 7 ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »³⁵

Certes, cette décision s'inscrit dans un contexte de droit pénal, mais elle montre l'attention portée par la Cour européenne des droits de l'homme à **une logique de concordance** entre la qualification de crime contre l'humanité et le moment auquel les faits ont eu lieu. La même logique a d'ailleurs été retenue récemment par une juridiction belge à propos de crimes contre l'humanité commis à l'époque coloniale³⁶.

En conclusion sur le premier moyen du pourvoi, il apparaît tout à la fois légitime et raisonnable de retenir la période de la fin des années 1940/début des années 1950 pour admettre que l'empêchement du droit d'agir a cessé et que les descendants d'esclaves ont pu prendre conscience, dans cette période, de l'existence d'un dommage réparable pour toute personne soumise à la traite et à l'esclavage, et donc potentiellement pour les ayants droit de ces victimes.

En effet, d'une part, la loi du 26 décembre 1964, le nouveau code pénal de 1994 et la « loi Taubira » du 21 mai 2001 ne peuvent constituer la fin de l'empêchement d'agir pour les raisons sus-exposées.

D'autre part, l'arrêt rendu par la première chambre civile le 17 avril 2019 (n° 18-13894) ne saurait davantage être retenu comme point de départ de la prescription, contrairement à ce qui est affirmé dans le mémoire ampliatif, page 23.

Dans cet arrêt de rejet, la première chambre civile a jugé :

« Mais attendu que l'arrêt retient, à bon droit, que les articles 211-1 et 212-1 du code pénal, réprimant les crimes contre l'humanité, sont entrés en vigueur le 1^{er} mars 1994 et ne peuvent s'appliquer aux faits antérieurs à cette date, en raison des principes de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ;

Et attendu qu'après avoir énoncé que la loi du 21 mai 2001 n'avait apporté aucune atténuation à ces principes et que l'action sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240 du code civil, de nature à engager la responsabilité de l'Etat indépendamment de toute qualification pénale des faits, était soumise à la fois à la prescription de l'ancien article 2262 du même code et à la déchéance des créances contre l'État prévue à l'article 9 de la loi du 29 janvier 1831, devenu l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968, la cour d'appel a exactement décidé que cette action, en tant qu'elle portait sur des faits ayant pris fin en 1848 et malgré la suspension de la prescription jusqu'au jour où les victimes, ou leurs ayants droit, ont été en mesure d'agir, était prescrite en l'absence de démonstration d'un empêchement qui se serait prolongé durant plus de cent ans »

³⁵ Note d'information sur la jurisprudence de la Cour, n° 82.

³⁶ Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, 8 décembre 2021, v. l'étude de droit comparé du SDER, précitée, page 8.

Certes, la Cour de cassation a reconnu dans cette décision l'existence d'une action fondée sur l'article 1382 du code civil (devenu 1240 c.civ.) de nature à engager la responsabilité de l'Etat français. Mais l'on ne peut considérer qu'il y aurait impossibilité d'agir en réparation d'un dommage jusqu'au moment où une décision de justice envisagerait, pour la première fois, l'éventualité d'une telle réparation. Toute décision de justice reflète le positionnement judiciaire sur la question soulevée par le demandeur, qui était donc effectivement en capacité d'agir et de tenter d'obtenir une solution favorable³⁷. Plusieurs associations, rejointes par des personnes physiques, ont ainsi engagé une action « aux fins d'obtenir une expertise pour évaluer le préjudice subi par le peuple martiniquais du fait de la traite négrière et de l'esclavage et une provision destinée à une future fondation »³⁸ dès 2005, initiant ainsi ce contentieux bien avant l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2019.

A l'issue de ces développements, mon avis est ainsi dans le sens du rejet du premier moyen du pourvoi.

II. L'existence et la réparation d'un « préjudice transgénérationnel » invoqué par les descendants des victimes de la traite et de l'esclavage

Le troisième moyen formé par les demandeurs s'appuie sur la notion de « préjudice transgénérationnel », selon le pourvoi « mis en lumière par les travaux scientifiques relatifs à l'épi-génétique », pour considérer que ce préjudice se déduirait « de la seule qualité de descendant d'un fait traumatique », qu'il ne serait dès lors pas nécessaire de fournir des « pièces suffisamment probantes de nature à établir souffrir individuellement d'un dommage propre ». La violation des articles 1240 du code civil, 4, 14, 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de cette Convention, est ainsi reprochée à la cour d'appel de Fort-de-France.

Il convient de souligner immédiatement **l'originalité d'un tel moyen**, qui est fondé sur un type de préjudice qui n'a jusqu'à présent pas été expressément reconnu par la justice française, et que le législateur français n'a pas davantage souhaité reconnaître, en particulier dans la loi du 21 mai 2001, à l'issue des débats qui ont eu lieu au Parlement et alors même qu'un article de la proposition de loi (article 5) envisageait la réparation du préjudice subi du fait du crime d'esclavage³⁹.

Le moyen tend ainsi à demander la reconnaissance, par la Cour de cassation, d'un type nouveau de préjudice, face au vide législatif auquel sont confrontés

³⁷ Voir, à propos du revirement de jurisprudence, J. Klein, op.cit., n° 696 : « le justiciable ne saurait davantage prendre prétexte d'un revirement de jurisprudence pour alléguer qu'il se trouvait, jusqu'à son prononcé, dans l'impossibilité d'agir. En effet, il pouvait parfaitement contester l'interprétation actuelle de la loi. L'existence d'un revirement atteste d'ailleurs qu'un justiciable au moins s'est lancé avec succès dans cette voie. »

³⁸ Cf. Civ.1. 17 avril 2019.

³⁹ Article 5 de la proposition de loi : « Il est instauré un comité de personnalités qualifiées chargées de déterminer le préjudice subi et d'examiner les conditions de réparation due au titre de ce crime. Les compétences et les missions de ce comité seront fixées par décret en Conseil d'Etat. ». Dans son Rapport, Mme Taubira-Delannon a précisé qu'il ne s'agissait « en aucun cas d'envisager des indemnisations financières, mais simplement de poursuivre et d'amplifier ce mouvement de développement des lieux de mémoire ».

les descendants d'esclaves depuis le 19^e siècle pour ce qui concerne la réparation pécuniaire des crimes subis par leurs ancêtres et de leurs propres préjudices. Après avoir cerné les contours du « préjudice transgénérationnel » (II.A), cette demande exige d'être confrontée aux règles fondamentales du droit français de la responsabilité civile, afin d'apprécier dans quelle mesure le « préjudice transgénérationnel », tel que décrit par le moyen, pourrait se conformer à ses principes et ouvrir droit à une indemnisation (II.B.).

II.A. La notion de « préjudice transgénérationnel »

Le troisième moyen, soutenu par le mémoire ampliatif, présente le « préjudice transgénérationnel » comme un préjudice « scientifiquement acquis, grâce aux travaux relatifs à l'épigénétique » (MA, p. 31). Quelques extraits d'études sont cités au soutien de cette affirmation. L'arrêt attaqué (p. 20) rend également compte d'études scientifiques citées par les demandeurs, réalisées par des chercheurs de l'hôpital Mount Sinai à New York et de l'université de Cambridge.

En réalité, la notion, récente, ne présente pas des contours très clairement définis et ne renvoie pas uniquement aux travaux de l'épigénétique.

Le « préjudice transgénérationnel », en l'état des études scientifiques sur le sujet, présente une double dimension, relevant d'une part, du domaine de l'épigénétique, et d'autre part, du domaine de la psychologie.

La doctrine juridique française, par ailleurs, définit encore différemment le « préjudice transgénérationnel », dans le contexte du contentieux relatif à l'exposition à des substances médicamenteuses nocives, ou encore dans le domaine environnemental.

1. Références au « préjudice transgénérationnel » en droit positif et prospectif

- Dans la jurisprudence de la Cour pénale internationale : école épigénétique et école sociale

La Cour pénale internationale, dans deux arrêts rendus en 2018 et 2022 relatifs aux exactions commises en République Démocratique du Congo (RDC), et notamment au massacre de Bogoro en 2003, a évoqué expressément le « préjudice transgénérationnel » : **CPI. 19 juillet 2018**, ICC-01/04-01/07 (cité par le mémoire ampliatif, p. 33) et **CPI. 12 septembre 2022**, ICC-01/04-02/06-A4-A5.

Ainsi que le souligne longuement la Cour pénale internationale dans l'arrêt rendu en 2018, le « *préjudice transgénérationnel* » peut être défini comme « ***un phénomène de transmission entre ascendants et descendants d'une violence sociale provoquant des conséquences traumatisantes sur les descendants*** ».

Le phénomène peut s'exprimer de deux manières, **deux écoles doctrinales** apportant chacune leur propre explication de la transmission transgénérationnelle du trauma : **d'une part, l'école épigénétique**, qui relève de la neuropsychiatrie et qui rend compte de l'existence de marqueurs génétiques du trauma collectif vécu par les parents sur certains gènes liés au contrôle du stress⁴⁰ ; **d'autre part, l'école sociale**, qui relève l'existence de conséquences du trauma vécu par les parents sur la construction émotionnelle de l'enfant. Les deux écoles « *suggèrent une relation entre le traumatisme subi par les parents et le comportement des enfants n'ayant pas directement vécu l'expérience*

⁴⁰ Sans modifier pour autant la séquence ADN des individus concernés. Les modifications sont observées sur les gènes impliqués dans la réponse au stress touchant l'axe hypothalamo-hypophysaire-surrénalien (HHS).

traumatisante vécue par les parents » (CPI, 19 juillet 2018, point 11). Les études scientifiques s'appuient sur des descendants de l'Holocauste ainsi que de femmes qui étaient enceintes alors qu'elles ont vécu l'attentat du 11 septembre 2001 ou le génocide rwandais en 1994.

La CPI souligne cependant que ces études ne présentent pas des résultats définitifs, qu'il existe un débat scientifique sur le sujet (points 12 *in fine* et 14). Il peut être observé, au surplus, que les études scientifiques évoquées concernent les enfants des personnes ayant vécu un traumatisme collectif déshumanisant, donc des descendants immédiats de ces victimes. A cet égard, la CPI prend en considération la date de naissance de chaque demandeur, soulignant que « *plus la date de naissance du demandeur concerné est éloignée de celle à laquelle l'attaque de Bogoro est survenue, plus il est possible que d'autres facteurs / événements aient pu contribuer à la souffrance des demandeurs concernés* » (point 30). La Cour étudie les demandes en réparation « au cas par cas », afin de déterminer « *si le préjudice psychologique subi par chaque demandeur résulte des crimes commis pour lesquels M. K. a été condamné* » (point 28). Elle considère que « *le crime doit être suffisamment lié au préjudice pour être considéré comme la cause de ce préjudice* » (point 30).

En conclusion de sa décision, la CPI rejette finalement la demande en réparation fondée sur le préjudice transgénérationnel, formée par des enfants nés après le massacre de Bogoro, *mais pour des raisons tenant exclusivement au lien de causalité* : « bien qu'ils [les juges] n'aient pas nié la réalité du préjudice subi par les cinq demandeurs et ont notamment reconnu le fait qu'ils subissent un préjudice personnel certain, ils ont rejeté leurs demandes de réparation, avançant un défaut de lien de causalité » (norme dite de la *proximate cause* ⁴¹).

Cette solution a pu être critiquée⁴², d'autant plus que les juges ont exprimé dans cet arrêt leur demande auprès du 'Fonds au profit des victimes'⁴³ de « *prendre en compte, dans la mesure du possible, les Demandeurs concernés qu'elle n'a pas pu retenir comme victimes aux fins de réparation dans cette affaire, dans le cadre de son mandat d'assistance* », ce qui atteste leur préjudice.

Dans le second arrêt, rendu en 2022, la chambre d'appel de la CPI s'intéresse aux modalités d'évaluation de la réparation des préjudices transgénérationnels. Elle souligne notamment que « *le concept de préjudice transgénérationnel est effectivement nouveau* », et « *qu'il a un caractère encore évolutif* », ce qui imposait au 'Fonds au profit des victimes' de faire preuve de prudence dans cette évaluation. La chambre d'appel décide de « *renvoyer l'affaire à la Chambre de première instance pour qu'elle évalue convenablement... correctement la question en se fondant sur les observations demandées aux parties et présente un raisonnement complet après avoir évalué la fiabilité et la crédibilité des preuves d'experts dans le dossier* ».

⁴¹ V. S. Busi, « La reconnaissance d'un préjudice transgénérationnel une fois encore évincée par la Cour pénale internationale », Rev. des droits de l'homme, juillet 2019 : <https://doi.org/10.4000/revdh.7180>. Selon la théorie de la *proximate cause*, les possibilités de préjudices réparables sont alors restreintes à ce que l'auteur de l'acte initial pouvait raisonnablement prévoir.

⁴² V. S. Busi, art.cit.

⁴³ Le *Fonds au profit des victimes* a été créé en 2004 par l'Assemblée des États parties de la Cour pénale internationale (article 79 du Statut de Rome). Sa mission consiste à mettre en œuvre les ordonnances de réparation rendues par la Cour et à aider les victimes et leurs familles avec un appui physique, psychologique et matériel.

Il convient de souligner que ces décisions reposent sur des règles procédurales propres à la Cour pénale internationale ; tout en reconnaissant clairement l'existence de « préjudices transgénérationnels », elles s'intéressent de près à la problématique de la preuve des préjudices invoqués par les victimes indirectes des crimes commis.

- Dans la législation ou la jurisprudence d'Etats étrangers

Il peut être observé par ailleurs qu'aucun Etat étranger n'a, pour le moment, reconnu l'existence d'un tel « préjudice transgénérationnel » au profit de descendants d'esclaves⁴⁴.

Le droit belge semble s'intéresser à la perspective d'une indemnisation pour ce qui concerne son passé colonial (au 20^e s.), mais uniquement pour des victimes directes et victimes par ricochet en leur qualité de personnes à charge ou de parents des victimes directes⁴⁵.

Certaines juridictions américaines ont également évoqué l'existence de violations de nature continue qui persistent encore aujourd'hui (*continuing violation doctrine*) à propos de descendants d'esclaves, mais n'en ont pas moins recherché l'existence d'un préjudice personnel⁴⁶. D'autres juridictions ont au contraire souligné clairement la déconnexion temporelle entre les victimes directes et les demandeurs à l'action, rejetant ainsi l'idée d'un préjudice transgénérationnel.

- En droit prospectif interne

L'expression « préjudice transgénérationnel » ne figure dans aucune décision de Cours d'appel ou de la Cour de cassation, si ce n'est dans le contentieux de l'espèce.

La question du « préjudice transgénérationnel » suscite cependant l'intérêt de la doctrine et du Parlement, en particulier à propos des préjudices qui sont susceptibles d'affecter les descendants de personnes ayant subi des dommages résultant d'une substance médicamenteuse nocive pour la santé.

En doctrine :

. Le **professeur Laurent Neyret** a ainsi mis en lumière ce type de préjudice à propos du Distilbène, dont les juridictions françaises ont pu reconnaître les effets nocifs à l'égard de descendants de femmes ayant pris ce médicament lorsqu'elles étaient enceintes⁴⁷. Il s'agit en l'occurrence de descendants de 2^e ou 3^e générations (soit les enfants et petits-enfants), affectés dans leur corps par des malformations liées à la prise de ce médicament par leur mère ou grand-mère, ou en raison d'une naissance très prématurée liée à ces malformations.

M. Neyret analyse ainsi la jurisprudence :

⁴⁴ V. les conclusions de l'Étude de droit comparé du SDER, précitée.

⁴⁵ V. Étude de droit comparé du SDER, précitée, p. 10 et suiv.

⁴⁶ V. Étude de droit comparé du SDER, précitée, p. 15-16.

⁴⁷ V. notamment, CA. Versailles 21 septembre 2018, n° 17/063791.

« En reconnaissant la qualité de victime à la deuxième et à la troisième génération d'enfants dont la mère a respectivement pris du DES et été exposée au DES, les juges français ont fait entrer dans les prétoires un nouveau type de préjudice que l'on a proposé d'identifier sous l'expression de « préjudice transgénérationnel » (notre article : la reconnaissance du préjudice d'exposition au Distilbène, RD sanit. soc. 2002, p. 503, spéc. p. 510 et notre ouvrage : Atteintes au vivant et responsabilité civile, LGDJ, 2006) »⁴⁸.

Dès 2002, donc, cet auteur a proposé de qualifier de « préjudice transgénérationnel », le préjudice qui se transmet aux descendants de la victime d'un dommage corporel lié à l'ingestion d'une substance médicamenteuse nocive. M. Neyret relève en outre « le préjudice d'angoisse lié à la connaissance du risque de déclarer une maladie grave ou bien d'avoir une grossesse à risque »⁴⁹, pour les enfants et conjoints des femmes concernées. L'auteur insiste sur la question de la démonstration des préjudices invoqués, soulignant que « la preuve du lien de causalité est puisée par le juge dans le rapport d'expertise ».

Mais il faut observer que la qualification de « préjudice transgénérationnel » n'a pas été reprise ni systématisée par l'ensemble de la doctrine spécialiste de responsabilité civile en France.

. Elle a pu être évoquée, encore sous un autre sens que celui qui vient d'être évoqué, dans une étude consacrée au dommage écologique⁵⁰, **M. Lionel Bosc** identifiant un « préjudice transgénérationnel » dans le cas d'atteintes à l'environnement qui constituent tout à la fois des atteintes au patrimoine naturel et au patrimoine culturel, desquels peuvent résulter un préjudice collectif, pour les générations actuelles et futures.

. De manière plus générale, la doctrine française s'intéresse peu à ce type de préjudice, sauf quelques auteurs spécialistes de droit international public⁵¹, ou de droit pénal international⁵² en écho aux décisions de la CPI ou de la Cour de cassation dans le contentieux de l'espèce.

Au Parlement :

Toujours en matière médicamenteuse, le **Sénat**, dans **un récent rapport d'information (2022)** intitulé « Le dispositif d'indemnisation pour les victimes de la Dépakine : mieux anticiper pour mieux indemniser »⁵³, a soulevé expressément la question de

⁴⁸ L. Neyret, « L'affaire du DES, moteur d'évolution du droit », in *DES (Distilbène, Stilboestrol) - Trois générations : réalités - perspectives*, éd. Réseau DES France, 2010, p. 167 et suiv.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ L. Bosc, « Le préjudice culturel, d'une nouveauté à une perspective de la responsabilité civile », Les Cahiers Portalis 2022/1, PU d'Aix-Marseille, p. 85 s. M. Bosc est Docteur en droit, auteur d'une thèse soutenue en 2020 à l'université Toulouse-Capitole sur « Le préjudice collectif ».

⁵¹ Notamment dans le cadre de commentaires des arrêts rendus par la CPI en 2018 et 2022, précités : Chr. de jurisprudence internationale, Rev.Gén.Dr.Intern.Public, oct. 2018, p. 991 ; R. Prouvèze, Rev.Gén.Dr.Intern.Public, oct. 2022, p. 793. V. aussi les travaux de Kelly Picard, notamment « La réparation de l'esclavage colonial et de la traite », in *La prohibition de l'esclavage et de la traite des être humains*, dir. F. Marchadier, éd. Pédone, 2022, p. 93.

⁵² Notamment, G. Bitti, Chr. Droit pénal international, Rev.de sc. crim. et de dr. pénal comparé 2019/4, p. 947 s.

⁵³ Rapport d'information n° 904 (2021-2022) de M. Christian KLINGER, fait au nom de la commission des finances, déposé le 28 septembre 2022.

l'indemnisation de préjudices pouvant affecter les descendants de personnes ayant été exposées au Valproate de sodium.

La partie IV de ce rapport souligne que « le dispositif d'indemnisation pour les victimes du Valproate de sodium doit faire l'objet d'une réflexion sur le temps long », sur le constat que « l'identification d'une transmission entre les générations des préjudices causés par l'exposition au Valproate de sodium conduirait à une extension des indemnisations ».

Le rapport évoque ainsi « les « effets transgénérationnels » de l'exposition *in utero* au Valproate de sodium ». Il est précisé : « Une voie possible de cette transmission entre les générations serait le stress oxydant et l'inhibition des histones désacétylases (HDAC) résultant de l'exposition au Valproate de sodium, dont les effets sont considérés comme **épigénétiques**. », et (notamment) que « la première génération connaîtrait un préjudice d'anxiété et un préjudice moral, en raison du risque de transmettre des handicaps à leurs enfants ».

Une étude a été menée par une association, sur 108 personnes qui ont présenté des dommages importants suite à l'exposition au Valproate de sodium et qui ont eu des enfants. L'étude conclut, fin 2021, à un risque important pour des parents ayant été exposés au Valproate de sodium lors d'une grossesse de transmettre des dommages à l'enfant (malformations, troubles du développement). Il ne s'agit toutefois pas d'une étude épidémiologique reconnue par le ministère de la Santé. Un rapport de l'Inserm, en 2021, considère plausible cette transmission générationnelle, bien qu'aucune étude scientifique concluante ne puisse être produite pour le moment.

En conclusion, le rapport d'information recommande de « mettre en place des scénarios d'adaptation du dispositif d'indemnisation pour les victimes du Valproate de sodium au cas où une transmission entre les générations des dommages serait identifiée ». Il faudrait toutefois, toujours selon le rapport, déterminer la prise initiale de Valproate de sodium durant la grossesse, en remontant le cas échéant à la génération des grands-parents, et donc encadrer la constitution des dossiers ainsi qu'adapter les outils d'identification des préjudices.

Ce rapport d'information au Sénat admet donc l'hypothèse de « préjudices transgénérationnels », à l'égard des enfants et des conjoints d'une personne exposée au Valproate de sodium, dans le contexte de dommages résultant de la prise d'une substance médicamenteuse, par un ascendant de 2^e voire 3^e génération d'après les études en cours. Il s'agirait non seulement de dommages corporels objectifs, concernant certains descendants et non d'autres, mais aussi de préjudices moraux et d'anxiété, le rapport évoquant clairement la question de la preuve du préjudice pour chaque personne concernée.

Ainsi, en droit privé interne, il est possible de relever l'attention récente portée au concept de « préjudice transgénérationnel » par le législateur et la doctrine, mais uniquement à propos de dommages corporels (et des préjudices moraux qui peuvent y être associés), en maintenant l'exigence d'une démonstration du préjudice subi. Le « préjudice transgénérationnel » est envisagé sous une acception stricte, pour des descendants proches de la victime directe de la substance nocive et découlant de dommages objectifs bien identifiés.

2. Références au « préjudice transgénérationnel » dans diverses études scientifiques

. Les extraits d'études publiées reproduits dans le mémoire ampliatif (p. 31 et suiv.) renvoient non seulement à des études sur l'épigénétique, mais aussi à des études de l'autre école, dite sociale, notamment lorsque sont évoqués « des dispositifs de narration inter-générationnelle » (MA p. 32) ou le silence des victimes (MA p. 32-33). Un auteur évoque les enfants de personnes victimes directes de faits violents⁵⁴, un autre (D. Hirsch, MA p. 32) évoque des descendants de 2^e ou 3^e génération à propos de l'école sociale et des processus de narration.

Plus globalement, des analyses ou thérapies transgénérationnelles peuvent être suivies par des personnes qui pensent subir les effets d'un drame familial ancien, de génération en génération. Il s'agit d'une discipline de la psychothérapie, la *psychogénéalogie*, qui permet aux personnes concernées de mettre des mots sur le drame historique ou personnel vécu par un ancêtre et véhiculé depuis au fil des générations, qu'il s'agisse de descendants de victimes ou d'auteurs d'actes dramatiques⁵⁵.

Un médecin⁵⁶ s'est plus particulièrement intéressé à la question à propos des descendants d'esclaves et relève le caractère « intergénérationnel du traumatisme psychologique de l'esclavage », en détaillant les illustrations⁵⁷.

Il résulte de ces études qu'un trauma historique ou personnel vécu par un ascendant, même éloigné⁵⁸, peut avoir des répercussions psychologiques sur des descendants, selon la façon dont l'événement a été géré par la suite au sein de la famille (évitement, secret, deuil non effectué, acte non assumé ...). **Il ne semble pas, en revanche, que de tels effets soient systématiques, chaque descendant étant susceptible de réagir à sa manière⁵⁹, et donc d'en subir ou non les conséquences.**

⁵⁴ E. Dozio (psychologue clinicienne), *Le grand livre des 1000 premiers jours de vie*, éd. Dunod, 2021, chap. 7 : « S'il reste difficile de décrire précisément comment la transmission transgénérationnelle du traumatisme s'opère, plusieurs mécanismes ont été mis en avant pour expliquer le processus de transmission directe du traumatisme parental sur les enfants (Bachem et al., 2018 ; Berthelot et al., 2015; Castro-Vale et al., 2019; Leen-Feldner et al., 2013 ; Salberg, 2016). Certaines études se sont penchées sur l'exposition maternelle au stress et au trouble de stress post-traumatique (TSPT) (Bowers & Yehuda, 2016) dont les effets s'avèrent être particulièrement nocifs pendant la période prénatale. »

⁵⁵ V. « Des traumatismes se répètent de génération en génération », *Le Figaro*, 22 juillet 2011, entretien avec Anne Ancelin-Schützenberger, docteure en psychologie et professeure d'université, fondatrice de cette discipline, reconnue internationalement. Cette psychothérapeute évoque notamment des événements traumatiques liés à la Révolution française ou à la Seconde guerre mondiale.

⁵⁶ Aimé Charles-Nicolas (professeur émérite en psychiatrie et addictologie), *L'esclavage : quel impact sur la psychologie des populations ?* (dir., avec B. Bowser), Idem éd., 2018.

⁵⁷<https://ici.radio-canada.ca/recit-numerique/924/epigenetique-heritage-traumatismes-esclavage>

⁵⁸ Des auteurs considèrent que si le traumatisme n'est pas traité, l'impact transgénérationnel peut s'étaler sur au moins trois générations : F Calicis, « La transmission transgénérationnelle des traumatismes et de la souffrance non dite », *Thérapie familiale*, 2006/3, Vol 27, 229-242 ; P. Fossion, M.C. Rejas, « Prise en charge des familles traumatisées : l'apport de Siegi Hirsch », *Thérapie Familiale*, 2007/3 Vol 28, 231-247.

V. aussi, M. Aissaoui, *Transmission transgénérationnelle des traumatismes et différents mécanismes : revue de la littérature*, Mémoire pour le diplôme universitaire de psychotraumatologie de l'Université Paris Descartes – Université de Paris, nov. 2020. : « Le parent qui a vécu un trauma, et qui présente des séquelles post-traumatiques, souffre et peut donc envoyer malgré lui des signaux. L'enfant ou petit-enfant qui observe son ascendant souffrir, va s'imprégner de ces signaux comme une éponge. Il va donc vouloir le protéger et va s'identifier à sa souffrance. »

⁵⁹ Voir les exemples donnés par A. Ancelin-Schützenberger, entretien précité. V. aussi F. Sironi, *Psychopathologie des violences collectives*, éd. Odile Jacob, 2007, spéc. p. 46 et 71, notamment sur le devenir des enfants issus de viols commis dans le cadre de conflits armés.

. Le moyen est toutefois uniquement fondé sur **la discipline de l'épigénétique**, qui est en construction depuis quelques décennies.

« Si la génétique s'intéresse à l'étude des gènes, l'épigénétique s'intéresse aux effets de l'environnement, dans son sens le plus large, sur l'expression des gènes. C'est en somme l'ensemble des mécanismes de régulation des gènes de notre patrimoine génétique. Le gène est un segment de l'ADN responsable de la manifestation et de la transmission des caractères héréditaires. (...) Le gène peut subir des changements, des mutations, qui donnent lieu à des maladies qui sont transmises dans tous les cas à travers les générations. Ce sont les caractères héréditaires qui sont codés comme ça. L'épigénétique, ce sont les changements qui se mettent par-dessus le génome et qui viennent simplement, comme un commutateur d'intensité, changer non pas la séquence ADN, mais la manière dont le gène fonctionne »⁶⁰.

L'Inserm définit techniquement l'épigénétique comme :

« l'étude des changements dans l'activité des gènes, n'impliquant pas de modification de la séquence d'ADN et pouvant être transmis lors des divisions cellulaires. Contrairement aux mutations qui affectent la séquence d'ADN, les modifications épigénétiques sont réversibles. Concrètement, ces modifications sont matérialisées par des marques biochimiques, apposées par des enzymes spécialisées sur l'ADN ou sur des protéines qui le structurent. (...) Ces signaux, y compris ceux liés à nos comportements (alimentation, tabagisme, stress...), peuvent conduire à des modifications dans l'expression de nos gènes, sans affecter leur séquence. Le phénomène peut être transitoire, mais il existe des modifications épigénétiques pérennes, qui persistent lorsque le signal qui les a induites disparaît »⁶¹.

Ainsi, alors que la génétique correspond à l'étude des gènes, l'épigénétique s'intéresse à une "couche" d'informations complémentaires qui définit comment ces gènes sont susceptibles d'être utilisés par une cellule. La mise en lumière récente de ces moyens épigénétiques d'adaptation d'une espèce à son environnement est, selon Joël de Rosnay en 2011, « *la grande révolution de la biologie de ces cinq dernières années* »⁶².

Par exemple, une étude publiée en 2014 dans la revue *Nature*, s'intéresse à la transmission de caractères provoqués par la présence d'une odeur⁶³ ; une autre étude dans la même revue montre, chez les souris, qu'un trauma précoce peut avoir des répercussions métaboliques et comportementales chez les générations suivantes⁶⁴.

Un autre article souligne, citant le Dr Giacobino⁶⁵ :

⁶⁰ Ariane Giacobino, médecin et généticienne, auteur de *Peut-on se libérer de ses gènes ? L'épigénétique*, éd Stock, 2018 :

<https://ici.radio-canada.ca/recit-numerique/924/epigenetique-heritage-traumatismes-esclavage>

⁶¹ Voir www.inserm.fr.

⁶² J. de Rosnay (scientifique et conférencier), conférence de présentation de l'épigénétique, en avril 2011 à l'UNESCO (« Bâtir une nouvelle société », universités de la terre).

⁶³ Dias B, Ressler K. Parental, « Olfactory experience influences behavior and neural structure in subsequent generations », *Nature Neuroscience* 2014, 17:89-96.

⁶⁴ Gapp K, Jawaid A, Sarkies P, et coll., « Implication of sperm RNAs in transgenerational inheritance of the effects of early trauma in mice », *Nature Neuroscience* 2014, 17:667-9.

⁶⁵ « Peut-on hériter des traumatismes de l'esclavage ? », Radio Canada, 19 juin 2020:

« Des recherches, qui ont porté aussi bien sur l'homme que sur l'animal, ont clairement montré que « ces changements épigénétiques pouvaient traverser plusieurs générations », ajoutant que cela relève « de l'exception plutôt que de la règle ». « Habituellement, il y a un nettoyage qui se fait entre les générations, mais on s'est rendu compte que ce nettoyage pouvait poser problème et que des marques excessivement fortes pouvaient traverser des générations ». Cette transmission épigénétique des traumatismes a été prouvée « chez les survivants de l'Holocauste, les personnes qui ont survécu à la guerre, à la famine en Hollande à la fin de la Deuxième Guerre mondiale, etc. Il y a maintenant plusieurs centaines d'études qui montrent qu'on peut utiliser cette technique pour trouver des marques épigénétiques ».

Toutefois, comme la définition ci-dessus de l'épigénétique le souligne et comme cela est d'ailleurs relevé par le mémoire ampliatif⁶⁶, les modifications, possiblement héréditaires, sont sujettes aux « variations du milieu ambiant, voire aux circonstances de la vie » et la réversibilité semble possible.

. Selon le mémoire ampliatif, la caractérisation du phénomène de transmission transgénérationnelle serait scientifiquement prouvée, le préjudice transgénérationnel « scientifiquement acquis » (p. 31). Il n'est toutefois pas certain qu'une telle affirmation puisse être avancée. Des auteurs soulignent en effet le caractère controversé de ces résultats⁶⁷, l'épigénétique est une science récente, on souligne son caractère prometteur, et l'Inserm précise notamment sur son site internet :

« Certaines marques épigénétiques pourraient même passer à la descendance. La transmission intergénérationnelle de marques matérialisées par la méthylation de l'ADN est très documentée chez les plantes. **Chez les mammifères, l'étude du phénomène est beaucoup plus complexe et fait encore l'objet de controverses.** La formation des gamètes (ovules et spermatozoïdes) puis celle de l'embryon impliquent en effet chacune un effacement des marques épigénétiques : cette « remise à zéro » est nécessaire à la spécialisation des gamètes puis à la pluripotence (capacité à se différencier en n'importe quel type cellulaire) des toutes premières cellules de l'embryon. Toutefois, des gènes semblent y échapper ».

Le site de l'Inserm souligne par ailleurs :

« Il est désormais largement admis que des anomalies épigénétiques contribuent au développement et à la progression de maladies humaines, en particulier de cancers. (...) Par ailleurs, le rôle de l'épigénétique est soupçonné et très étudié dans le développement et la progression de maladies complexes et multifactorielles, comme les maladies neurodégénératives (Alzheimer, Parkinson, sclérose latérale amyotrophique, Huntington...) ou métaboliques (obésité, diabète de type 2...). »

<https://ici.radio-canada.ca/recit-numerique/924/epigenetique-heritage-traumatismes-esclavage>

⁶⁶ MA p. 32 (citation de A. Giacobino, médecin généticienne).

⁶⁷ Notamment, M. Aissaoui, *Transmission transgénérationnelle des traumatismes et différents mécanismes : revue de la littérature*, Mémoire pour le diplôme universitaire de psychotraumatologie de l'Université Paris Descartes – Université de Paris, nov. 2020.

La question de l'implication de l'épigénétique dans la transmission d'un trauma collectif n'est pas évoquée sur ce site, mais des études soulèvent la question⁶⁸.

Quant au Dr Giacobino, elle précise « qu'à sa connaissance, **il n'existe pas d'étude qui a porté exclusivement sur la transmission des stigmates de l'esclavage**. Cet exercice suppose de prélever non seulement l'ADN des descendants des esclaves, mais aussi celui de ces derniers, en exhumant leurs corps, en plus d'effectuer une comparaison avec des populations blanches vivant dans le même milieu. Autrement dit, il faut remonter la chaîne héréditaire longue d'environ 15 générations. Ce qui n'a pas été réalisé encore. C'est vrai que pour la maltraitance, ça a été démontré, c'est vrai pour les abus sexuels, c'est vrai pour la famine, c'est vrai pour le harcèlement. Tout cela a fait l'objet d'études scientifiques vraiment solides (...) d'où **l'extrapolation qu'on peut faire**, car toutes ces souffrances ont fait partie du lot des esclaves, mais je n'ai jamais eu en main, ni d'autres scientifiques, de quoi tester ça »⁶⁹.

En conclusion, l'hypothèse de « préjudices transgénérationnels » découlant de traumas collectifs, qu'ils soient d'ordre épigénétique ou d'ordre psychologique, fait l'objet depuis quelques décennies d'études scientifiques reconnues et de travaux de recherche divers, sans toutefois que des conclusions définitives puissent en être tirées, surtout dans le domaine de l'épigénétique.

Il semble en tout état de cause qu'il n'existe *aucun consensus scientifique* sur le nombre de générations qui peuvent être concernées par un trauma collectif historique ou familial ; le plus souvent, les études se concentrent sur les dommages constatés chez les enfants des victimes directes (donc la deuxième génération), même si l'hypothèse d'une transmission au-delà peut être envisagée (est surtout évoquée la troisième génération).

D'un point de vue juridique, aussi bien la Cour pénale internationale (arrêts précités), qu'un récent rapport d'information au Sénat, outre la doctrine citée et les droits étrangers consultés, ne déduisent pas de la survenance d'un événement dramatique collectif⁷⁰ l'existence d'un préjudice systématiquement subi par les descendants ou proches des victimes, matériel, corporel ou même moral. La *démonstration* du « préjudice transgénérationnel » est requise pour que celui-ci soit reconnu (ce qui n'exclut pas que le juge tienne compte, le cas échéant, de difficultés de preuve liées à la situation).

En effet, aucune étude ne semble caractériser ou même admettre l'hypothèse d'un « préjudice transgénérationnel » *systématique*. Comme le souligne une chercheuse en psychotraumatologie⁷¹ : « De nombreuses études ont mis en évidence que les traumatismes vécus par les parents influencent le comportement de leurs descendants. Il faut cependant préciser que les descendants ne vont pas fatalement manifester les mêmes troubles que leurs ascendants mais peuvent développer de l'anxiété, du stress,

⁶⁸ V. Par exemple, E. Dozio, op.cit. (2021) à propos de la 2^e génération : « Même si la plupart des travaux à ce jour ont été réalisés sur des modèles animaux, il est possible d'avancer des hypothèses sur les mécanismes épigénétiques dans les effets de transmission traumatique transgénérationnelle . En effet, l'aspect biologique s'est révélé être un facteur de risque important dans le développement de symptômes de TSPT chez les descendants de mères traumatisées. Les enfants des mères affectées par des traumatismes, même les nourrissons, peuvent manifester une dérégulation et une détresse en réponse à des facteurs de stress léger (Brand, 2006; Yehuda, 2002; Yehuda et al., 2005) ».

⁶⁹<https://ici.radio-canada.ca/recit-numerique/924/epigenetique-heritage-traumatismes-esclavage>

⁷⁰ Qu'il s'agisse d'un trauma historique ou de l'ingestion généralisée de substances médicamenteuses nocives.

⁷¹ M. Aissaoui, art.cit.

des phobies, des troubles du comportement, des troubles de l'attachement, des maladies psychosomatiques...».

Le « préjudice transgénérationnel », tel que mis en lumière dans les diverses études consultées, n'est jamais présenté comme une fatalité et concerne le plus souvent *une succession restreinte de générations descendantes*. La certitude du *lien de causalité* avec l'événement traumatique peut être questionnée, dans la mesure où, comme le soulignent les scientifiques, l'environnement dans lequel vit la personne concernée peut aussi exercer une influence sur les gènes et sur la psychologie individuelle. La *réversibilité* de l'épigénétique est par ailleurs évoquée, laissant l'espoir « qu'un travail thérapeutique entrepris pourrait apporter des changements épigénétiques chez des patients présentant un trouble de stress post-traumatique et donc stopper la transmission »⁷².

II.B. Le « préjudice transgénérationnel » des descendants d'esclaves

Le « préjudice transgénérationnel » invoqué devant les juridictions, en l'espèce, par les descendants d'esclaves et les associations qui défendent leurs intérêts, doit nécessairement s'inscrire dans le système français de la responsabilité civile. Cela n'exclut pas sur le principe de possibles évolutions de ce système, le cas échéant, mais dans les limites du pouvoir juridictionnel.

En toute rigueur, le préjudice doit être distingué du dommage duquel il découle. Le dommage, en effet, est le fait matériel, « le siège de l'atteinte » subie par la victime ; le préjudice « renvoie aux conséquences juridiques de cette atteinte : lésion de droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux de la victime ».⁷³ **Le préjudice constitue, en tout état de cause, « la condition première de toute responsabilité, puisque c'est sa survenance qui justifie la demande en indemnisation »**⁷⁴.

Il convient donc d'évaluer, à l'aune du droit de la responsabilité civile, les conditions de reconnaissance d'un préjudice réparable, dont la particularité serait d'être « transgénérationnel ». On sait que la Cour de cassation n'a pas hésité à faire évoluer le régime juridique de la responsabilité civile, notamment pour ce qui concerne la typologie des préjudices réparables ou encore la qualité de victime indirecte, y compris dans le contexte de traumatismes collectifs⁷⁵. La jurisprudence, dans son oeuvre de modernisation du droit de la responsabilité civile, veille toutefois à inscrire ces évolutions dans les principes propres à ce domaine juridique.

En droit de la responsabilité civile, l'existence d'un préjudice personnel, certain, direct et légitime est classiquement requise, qu'il s'agisse de la victime directe ou de celle indirecte.

1. La qualité de victime des descendants d'esclaves

⁷² V. M. Aissaoui, art.cit. ; v. aussi A. Giacobino, précitée : A. Charles-Nicolas, précité, qui évoque la perspective d'« autoréparation » des descendants d'esclaves.

⁷³ S. Porchy-Simon, *Droit des obligations*, 13^e éd. Dalloz 2021, n° 922.

⁷⁴ *Ibidem*. V. aussi dans le même sens, P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 6^e éd. LexisNexis, 2023, n° 178.

⁷⁵ La Cour de cassation a par exemple reconnu l'existence du « préjudice d'anxiété » et du « préjudice d'angoisse de mort imminente », et a récemment affiné les critères de la qualité de victime par ricochet dans le contentieux lié à des attentats.

On peut observer, à titre liminaire, un certain flou quant à la qualification des victimes en l'espèce, aussi bien dans l'arrêt attaqué que dans les écritures des parties. Le mémoire ampliatif ne qualifie jamais les demandeurs et déduit le préjudice de la seule qualité de descendants d'esclaves (p. 38). L'arrêt attaqué évoque quant à lui « *l'intérêt et la qualité à agir des personnes physiques à titre personnel et en qualité d'ayants droit* » (p. 31), mais sans par la suite se référer à la distinction entre victime directe et victime indirecte. La qualification d' « ayants droit » est seule reprise par le mémoire en défense (p. 5).

Le manque de précision quant à la qualification des victimes du « préjudice transgénérationnel » est en réalité très significatif de la difficulté qui existe à cerner ce préjudice. Il apparaît en effet difficile de considérer que les descendants d'esclaves sont des *victimes par ricochet* du dommage subi par leurs ascendants, dans la mesure où l'éloignement dans le temps ne permet pas de caractériser le lien requis par la jurisprudence pour reconnaître une personne comme victime indirecte d'un dommage qui a touché autrui⁷⁶. La doctrine souligne en effet la nécessité de limiter les préjudices en cascade (notamment « la souffrance liée à une souffrance ») : « aucun critère ne limite la diffusion du préjudice par ricochet, seule la sagesse des magistrats sert de digue »⁷⁷.

Le « préjudice transgénérationnel » invoqué par les descendants d'esclaves serait-il alors un préjudice personnel subi *directement* par les victimes qui s'en prévalent ? Une telle analyse pourrait correspondre à la notion, qui focalise sur la transmission d'un trauma collectif et historique, ainsi « intégré » en quelque sorte dans la vie de chacun des demandeurs⁷⁸, y compris dans ses propres gènes selon le pourvoi. La particularité de ce préjudice serait alors qu'il se déduirait de la seule qualité de descendant d'esclaves, sans que la victime directe ait à démontrer, classiquement, son caractère personnel et certain.

Les potentialités d'une telle analyse sont, on le pressent, immenses. Ce sont non seulement les descendants d'esclaves sur des générations, mais aussi les descendants des victimes de la Shoah, ou encore des victimes du génocide arménien, du génocide rwandais, du génocide des Khmers rouges, et ce ne sont que quelques exemples, qui pourraient alors, sur des générations, sans finitude temporelle, revendiquer un « préjudice transgénérationnel » si celui-ci était reconnu dès lors qu'un trauma historique déshumanisant a eu lieu sous l'autorité de telle ou telle institution ou personne identifiée.⁷⁹

⁷⁶ V. K. Picard, "Pas d'indemnisation pour les descendants d'esclaves", D. 2019, p. 187: "La cour d'appel de Fort-de-France, qui a eu à juger de cette affaire en décembre 2017, a déjà identifié l'insolubilité de ce problème juridique. (...) En effet, même si des descendants d'esclaves faisaient partie des requérants, aucun d'eux n'a subi directement un tel préjudice et aucun d'eux ne peut se considérer comme victime indirecte. Un tel lien juridique ne peut survivre aux 170 ans écoulés depuis l'abolition - même si la mémoire de l'avilissement, elle, y survit certainement."

⁷⁷ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, 2002, n° 139.

⁷⁸ On peut souligner, par comparaison, que la jurisprudence admet l'existence d'un dommage corporel caractérisé en cas d' « atteinte à l'intégrité psychique » d'un proche de la victime directe décédée, dans l'hypothèse d'un stress post-traumatique ou d'une dépression réactionnelle subis par le proche, qui acquiert alors la qualité de *victime directe* et peut réclamer à ce titre l'indemnisation de son préjudice (v. Crim. 21 octobre 2014, n° 13-87669 ; Civ.2. 28 avril 2011, n° 10-17380 ; Civ.2. 23 mars 2017, n° 16-13350 - cumul des qualités de victime par ricochet et victime directe).

⁷⁹ En outre, la transmission d'un trauma peut concerner bien d'autres hypothèses que le seul trauma collectif historique : dès lors que le marquage des gènes liés au contrôle du stress apparaît être le signe clinique du « préjudice transgénérationnel » évoqué par le pourvoi, ce phénomène pourrait le cas échéant se produire pour toute forme grave de trauma (inceste, violences diverses...), ouvrant alors très grand la porte du « préjudice transgénérationnel » dans des situations très diverses.

N'y aurait-il pas un paradoxe à reconnaître un tel préjudice direct, qui découlerait nécessairement d'un événement historique très ancien, alors que la jurisprudence ne reconnaît comme victime par ricochet que des proches (membres de la famille) de la victime directe ou des personnes pouvant démontrer des liens concrets avec celle-ci ?

En l'espèce, une première difficulté résulte du constat que les descendants d'esclaves ne sont ni des victimes par ricochet au sens classiquement retenu par le droit de la responsabilité civile, ni des victimes directes sauf à démontrer qu'effectivement, ils ont subi dans leur vie personnelle, moralement ou matériellement, les conséquences du trauma collectif vécu par leurs ancêtres.

2. La caractérisation des préjudices subis par les descendants d'esclaves

Le dommage subi par les ascendants, victimes directes de la traite et de l'esclavage, ne fait aucun doute : il s'agit du traumatisme à la fois collectif et individuel vécu dans leur propre chair et dans leur propre esprit. Un tel dommage aurait mérité d'être indemnisé après l'abolition de l'esclavage par l'État français, sur la base d'un texte législatif ou réglementaire. L'Histoire en a décidé autrement, car ainsi que le souligne l'arrêt attaqué (p. 37), il est constant que le décret d'abolition n'a conféré aucun droit à réparation aux esclaves affranchis, que les affranchis n'avaient ni la capacité ni la conscience de leur droit d'agir durant de très nombreuses années, et que l'État a privilégié « l'organisation sociale de l'oubli »⁸⁰ plutôt que d'instaurer une forme de justice transitionnelle⁸¹ qui aurait pu permettre, au moins dans une certaine mesure, de progresser sur la voie de la réparation.

Le dommage subi par les descendants éloignés des esclaves, lequel serait au fondement du « préjudice transgénérationnel », est en revanche plus délicat à caractériser. Le dommage peut être, classiquement, corporel, matériel ou moral.

Dans l'arrêt attaqué, il est précisé (p. 20 *in fine*) que **les demandeurs** considèrent que ce préjudice recouvre tout à la fois un préjudice matériel (absence de toute transmission patrimoniale pour les affranchis visés par le décret de 1848) et un préjudice moral (privation du droit à une généalogie, acculturation des générations actuelles, notion de « créolité » produit d'une culture imposée).

Le pourvoi se fonde quant à lui sur « les travaux scientifiques relatifs à l'épi-génétique » pour soutenir que le « préjudice transgénérationnel » se définit comme « un phénomène de transmission entre ascendants et descendants d'une violence sociale provoquant des conséquences traumatisantes sur les descendants », sans qu'il soit besoin, selon lui, de prouver le caractère propre (individuel) du dommage subi.

Reprenant la définition du « préjudice transgénérationnel » retenue par la Cour pénale internationale en 2018 (arrêt précité, point 10), le pourvoi en tire des conséquences cependant très éloignées du raisonnement suivi par cette Haute cour, dont on a vu qu'elle n'entend retenir ce préjudice que si celui-ci est démontré et dans l'hypothèse de victimes indirectes très proches des victimes directes.

⁸⁰ Selon une expression de Kelly Picard (conférence introductive au colloque *Justice, Vérité et Résilience(s)*, Caen, 23 nov. 2018, accessible sur internet).

⁸¹ La « justice transitionnelle » renvoie à un concept de justice temporaire et extraordinaire, mise en oeuvre en suite de violences collectives exceptionnelles, « justice de compromis entre les attentes des victimes, ce que doit l'État et ce que peut l'État » (v. K. Picard, conférence précitée). Il en existe plusieurs exemples à la fin du 20^e siècle et au 21^e siècle, c'est donc une notion récente.

L'assertion du pourvoi défie les principes établis de la responsabilité civile en droit français. En effet, le caractère direct, personnel et certain du préjudice subi constitue la justification même du droit à réparation.

Le pourvoi, en l'espèce, n'entend **pas seulement demander la reconnaissance d'un nouveau type de préjudice, découlant d'un type de dommage spécifique (le trauma collectif historique)** - ce qui pourrait le cas échéant être entendu dans la perspective d'une nouvelle extension de la typologie des préjudices réparables - **mais bien valider une forme de présomption de préjudice qui se déduirait de la seule qualité de descendant d'esclave et ce, sans limitation dans le temps.**

Au surplus, sans expressément préciser le caractère collectif ou personnel ou hybride de ce préjudice, le pourvoi semble valider l'existence d'un « préjudice transgénérationnel » individuel, donc personnel, dont il est demandé la réparation notamment pécuniaire dans ce dossier.

Il peut être souligné que **le droit français n'admet une présomption de préjudice personnel et certain que dans des cas très exceptionnels**, en cas de violation du droit au respect de la vie privée ou encore en matière de concurrence⁸². Ces hypothèses très exceptionnelles font en outre l'objet de critiques de la part de la doctrine, au motif qu'elles s'écartent singulièrement des principes fondamentaux de la responsabilité civile⁸³. La doctrine souligne ainsi les dangers d'une « désintégration progressive du concept » de préjudice⁸⁴, ou encore qu'« on ne saurait réparer un préjudice dont la réalisation est hypothétique »⁸⁵.

L'existence d'un « préjudice transgénérationnel » certain, personnel et direct, pouvant donner lieu à une réparation intégrale, découlant de la survenance d'un trauma collectif, ne saurait me semble-t-il être écartée sur le principe. Plusieurs signaux en droit international, en droit prospectif interne et en doctrine, encouragent à la réflexion en ce domaine et à une possible reconnaissance. Mais celle-ci ne peut, me semble-t-il, avoir lieu sur le fondement d'une présomption de préjudice en quelque sorte historique, dont la caractérisation ne relève pas du pouvoir judiciaire. Pour l'heure, le « préjudice transgénérationnel » ne semble envisagé dans les décisions et les

⁸² V. notamment, Civ.1. 5 novembre 1996, n° 94-14798, publié (vie privée) ; Com. 12 février 2020, n° 17-31614, publié (concurrence déloyale). Le même type de raisonnement a un temps été tenu également pour le préjudice d'impréparation.

⁸³ V. par exemple, X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, th. Paris 1, 2001, n° 187 ; P. Brun, op.cit, n° 179.

⁸⁴ V. L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, éd. PUF, 1998, spéc. p. 39.

⁸⁵ P. Brun, op.cit., n° 183.

On peut cependant observer que la jurisprudence récente a admis l'indemnisation d'un préjudice à consistance incertaine ou abstraite, dans l'hypothèse du préjudice subi par l'enfant né après le décès de son parent, qu'il ne connaîtra donc jamais : Civ.2. 14 décembre 2017, n° 16-26687, publié (décès du père) ; Crim. 10 novembre 2020, n° 19-87136 (idem) ; Civ.2. 11 février 2021, n° 19-23525 (décès du grand-père). « La souffrance résultant de l'absence du père est en quelque sorte présumée, appréciée *in abstracto* à partir de l'observation objective du lien de filiation, indépendamment des répercussions *in concreto* de cette absence sur la victime » par ricochet (M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, T.5, 4^e éd. Economica, 2021, n° 453 bis).

nombreuses études consultées qu'à l'égard de descendants proches de la victime directe (enfants, petits-enfants) et sous réserve d'éléments probatoires concrets.

On peut souligner en outre que le législateur, en dépit de propositions en ce sens⁸⁶, ne semble pas envisager la reconnaissance de la « lésion d'un intérêt collectif » dans la notion de préjudice. Une telle proposition, qui validerait un préjudice collectif « à caractère abstrait »⁸⁷, n'a en effet pas été retenue dans les dernières propositions de réforme du droit de la responsabilité civile (versions 2017 et 2020).

L'exigence constante, en droit français, d'un préjudice direct, personnel et certain, vaut aussi bien pour les victimes directes que pour celles indirectes. Dans la seconde hypothèse, le fait générateur du dommage est extérieur à la victime par ricochet, mais son préjudice est bien personnel. Quant au préjudice subi par des associations, la seule atteinte à l'intérêt collectif représenté permet d'en déduire un préjudice personnel, dans une acception très large de ce caractère admis en jurisprudence, mais encore faut-il démontrer l'atteinte (le dommage).

En l'espèce, l'existence d'un **préjudice extrapatrimonial** personnel, certain et direct, n'est pas rapportée, par exemple par la fourniture d'attestations médicales qui établiraient des souffrances morales en lien direct avec le trauma vécu par des ancêtres. Or, ainsi que cela a été souligné (*cf. supra*, p. 33 et suiv.), aussi bien sous l'égide de l'école sociale du « préjudice transgénérationnel » qu'en matière de psychogénéalogie, la recherche scientifique rend compte de manifestations tangibles des souffrances morales endurées. Et il apparaît excessif, ou a minima incertain, de déduire des études en cours en matière d'épigénétique l'existence d'un préjudice *systématiquement* ressenti par les descendants de victimes de traumas historiques, d'autant plus lorsqu'il s'agit de générations très éloignées des victimes directes.

Quant au **préjudice patrimonial**, son caractère certain apparaît très difficile à démontrer pour les générations actuelles, nul n'étant en mesure de certifier que le patrimoine d'un lointain ascendant, s'il avait pu exister (notamment dans le cadre du décret d'abolition de 1848), aurait pu fructifier ou être maintenu jusqu'aux descendants actuellement vivants. Le droit français des successions ne permet pas non plus, au-delà d'une réserve héréditaire variable selon les situations, de certifier la transmission d'un patrimoine de génération en génération. On pourrait alors considérer la perte de chance des descendants de bénéficier de la transmission potentielle d'un tel patrimoine. Mais celle-ci n'est admise qu'à des conditions strictes en droit de la responsabilité civile ; la perte de chance n'est indemnisée, en tant que préjudice futur, qu'à la condition d'être certaine⁸⁸, l'appréciation étant effectuée *in concreto*. En l'espèce, un tel dommage, cent soixante-quinze ans après le décret de 1848, ne peut être considéré comme caractérisé de manière suffisamment certaine, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, bien que l'on puisse relever l'injustice du décret d'abolition à l'égard des affranchis, à l'époque où il a été publié.

⁸⁶ V. les Avant-projets de réforme de la responsabilité civile, rédigés sous l'égide des professeurs Catala et Terré.

⁸⁷ V. P. Brun, *op.cit.*, n° 202, qui évoque « la lésion de l'intérêt d'une collectivité d'individus envisagée en elle-même, et indépendante des intérêts de chacun des membres de ladite collectivité ». V. aussi J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3^e éd. PUF, 2022, p. 685 s., sur les travaux récents relatifs au préjudice collectif en cas d'atteinte à une valeur culturelle, historique...

⁸⁸ V. notamment P. Brun, *op.cit.*, n° 185 et suiv. (le fait imputé au défendeur fait disparaître une probabilité mais celle-ci est « obliérée de manière certaine »).

Le pourvoi considère que la preuve d'un préjudice moral n'a pas davantage à être rapportée que celle d'un préjudice matériel : ceux-ci se déduiraient nécessairement de la qualité de « descendants de victimes de la traite et de l'esclavage », donc du trauma historique collectif, qui pourrait être considéré comme le dommage initial. Le « préjudice transgénérationnel » viendrait embrasser tout à la fois un préjudice moral et un préjudice matériel *directement déduits* d'un fait historique très ancien et dommageable : au regard des études scientifiques évoquées, relatives aux phénomènes transgénérationnels, c'est bien cette déduction systématique qui achoppe. Non seulement elle vient contredire les principes essentiels de la responsabilité civile, mais elle semble s'écarter également des études mêmes qui se sont saisies de ce phénomène.

En conclusion, les manifestations des préjudices allégués ne sont pas aisément perceptibles, si ce n'est selon les demandeurs dans une dimension sociale, collective. Du moins les demandeurs ne sont-ils pas, en l'espèce, en mesure de rapporter la preuve d'un dommage subi personnellement, dans sa dimension morale ou matérielle.

Cependant, fruit de l'histoire, le dommage allégué n'en est pas moins invoqué (notamment) par des personnes individuelles contre un débiteur en particulier, l'Etat français. Or, les principes de la responsabilité civile imposent que le dommage soit prouvé pour que la responsabilité d'un tiers, quel qu'il soit, soit engagée et qu'une réparation en nature ou par équivalent puisse être envisagée. L'Etat français a été, durant plusieurs siècles, impliqué dans la mise en oeuvre de la traite négrière et de l'esclavage, notamment aux Antilles. Le dommage subi par les esclaves est avéré, en ce compris ceux parmi eux qui ont pu être affranchis en 1848 tout en étant abandonnés à une situation économique et personnelle déplorable. La question soulevée en l'espèce n'est pas celle de leur indemnisation, mais celle de l'indemnisation de leurs descendants des 6^e ou 7^e générations et au-delà. La distance temporelle entre les faits auxquels l'Etat français a participé et le dommage spécifique allégué par les descendants est un aspect crucial du débat.

II.C. Les temps de la réparation

" Que devient alors l'intérêt d'une action en justice lorsqu'il n'y a plus d'auteurs individuels à sanctionner, ni de victimes à indemniser ? La voie judiciaire n'est pas destinée à prononcer à titre principal des reconnaissances symboliques, même si cela peut constituer un effet induit par une condamnation ou une réparation. Les victimes de la traite et de l'esclavage ayant toutes disparu ainsi que leurs ayants droit directs, l'action en justice n'a plus lieu d'être."⁸⁹

Sans doute faut-il, à la suite de cet auteur, souligner que « l'importance de la réparation symbolique demeure », car « le sentiment d'injustice de ces violences s'est transmis au fil des générations dans les coeurs et les esprits des descendants de ces victimes »⁹⁰. Il y a là une réalité sociale constatée par de nombreux observateurs, chercheurs, et par les descendants d'esclaves eux-mêmes.

On sait que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « *n'impose pas aux Etats l'obligation générale de réparer les préjudices causés par le passé dans le cadre global de l'exercice du pouvoir d'Etat* », et

⁸⁹ K. Picard, art.cit. (D. 2019).

⁹⁰ *Ibidem*.

« qu'en principe, aucune contestation des critères d'indemnisation n'est possible »⁹¹. La Cour européenne des droits de l'homme admet ainsi que les mesures mises en oeuvre par l'Etat pour réparer les préjudices subis (par les déportés de la seconde guerre mondiale en l'occurrence) puissent ne pas se limiter à une indemnisation financière, mais que « d'autres mesures solennelles, tant normatives que politiques » puissent permettre de réparer le préjudice subi.

Une telle analyse est sans doute la résultante des nombreux travaux et opinions sur la question controversée des modalités de réparation d'un préjudice découlant des crimes contre l'humanité et des génocides. Le principe même d'une réparation financière est très discuté, tant une somme d'argent peut paraître dérisoire à certains face au préjudice subi et ressenti par les victimes directes et indirectes de tels crimes, préjudice irréparable, inquantifiable.⁹² La justicetransitionnelle est pensée, en droit international public, justement pour tenter de trouver les ressorts, dans chaque situation d'atrocités commises lors de guerres civiles ou de crimes organisés avec la complicité ou l'action de l'Etat, d'une réponse rapide aux attentes des victimes, dans un objectif de non réitération et de reconstruction. Mais l'on sait que cette réponse est alors une justicede compromis, politique, qui ne peut réparer les préjudices extrapatrimoniaux et patrimoniaux dans leur intégralité.

L'action du temps, dans la situation de l'espèce, éteint les perspectives de justicetransitionnelle ou de justiceréparatrice au sens civiliste du terme. Peut-être alors que le « préjudice transgénérationnel » invoqué en l'espèce constitue davantage un « préjudice historique » qu'un préjudice civiliste : né d'un déni d'humanité couplé à un déficit de justiceétatique au 19^e siècle⁹³, ce préjudice se confond peut-être en réalité avec un sentiment d'injusticequi s'est transmis au fil du temps et dont la présente action rend compte une nouvelle fois : « agir en justice, c'est refuser que le temps consacre l'injustice »⁹⁴. Mais « jusqu'où la justice peut-elle remonter ? » et « serait-elle possible, une telle indemnisation serait-elle juste ? »⁹⁵.

De nombreux auteurs s'interrogent sur l'écoulement du temps, sur ce qui fait qu'un événement vécu individuellement devient un fait historique, puis un fait historique lointain et collectif. La dimension historique perdure par essence, le lien individuel au fait historique s'étirole avec le temps, car les rapports civils et personnels se distendent. L'enjeu devient alors, dans le temps long, non pas la réparation individuelle d'un préjudice personnel variable et très difficile à démontrer, mais la réparation collectivement envisagée d'un dommage historique dont il importe de conserver la mémoire. Un auteur philosophe évoque ainsi une « justicetransformatrice mais pas compensatoire », la

⁹¹ CEDH. 8 septembre 2006, n° 22860/02, *Wos c. Pologne* ; CEDH. 24 novembre 2009, n° 49637/09 *J.H. c. France* (cités par le rapport).

⁹² A. Césaire, entretien, *L'Express*, 13 septembre 2001 ; comparer not. : A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, éd. Odile Jacob, 2008 ; S. Hazareesingh, « Peut-on réparer l'esclavage ? », émission France Culture, 10 mai 2021 ; T. Piketty, « Affronter le racisme, réparer l'histoire », *Le Monde*, 16 juin 2000 ; P. N'Diaye, M. Cottias, L-G. Tin, A. Garapon, « La traite en héritage », *Le Monde*, 23 avril 2014 (mis à jour en 2019). (cités au rapport, p. 12-16)

⁹³ V. en ce sens, K. Picard, conférence précitée (2018), et art.cit. (2022), p. 102. V. aussi F. Sironi, *Psychopathologie des violences collectives : Essai de psychologie géopolitique clinique*, éd. Odile Jacob, 2007, p. 19, évoquant un « inconscient géopolitique » des descendants d'esclaves.

⁹⁴ A. Garapon, op.cit.

⁹⁵ *Ibidem*.

responsabilité étant portée par l'ensemble du corps politique⁹⁶. Mme Taubira-Delannon a défendu cette position en 2001 dans la loi qui porte son nom : « Nous savons les complicités d'antan et nos défaillances d'après »⁹⁷. Le choix a été fait, par le Parlement français, d'engager un travail de mémoire, notamment par l'érection de lieux de mémoire, par l'instauration d'un jour de commémoration de la traite et de l'esclavage, par le soutien à la recherche sur l'esclavage et à des expositions, ainsi que par la modification des programmes d'histoire.

En résumé et conclusion sur le troisième moyen du pourvoi, les développements qui précèdent me conduisent à émettre un avis en faveur du rejet de ce moyen, sur la base des constats et conclusions suivants.

D'une part, la notion même de « préjudice transgénérationnel » présente diverses dimensions, scientifiques et juridiques. Sous la perspective scientifique, il n'existe pas de consensus clair sur ses caractéristiques exactes, deux écoles (dites épigénétique et sociale) poursuivant des recherches, qui tendent cependant à démontrer l'existence d'un phénomène de transmission sous diverses formes d'un trauma collectif aux descendants des victimes directes. En l'état des recherches scientifiques sur le sujet, ce phénomène de transmission au-delà de la troisième génération (petits-enfants) ne semble pas spécialement démontré ; la question de la réversibilité de la transmission est par ailleurs soulevée. Sous la perspective juridique, le « préjudice transgénérationnel » a fait son apparition sous des acceptions diverses dans la littérature juridique récente, dans un rapport d'information récent au Parlement (2022) et dans une décision remarquable de la Cour pénale internationale en 2018 qui la consacre. Pour ce qui concerne le droit interne, ce type de préjudice suscite l'intérêt plus spécialement à propos de la reconnaissance de préjudices corporels objectifs et des préjudices moraux associés résultant de la prise de médicaments nocifs par des ascendants (Distilbène, Dépakine). Dans tous les cas, la problématique de la preuve des préjudices subis par les descendants n'est pas écartée des débats et commentaires, conformément aux principes classiques de la responsabilité civile.

D'autre part, l'application de ces mêmes principes essentiels de la responsabilité civile amène à écarter, en l'espèce, la reconnaissance d'un « préjudice transgénérationnel » susceptible de donner lieu à une réparation intégrale. La cour d'appel de Fort-de-France, dans l'arrêt attaqué (p. 32-33), a pris en considération les grandes difficultés auxquelles les demandeurs personnes physiques ont été confrontés pour établir leur généalogie, admettant l'intérêt et la qualité à agir de vingt-et-un d'entre eux sur la seule preuve de leur naissance aux Antilles, et de six autres personnes sur le fondement de leur généalogie avant 1848. Constatant ensuite l'absence de pièces suffisamment probantes de nature à établir les souffrances individuelles des demandeurs et leur dommage personnel découlant de manière directe et certaine des crimes subis par leurs ascendants, l'arrêt attaqué écarte leurs demandes d'indemnisation sur le fondement de la responsabilité civile, soulignant par ailleurs que « *les seules références à des travaux universitaires mettant en évidence l'existence de préjudices transgénérationnels* », ou encore les références des demandeurs à « *des préjudices matériels et moraux vécus par l'ensemble des descendants d'esclaves* », ne permettent pas d'établir pour chacun d'eux l'existence d'un préjudice indemnisable. La cour d'appel se fonde ainsi sur la règle établie (découlant

⁹⁶ M. Bessone, « Les réparations au titre de l'esclavage colonial : l'impossible paradigme judiciaire », rev. Droit et société n° 102, 2019, p. 367.

⁹⁷ JOAN, Débats, séance du jeudi 18 février 1999.

de l'article 1240 du code civil) de l'exigence d'un « *préjudice certain, direct et personnel* », qui constitue la justification même du droit à réparation, pour écarter toute possibilité d'indemnisation en l'espèce.

Le raisonnement suivi dans l'arrêt attaqué ne laisse place à aucune critique. Il est important de souligner qu'il n'exclut pas, par principe, l'existence d'un « préjudice transgénérationnel », dont on a vu que celui-ci a déjà été reconnu en tant que tel par la Cour pénale internationale et aussi implicitement par la jurisprudence interne dans certaines hypothèses, sur la base de nombreuses études scientifiques. La cour d'appel relève simplement qu'en l'espèce, ce préjudice n'est pas démontré dans ses triples caractères certain, direct et personnel, que ce préjudice ne saurait être déduit de la seule qualité de descendant(e) de victime directe de crimes contre l'humanité. La certitude du préjudice patrimonial et extrapatrimonial fait en effet défaut, au regard de son acception jurisprudentielle classique ; son caractère personnel (plus spécialement visé dans le troisième moyen du pourvoi) n'est pas davantage démontré, alors qu'une telle preuve est particulièrement requise à l'égard de toute victime directe ou indirecte, que cette dernière soit un membre de la famille de la victime directe ou une personne de son entourage.

L'application à l'espèce des principes de la responsabilité civile en droit civil français échoue donc à reconnaître, au profit des descendants d'esclaves de sixième à septième génération et au-delà, un droit à réparation qui serait tiré de leur seule qualité de descendants de victimes directes des crimes contre l'humanité que constituent la traite et l'esclavage.

Il peut être observé, enfin, qu'aucun principe juridique ne s'oppose à la prise en compte, par le législateur ou le pouvoir réglementaire et sous diverses formes, de la réparation dont un Etat pourrait s'estimer débiteur à l'égard des victimes de crimes contre l'humanité, quelle que soit la distance temporelle qui sépare les demandes de réparation de l'événement traumatique qui les fonde. Le cas échéant, il revient alors au législateur ou au pouvoir réglementaire de définir les modalités concrètes de la réparation, ses contours et ses limites. De tels débats ont eu lieu, en France, pour les victimes indirectes de l'Holocauste et d'actes de barbarie durant la seconde guerre mondiale⁹⁸, pour les victimes indirectes de l'esclavage⁹⁹, ainsi que pour les harkis et leurs familles ayant séjourné dans des camps de transit et des hameaux de forestage¹⁰⁰. Le législateur a d'ailleurs récemment reconnu les "traumatismes durables" subis par les harkis et leurs familles à l'article 1er du décret qui les concerne¹⁰¹. Il en est résulté des modalités de réparation

⁹⁸ Décret n° 2000-657 du 13 juillet 2000 instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites et décret n° 2004-751 du 27 juillet 2004 instituant une aide financière en reconnaissance des souffrances endurées par les orphelins dont les parents ont été victimes d'actes de barbarie durant la seconde guerre mondiale.

⁹⁹ Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 précitée.

¹⁰⁰ Loi n° 2022-229 du 23 février 2022 portant reconnaissance de la Nation envers les harkis et les autres personnes rapatriées d'Algérie anciennement de statut civil de droit local et réparation des préjudices subis par ceux-ci et leurs familles du fait de l'indignité de leurs conditions d'accueil et de vie dans certaines structures sur le territoire français.

¹⁰¹ Article 1er : "La Nation exprime sa reconnaissance envers les harkis, les moghaznis et les personnels des diverses formations supplétives et assimilés de statut civil de droit local qui ont servi la France en Algérie et qu'elle a abandonnés.

Elle reconnaît sa responsabilité du fait de l'indignité des conditions d'accueil et de vie sur son territoire, à la suite des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 relatives à l'Algérie, des personnes rapatriées d'Algérie anciennement de statut civil de droit local et des membres de leurs familles, hébergés dans des structures de toute nature où ils ont été soumis à des conditions de vie particulièrement précaires ainsi qu'à des privations et à des atteintes aux libertés individuelles qui ont été source d'exclusion, de souffrances et de traumatismes durables."

diverses, parfois pécuniaires, le cas échéant sans que les victimes aient à démontrer un préjudice spécifique. Dans les hypothèses d'indemnisation pécuniaire, il s'agit toujours de victimes soit directes, soit indirectes mais très proches des victimes directes.

Si tant est que l'on puisse « réparer » la commission de crimes contre l'humanité, à l'égard des victimes directes comme indirectes, une forme de réparation réside, de générations en générations, dans le devoir de mémoire et la réalisation d'actions multiples permettant l'élévation de l'humanité et sa cohésion. La décision à venir de la première chambre civile, s'inscrira, en tout état de cause, dans un processus de mémoire juridique de la traite et de l'esclavage, avec son cortège de commentaires qui réveilleront les consciences.

Si la première chambre civile décidait de rejeter ce moyen, **une motivation enrichie me semblerait pertinente au regard du caractère nouveau et important de la question soulevée.**

Celle-ci pourrait mettre en lumière les éléments suivants :

La traite et l'esclavage, qui ont porté atteinte à la dignité humaine, notamment aux Antilles françaises, du 15^e au 19^e siècles, ont été reconnus comme des crimes contre l'humanité en droit international à l'issue de la seconde guerre mondiale, puis à l'article 1^{er} de la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité ; il est constant que les victimes directes et indirectes de ces crimes, au sens des principes de la responsabilité civile, n'ont reçu aucune indemnisation en nature ou par équivalent de leurs préjudices extrapatrimoniaux et patrimoniaux, en suite de l'abolition de l'esclavage par le décret du 27 avril 1848 ; le législateur, en 2001, a décidé de favoriser des actions qui garantissent la pérennité de la mémoire de ce crime à travers les générations¹⁰², notamment l'enseignement et la recherche sur ces faits historiques ; la transmission transgénérationnelle des conséquences d'un traumatisme collectif historique est une question encore à l'étude et qui fait l'objet de discussions dans les domaines scientifiques de l'épigénétique et de la psychopathologie ; notamment, le caractère systématique de la transmission, de génération en génération, des conséquences du trauma collectif, ne paraît pas démontré avec certitude, sa possible réversibilité étant par ailleurs envisagée ; le "préjudice transgénérationnel" qui découlerait d'un tel phénomène de transmission, dont la reconnaissance a eu lieu récemment sur le principe par la Cour pénale internationale (arrêts CPI 2018 et 2022) à l'égard de victimes indirectes de seconde génération, ne déroge pas aux règles classiques de la responsabilité civile, qui exigent la démonstration d'un préjudice certain, personnel et direct ; il peut être observé, par ailleurs, que la notion émergente de "préjudice transgénérationnel" ne présente pas de définition stable en droit français, bien qu'elle suscite l'intérêt à propos, notamment, de préjudices corporels objectifs et des préjudices moraux associés de victimes indirectes ; il découle de l'ensemble de ces éléments et des études consacrées au phénomène de transmission du trauma collectif, que le "préjudice transgénérationnel", pour être reconnu, doit présenter, pour chaque personne qui l'invoque, des manifestations concrètes et qu'il ne peut être déduit de la seule qualité de descendant d'une victime directe d'un traumatisme collectif historique¹⁰³ ; en l'espèce, les demandeurs n'apportent aucun élément établissant, concrètement, l'existence d'un tel préjudice personnel "transgénérationnel".

¹⁰² Cf. article 4 de la loi du 21 mai 2001, dans sa version en vigueur en 2001.

¹⁰³ Ou plus largement, 'de faits traumatiques', ce qui élargirait alors la motivation à d'autres événements traumatiques que les seuls traumas historiques collectifs (par exemple des traumatismes liés à des violences répétées intra-familiales, ou à un viol commis sur un ascendant ...

Avis dans le sens du rejet du pourvoi.