



HAL
open science

Les magistrats et la diversité culturelle : ”Comme M. Jourdain...”

Anne Wyvekens

► **To cite this version:**

Anne Wyvekens. Les magistrats et la diversité culturelle : ”Comme M. Jourdain...”. Les Cahiers de la justice, 2013, 3, pp.139-151. halshs-01205387

HAL Id: halshs-01205387

<https://shs.hal.science/halshs-01205387>

Submitted on 21 Dec 2017

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

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

Les cahiers de la justice

Revue trimestrielle de l'École nationale de la magistrature

#2013/3

TRIBUNE “ **Le monde, un défi pour le juge français de XXI^e siècle**
par Antoine Garapon

DOSSIER [] **Le juge à l'écoute du monde**

Chantal Arens | Boris Bernabé | Magalie Bouvier | Loïc Cadiet | Frederick T. Davis |
Christiane Féral-Schuhl | Natalie Fricero | Roger Grass | Frédéric Gros |
Serge Guinchard | Horatia Muir Watt | Stéphanie Robin | Dominique Salvary

CHRONIQUES { **La justice brésilienne face au système interaméricain de protection des droits de l'homme**
par Kathia Martin-Chenut

Les magistrats et la diversité culturelle : « comme M. Jourdain... »
par Anne Wyvekens

Ordre public et le référent islamique Usages d'un standard juridique en contextes européen et nord-africain
par Nathalie Bernard-Maugiron et Baudouin Dupret

Le récit de l'instruction préparatoire
par Anne-Sophie de Lamarzelle

Les magistrats et la diversité culturelle : « comme M. Jourdain... »

par Anne Wyvekens

Anne Wyvekens, Directrice de recherche CNRS. ISP-Cachan (UMR 7220).

Comment la justice française prend-elle en compte la diversité culturelle ? Est-elle, comme on l'est volontiers en France, « aveugle » aux différences ? Alors que la littérature nord-américaine abonde sur la question, celle-ci ne fait l'objet chez nous d'aucune investigation systématique. Une recherche par entretiens menée dans différentes juridictions pénales et civiles fait apparaître et s'emploie à élucider le malaise que cette question soulève chez les magistrats.

How does the French judiciary take cultural diversity into account? Is it, as France itself is wont to be, "blind" to differences? While North American literature abounds on the topic, there has been no systematic investigation of it here. Research conducted via interviews in various civil and criminal courts highlights and attempts to elucidate the malaise that this question causes among magistrates.

La société française, on le sait, aborde avec difficulté la question ethnique. On rapporte ces réticences « au credo républicain de "l'indifférence aux différences" et [à] la volonté de rendre moins saillantes les disparités culturelles pour unifier la nation »¹. Il en va de même dans le champ du droit : le droit français se caractérise par « la négation de l'existence juridique des minorités et de la forme collective de leurs droits »² (Rouland, 1994). Qu'en est-il des droits de l'individu, du droit applicable à l'individu, à

une époque où les termes du débat se modifient, où on parle moins d'assimilation, où on oppose multiculturalisme et universalisme, notamment au nom des droits de l'homme ? On voit bien que certaines pratiques « venues d'ailleurs » font problème dans la société d'accueil. Mais ces comportements qui dérangent, voire sont interdits et sanctionnés par le droit national, sont légitimes ou tolérés dans d'autres univers culturels. D'où la question : peut-on toujours considérer la loi, « générale et abstraite »,

1. P. Simon, *Les statistiques, les sciences sociales françaises et les rapports sociaux ethniques et de « race »*, Revue française de sociologie, 49-1, pp. 153-154, 2008.

2. N. Rouland, *La tradition juridique française et la diversité culturelle*, Droit et Société, n° 27, p. 380 et s., 1994.

comme pouvant s'appliquer équitablement à tous, alors qu'on voit de plus en plus qu'elle renvoie à une vision du monde, à des valeurs, qui sont celles de la population majoritaire ? Autrement dit, se pose ou se repose la question du pluralisme normatif et des conflits de normes pouvant en résulter : conflit entre la norme juridique – le droit national – et la norme « culturelle » – les valeurs, les pratiques reconnues dans telle ou telle « communauté ».

C'est en ces termes que la littérature anglo-saxonne a élaboré, en matière pénale, la notion de défense culturelle : cette stratégie de défense consiste à plaider l'atténuation de la responsabilité de l'auteur d'un acte pénalement sanctionné au motif que l'acte en question n'est pas incriminé, voire est

« Absente dans la littérature en langue française, la problématique de la prise en compte, par la justice, de la diversité culturelle l'est également – à un point qu'on n'imaginait pas – dans le discours des magistrats. »

légitime dans la culture de celui-ci. Plus précisément, cette littérature pose la question de savoir s'il est possible d'ériger en principe, et à quel degré, le fait pour la justice pénale d'adapter sa réponse (dans le sens de l'indulgence) face à un « délit culturel », c'est-à-dire une infraction s'expliquant au moins en partie par l'existence d'un conflit normatif entre le droit national et les impératifs de la culture de son auteur. C'est aussi dans ces termes que se pose, au Canada en particulier, la question

des accommodements raisonnables. Dans des situations plus ordinaires des « litiges de la vie quotidienne » – port de signes religieux, fêtes religieuses ne correspondant pas aux jours fériés légaux... –, l'application uniforme du droit national n'aboutit-elle pas parfois à une discrimination dite indirecte ?

Or, il n'existe en France aucune littérature sur le sujet. La question de savoir si le juge, confronté à des valeurs, des pratiques qui « dissonent » par rapport à la loi nationale, doit appliquer différemment celle-ci, n'est pas débattue. Tel est le point de départ d'une recherche menée dans différentes juridictions, pénales et civiles, en France et en Belgique³. On va rendre compte ici d'un enseignement relativement inattendu de l'enquête : absente dans la littérature en langue française, la problématique de la prise en compte, par la justice, de la diversité culturelle l'est également – à un point qu'on n'imaginait pas – dans le discours des magistrats. La question qui leur était posée paraissait simple : « Êtes-vous confrontés à la diversité culturelle ? Vous arrive-t-il, estimez-vous légitime de prendre en compte cette dimension dans votre décision ? » Là où on s'attendait à des réponses simples : positives, négatives, argumentées, la première réaction de la majorité des magistrats peut se résumer d'un mot : malaise. La simple question de l'occurrence de situations comportant une dimension de diversité culturelle suscite – au moins dans un premier temps – plus d'évitements que de

3. A. Wyvekens avec la coll. de C. Cardé, *Justice et diversité culturelle*, 2012, rapport pour la mission de recherche

Droit et Justice : <http://www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article921>

réponses positives (1). Quant à la question du traitement desdites situations, les magistrats y répondent, pour l'essentiel, par une grande ambivalence (2). Deux difficultés sont évoquées par eux pour expliquer ce malaise (3).

1. Vous avez dit « diversité culturelle » ?

Invités à identifier dans leur pratique des situations marquées par une dimension culturelle, bon nombre de nos interlocuteurs ont réagi de façon surprenante : plusieurs d'entre eux font visiblement un effort pour se les représenter, d'autres « tournent autour du pot », ou encore présentent cette question comme un « non-problème » (1.1.). Ce n'est que dans un second temps, lorsqu'on avance dans l'entretien, et surtout lorsque l'on passe du registre des principes à l'évocation de situations concrètes, que la parole se libère (1.2.).

1.1. Quelle étrange question !

Pour certains magistrats, la question de la diversité culturelle n'est pas, dans les faits, une question centrale. Ou, plus exactement, comme le résume un substitut : « Ce n'est pas vraiment un phénomène sur lequel on s'interroge tous les jours. » L'affirmation se trouve corroborée par quelques-unes des observations réalisées. Ainsi, des audiences de commission ou de tribunal de l'application des peines, où comparaissent de nombreux détenus d'origine étrangère, ne font apparaître aucune remarque ni interrogation particulière liée à un quelconque facteur culturel. Il en va de même lors des audiences

d'affaires familiales, où les justiciables d'origine étrangère sont également nombreux : on y constate rarement des allusions à la « culture » de ceux-ci.

Dans ce contexte, l'entrée en matière d'une juge aux affaires familiales fait figure d'exception. Reliant affaires familiales et populations d'Afrique du Nord, la véhémence de sa réponse renvoie directement au jugement de valeur qu'elle porte sur ladite culture : « des situations où on a l'impression qu'on est revenu à des situations archaïques dans les rapports entre l'homme et la femme ».

Si la diversité culturelle n'est pas une question essentielle, c'est surtout, pour bon nombre de magistrats, qu'elle est secondaire par rapport à une autre question, bien plus importante à leurs yeux : la question sociale. Ils mettent alors en avant la précarité des justiciables. « La grande question, c'est "Qu'appréhende le droit pénal ? Quelles sont les populations qui arrivent dans le filet pénal ?" Ce sont les pauvres, on le sait depuis longtemps, ce n'est pas à vous, sociologue, que je l'apprendrai. » Ou bien : « Le juge d'instance, c'est avant tout le juge des pauvres, c'est de la cancérologie sociale. »

À côté de ces réponses négatives, diverses réponses positives peuvent également être analysées comme des formes d'évitement. Elles déplacent la question. Un magistrat introduit ainsi sa réponse en évoquant la diversité (ou plutôt l'absence de diversité) observable chez les magistrats eux-mêmes. D'autres magistrats évoqueront la diversité culturelle qui s'introduit peu à peu chez les acteurs de la justice (avocats, jurés...), tout

en soulignant que le corps des magistrats reste très homogène quant à son recrutement social et ethnique. Une autre forme d'esquive consiste à développer, pour inaugurer l'entretien, un discours de principe vantant la « richesse » de la diversité culturelle. Autre façon de déminer un propos ressenti comme « à risques » ? Parfois, la diversité culturelle prend, dans les discours, la forme d'une liste d'exemples d'affaires comportant une dimension internationale, que le magistrat disqualifie lui-même, au fur et à mesure, comme n'étant pas « multi-culturels ». L'objet se trouve alors « brouillé » par sa multiplicité plus que par sa rareté. Un autre type de propos, enfin, renverse la question initiale, la disqualifiant cette fois en évoquant des situations dans lesquelles la diversité culturelle est invoquée de façon jugée abusive : ainsi par des justiciables déguisant en crimes d'honneur des violences conjugales ordinaires.

1.2. Si vous insistez...

Si l'objet semble insaisissable – ou brûle les doigts – au premier abord, il n'en fait pas moins parler les magistrats interrogés. C'est au travers d'exemples tirés de leur activité que les magistrats donnent peu à peu chair à un sujet *a priori* tabou. On observe alors comment ils « encodent », chacun à sa manière, les situations qui sont à leurs yeux marquées par une dimension culturelle. L'identification des caractères distinctifs d'une culture donnée peut procéder aussi bien du recours au stéréotype que de la mise en œuvre d'une « expertise », plus ou moins développée, qu'ils se fabriquent au gré de

leur curiosité ou de leur formation respectives. Au malaise (suscité par la question abstraite) succède, quand on commence à évoquer la pratique, un ensemble hétéroclite d'exemples. Où l'on observe les premiers déplacements par rapport à la problématique initiale. Les situations marquées par un élément culturel existent bel et bien. Mais pas nécessairement là où on les attendait. Et pas non plus exactement dans les termes de la littérature anglo-saxonne.

Des propos des magistrats on a en effet pu dégager deux catégories de situations. La première, attendue, est relative au *fond*, au type d'affaires marquées par une diversité culturelle ; mais elle se décline en des termes plus complexes que ceux du conflit de normes de la défense culturelle, qui s'avère marginal (1.2.1.). L'autre procède d'un déplacement vers des enjeux que l'on qualifiera de *forme*, où l'on voit la diversité culturelle marquer non plus la nature ou l'existence de l'affaire mais la façon d'être ou de penser des justiciables et, en conséquence, le déroulement du processus judiciaire (1.2.2.).

1.2.1. « Culture » et contenu ou existence du conflit soumis au juge

Premier déplacement par rapport à la littérature anglo-saxonne : de l'avis général, les situations où ce que les magistrats « encodent » comme une dimension culturelle explique ou colore l'existence ou le contenu du conflit sont plus fréquentes en matière civile qu'en matière pénale.

En matière pénale, les conflits de normes

sont rarement mentionnés. Excision et crimes d'honneur ne font pas l'ordinaire des tribunaux. Et, comme l'indique un substitut, « ce que nous rencontrons, ce sont moins des personnes confrontées à un conflit de normes que des individus dépourvus de respect pour quelque norme que ce soit. » Les magistrats mettent en évidence comme étant d'ordre « culturel » l'importance de la famille, le caractère familial, collectif des situations. L'importance accordée à l'honneur apparaît toutefois au cœur d'un certain nombre de situations qualifiables pénalement : il s'agit alors d'infractions commises non pas en réparation ou en punition d'une atteinte à l'honneur mais pour prévenir ou dissimuler celle-ci, généralement liée à des questions d'ordre sexuel.

Les magistrats mentionnent plutôt cet autre phénomène moins spectaculaire et plus fréquent que le crime d'honneur : les violences conjugales. C'est l'exemple qui revient le plus souvent, mais aussi avec le plus d'hésitation. Ils l'évoquent du bout des lèvres comme caractéristique du rapport hommes-femmes en Afrique du Nord et en Afrique noire, puis se rétractent aussitôt : on voit des violences conjugales dans tous les milieux, toutes les cultures. L'ambivalence est de mise.

Le champ du droit civil, plus précisément les affaires familiales, est présenté de façon

quasi unanime comme susceptible d'offrir sensiblement plus matière à investigation. Pour les affaires d'état des personnes, à la différence du droit des biens ou des contrats, la dimension culturelle est essentielle ⁴.

Touchant à la fois au civil et au pénal, c'est tout aussi unanimement que la justice des mineurs est désignée comme terrain privilégié pour l'impact de la diversité culturelle. C'est alors la notion de danger, et le flou qu'elle comporte, qui oblige les magistrats à s'interroger sur les normes.

1.2.2. « Culture » et processus judiciaire

Là où on recherchait des contentieux marqués par ou issus de la diversité culturelle, et où la récolte s'est avérée à la fois moins importante et plus complexe qu'attendu, les entretiens avec les magistrats ont mis en évidence une autre catégorie de situations « à dimension culturelle » : celles où une différence de culture, d'origine, produit des effets sur le déroulement du processus judiciaire. Ils observent ici des différences qu'ils identifient comme culturelles dans l'attitude, la façon de parler, de raisonner des justiciables, et l'influence qu'elles peuvent avoir sur l'interaction. Ils notent ainsi que, parfois, le rapport à la justice se déroule sur fond de référence à d'autres types de régulation : « Les Africains, ce sont

4. On observera qu'une autre problématique intervient, quand il est question d'état des personnes et de droit de la famille : celle de l'application du droit international privé. Le conflit, alors, n'oppose pas une norme juridique et une norme culturelle. La question qui se pose est strictement juridique, technique : il s'agit de déterminer, dans des situations comportant un « élément d'extranéité », et dès lors susceptibles de voir

s'appliquer concurremment plusieurs droits nationaux, lequel de ces droits devra être retenu par le juge. Si les situations auxquelles ce droit est applicable peuvent de toute évidence être marquées par une dimension de diversité culturelle, l'hypothèse est donc différente de celle qui fait l'objet de la problématique de départ. Les deux problématiques ne sont néanmoins pas dépourvues de rapports entre elles.



des gens qui n'ont pas envie qu'on leur donne tout de suite tort ». Parfois, c'est l'attitude d'un prévenu à l'audience, sa façon de se positionner par rapport à l'acte qui lui est reproché, qui retient l'attention,

« Repère-t-on d'un côté des "universalistes" – tous les justiciables sont égaux, la loi doit être appliquée de la même façon à tous – et, de l'autre, des "relativistes", considérant que l'équité commande de prendre en compte la différence ? »

comme l'absence d'expression de regrets, voire le refus d'avouer contre toute évidence, observé chez les justiciables d'origine maghrébine. Autre difficulté « culturelle » de positionnement par rapport à la justice, repérée par les magistrats : la relation à des femmes magistrates. Également qualifiée de culturelle, est la répugnance que manifestent les justiciables d'origine maghrébine à l'idée de consulter psychologues ou psychiatres. La question de la langue, bien que rarement évoquée de façon spontanée par les magistrats, peut également jouer un rôle crucial dans le déroulement d'un procès, en particulier lorsque la procédure est orale. Enfin, cas de figure limite, il y a « ceux qu'on ne voit jamais au tribunal ». Certains groupes culturels se caractérisent par leur faible taux de recours aux juridictions. C'est le cas, disent les magistrats, des gitans et des Asiatiques, qui règlent les contentieux plus volontiers à l'intérieur de la communauté.

2. Quand faire c'est ne pas dire

Lorsque les magistrats sont – malgré tout – confrontés à des situations qu'ils encodent ou perçoivent comme marquées par une « différence culturelle », qu'en font-ils ? Leur façon d'agir, leur façon de juger se trouve-t-elle modifiée ? Ont-ils à ce propos une position de principe ? Repère-t-on d'un côté des « universalistes » – tous les justiciables sont égaux, la loi doit être appliquée de la même façon à tous – et, de l'autre, des « relativistes », considérant que l'équité commande de prendre en compte la différence ?⁵

Il serait tentant de proposer des idéaux-types de posture professionnelle ou de magistrat. Mais cela reviendrait à gommer toute la complexité qui se dégage des entretiens : en effet, si on peut relever des éléments de discours qui renvoient tantôt à l'un, tantôt à l'autre de ces positionnements, on recueille surtout des propos malaisés, éclatés, révélateurs d'une difficulté à prendre clairement position.

La réponse apparaît simple, dépourvue de réticences, quand il s'agit de prendre en compte des éléments culturels influant sur les interactions, le déroulement de la procédure. On retrouve à ce sujet des variations classiques de profils de magistrats plus ou moins attentifs à la dimension humaine. La prise en compte d'éléments culturels se trouve alors en quelque sorte banalisée (2.1.). Les choses se compliquent, en revanche, lorsque la question porte sur la

5. On ne rend compte ici que du discours des magistrats sur leur pratique professionnelle.

décision à prendre et la façon dont, éventuellement, le facteur culturel y sera intégré. On recueille là un discours hybride, des propos souvent contradictoires, nouvel indice du malaise généré par la question (2.2.).

2.1. Les interactions :

« Il y a le droit et il y a le reste... »

Lorsqu'aux dires des magistrats la diversité culturelle a un impact sur le déroulement de la procédure, leur discours n'a rien de malaisé. Pas de tabou ici. Le fait même d'évoquer ce type de situations est indissociable de leur prise en considération : c'est parce qu'ils y sont sensibles (tous ne le sont pas) qu'ils en parlent. Mais s'ils sont attentifs, c'est autant (ou plus ?) à des enjeux de communication qu'à la reconnaissance d'une spécificité culturelle : il s'agit de « rendre l'audience supportable », de « faire accepter la décision », voire simplement de manifester, à sa manière, une forme de courtoisie. La dimension interactionnelle et même éducative de la justice est mise en avant. Rien que d'assez banal, en somme, donc facile à évoquer.

L'origine des justiciables conduit certains magistrats à modifier leur façon de mener les débats. Ainsi, plusieurs d'entre eux disent se rapprocher du mode de la palabre lorsqu'ils ont affaire à des justiciables d'origine africaine. Ce souci d'adaptation ne change toutefois en rien la nature de la décision, motivée, elle, par le droit. « Il y a le droit, et

il y a le reste... » Autre exemple de modification du déroulement d'une procédure, un juge d'instruction a un jour accepté de ne pas interroger sur des questions de nature sexuelle une femme maghrébine lui ayant expliqué qu'il était interdit aux musulmans d'aborder ces questions en période de « rattrapage de ramadan ». Sur un sujet voisin, aucun des magistrats interrogés ne s'est prononcé de façon catégorique dans le sens d'un refus d'admettre, à l'audience ou dans leur cabinet, une femme « voilée »⁶.

Prendre en compte la diversité, c'est aussi aborder autrement certains thèmes. Plusieurs magistrats observent qu'elles « prennent plus de gants » pour évoquer avec les justiciables d'origine maghrébine les questions d'ordre sexuel. La prise en compte de la dimension culturelle peut également intervenir au niveau de l'écoute, de l'interprétation des attitudes des justiciables. Être attentif aux variations culturelles dans l'expression (mutisme ou réserve, absence d'expression de regret, absence d'aveu...) est jugé important par certains magistrats.

Dans ces hypothèses, si la dimension culturelle est bel et bien prise en compte, l'attention qu'on lui porte fait néanmoins l'objet d'une relative banalisation, dans la mesure où elle est associée d'abord à un souci de « faire passer le message ». On constate une sensibilité à l'autre différent, une reconnaissance de la différence. « Quelque chose de l'ordre du multicultu-

6. La question s'est toutefois posée lors d'un procès d'assises : la présence d'une jurée voilée a suscité des inquiétudes chez l'avocat général. Craignant que cela conduise à invalider la décision, il s'est demandé s'il ne fallait pas récuser cette jurée

maghrébine. Il dira ensuite s'être félicité de sa présence : par son origine, elle avait selon lui apporté un éclairage spécifique à certains éléments du procès.

rel » s'insinue dans le traitement judiciaire, mais par la petite porte en quelque sorte, sur

« "Quelque chose de l'ordre du multiculturel" s'insinue dans le traitement judiciaire, mais par la petite porte en quelque sorte, sur un mode mineur.»

un mode mineur, sans qu'il soit question d'aller jusqu'à appliquer le droit différemment. Ce n'est rien d'autre que « faire son métier de magistrat », rien de nouveau, rien d'extraordinaire.

2.2. La décision : des mots et des actes

On ne peut, bien sûr, dissocier totalement le déroulement de l'interaction de la prise de décision. Mais de manière générale, lorsqu'il s'agit d'évoquer l'impact éventuel d'un élément culturel sur le contenu de la décision, les propos des magistrats sont sensiblement plus complexes et se caractérisent par leur ambivalence. Un « non » plus ou moins catégorique ou un « oui » presque aussi catégorique peuvent, l'un et l'autre, se trouver immédiatement suivis d'un propos contraire (a, b). Ou encore, un propos théorique relativement ferme se trouve ensuite partiellement ou totalement démenti par l'évocation de la façon dont le magistrat a abordé une situation concrète (c).

2.2.1. Non, mais...

L'ambivalence est repérable d'abord dans les propos généraux. À la question de savoir s'il est juste, possible, imaginable, opportun, de moduler la réponse judiciaire en

fonction d'éléments culturels, les magistrats n'apportent pas toujours, pas souvent, une réponse catégorique. Celle qui consiste à affirmer appliquer la loi de la même manière à tous, sans tenir compte de la dimension culturelle, est la plus fréquemment entendue. La loi a un caractère universel. Cette position de principe est toutefois aussitôt nuancée dans le même entretien, par l'accent mis sur la fonction pédagogique de la répression – « il faut expliquer pourquoi c'est grave ».

Le phénomène est fréquemment rencontré lors de l'enquête : les discours oscillent, parfois dans une même phrase, entre l'affirmation du traitement égalitaire, au nom de l'universalisme, et la nécessité de prendre en compte des éléments culturels, renvoyés du côté de l'individualisation de la peine. Ce mouvement d'avancée et de recul est aussi un mouvement de banalisation, une sorte d'annulation de la référence au culturel : oui, on en tient compte, mais pas autrement que d'autres éléments de situation ou de personnalité. Une juge d'instruction règle ainsi le problème par un raisonnement juridique très construit, au terme duquel tout est simple. Tout procède de la distinction entre deux questions : celle de la culpabilité et celle du choix de la peine. Répondre à la première question est, selon elle, « une démarche presque purement scientifique, presque mathématique ». Il s'agit de vérifier l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. La « défense culturelle » ne peut avoir sa place que dans la réponse à la seconde question, celle du choix de la peine.

La plus belle illustration de cette ambivalence « négative » est sans doute cette entrée en matière d'un juge des enfants : « Pour moi, la diversité, c'est quelque chose qui ne me préoccupe pas du tout, mais en même temps les problématiques sont tellement individuelles et les systèmes familiaux tellement uniques... la diversité culturelle apparaît tellement dans toutes les familles, que j'ai toujours l'impression que j'en fais comme Monsieur Jourdain fait de la prose. »

2.2.2. Oui, mais...

À l'inverse des premiers, quelques magistrats affirment qu'il est inconcevable pour eux de ne pas prendre en considération les éléments culturels des affaires qui leur sont soumises, y compris pour « vérifier si le passage à l'acte s'inscrit dans une dimension culturelle ». « Il faut comprendre. Et pour comprendre, si cette dimension-là existe, je ne vois pas comment on peut faire l'impasse. » Une magistrate l'illustre en évoquant une affaire de violences au sein d'un couple mixte. Les disputes avaient notamment pour enjeu la présence du chien dans le logement. Au cours du délibéré, un juré d'origine marocaine fera observer que, dans la culture d'Afrique du Nord, les chiens ne vivent pas à l'intérieur des maisons. La même magistrate ajoute cependant aussitôt : « La dimension culturelle, elle est explicative. Maintenant, la loi doit s'appliquer, la loi de notre société, et les valeurs fondamentales et humanistes de notre société doivent être protégées. »

2.2.3. Des principes à la pratique...

oui et non

Une autre forme de « balancement » peut s'observer, dans un même entretien, entre les propos de principe – généralement réticents par rapport à l'idée de « juger différemment » et le récit de situations où le même magistrat a en réalité bel et bien « pris en compte » un élément culturel.

Une juge de paix belge affirme en introduction qu'« on ne traite pas de façon particulière les affaires où apparaît une différence culturelle ». Ensuite, au fil des exemples, sa proposition se vérifie... ou non. S'agissant des « mesures urgentes et provisoires » en cas de crise conjugale, elle déclare appliquer l'article 223 du code civil « de la même manière pour tout le monde », donnant l'exemple de maris, l'un italien, l'autre maghrébin, « tous les deux assez machos, refusant de payer un "devoir de secours" ». Je leur ai dit « Vous êtes venus habiter en Belgique, moi j'applique la loi belge. » Par ailleurs, sans états d'âme, elle définit les droits de visite en tenant compte des fêtes religieuses. « Pourquoi pas ? C'est leur vie. Je n'ai pas à imposer un schéma qui n'appartient qu'à moi. Le ramadan, c'est une réalité pour beaucoup de gens, donc pourquoi ne pas en tenir compte ? »

3. Une double difficulté

Les commentaires dont les magistrats assortissent leurs réponses à la question – normative – qui leur est soumise font apparaître la double difficulté que celle-ci leur pose. D'une part, la définition de la

culture, d'autre part, un choix apparemment impossible, un dilemme.

3.1. « La culture » : entre stéréotypes et bricolage

L'attention portée à l'élément culturel conduit les magistrats à évoquer les outils qui sont à leur disposition pour l'appréhender. On l'a dit, l'encodage de situations comme relevant d'une « autre » culture est propre à chaque magistrat. Chacun se constitue une forme d'expertise, plus ou moins élaborée, certaines représentations relevant du stéréotype, d'autres d'une attention ou d'une connaissance plus approfondie. Les magistrats font généralement état du peu de formation dont ils disposent à cet égard. Sans doute l'École nationale de la magistrature prévoit-elle, dans son programme de formation continue, d'aborder le thème de l'islam. L'impression qui domine est que le souci de formation relève avant tout de l'individu. « Ceux qui vont aux formations sont ceux qui en ont le moins besoin », affirme ainsi une magistrate pénaliste.

Que les magistrats soient *a priori* attentifs ou non à la dimension culturelle, celle-ci peut s'imposer à eux. Quels sont alors les outils auxquels ils ont recours pour aborder ce qui leur apparaît comme une difficulté ? De la même manière qu'ils évoquent, de façon très globale, leur « métier », les magistrats mentionnent les outils classiques qui sont à leur disposition. Qu'il s'agisse du domaine pénal ou de celui des relations familiales, ils font fréquemment appel soit à des experts, psychologues ou psychiatres, soit à des médiateurs. Les ressources sont *a*

priori plus généralistes que spécialisées. Les disciplines telles que l'ethnopsychiatrie semblent avoir perdu l'attrait qu'elles avaient dans les années 90, sans que l'on ait très bien identifié le sens du mouvement. D'autres déplorent l'absence de telles ressources. Et souvent, il semble en effet qu'un certain « bricolage » soit de mise. Des conseils sont glanés entre magistrats, sans toutefois qu'une véritable « mise à plat » soit organisée : les magistrats échangent peu, si ce n'est dans le cadre de relations où l'amical s'ajoute au professionnel. Parfois, c'est la police, avec sa connaissance de la population au quotidien, qui contribue à l'appréhension fine d'une situation. Un magistrat du siège déplorera, quant à lui, la pauvreté de l'environnement intellectuel plus général. Il se souvient de l'époque où « des conceptualisations plus larges », comme le discours féministe, « aidaient à appréhender les situations individuelles ». Ce n'est plus le cas aujourd'hui, notamment sur les questions culturelles.

On voit bien en tout cas – et cela éclaire le malaise évoqué – à quel point la « culture », malgré un premier abord évident, non discuté, représente en réalité pour les magistrats une notion éminemment polysémique, éclatée. Le malaise des magistrats ne renvoie pas uniquement à un positionnement de principe sur le caractère souhaitable ou non d'une certaine adaptation du droit à d'autres cultures. Quand on y regarde de plus près, quand ils ont accepté d'envisager l'idée de cette adaptation, on s'aperçoit que sa mise en œuvre bute sur un obstacle « en amont » en quelque sorte : comment cerner, comment caractériser

la culture, les éléments culturels auxquels il conviendrait d'adapter la pratique judiciaire ?

3.2. Égalité ou équité : un choix impossible ?

Prendre ou ne pas prendre en compte les éléments culturels d'une situation judiciaire : chaque parti est l'occasion de pointer des enjeux tant théoriques que pratiques. Le parti « universaliste » se décline dans un registre à dominante normative (a). Celui de la tolérance, du relativisme, met en jeu des problématiques plus descriptives (b).

3.2.1. La force du droit

Le refus de « prendre en compte la diversité culturelle » s'appuie le plus souvent sur le principe de l'égalité des justiciables devant la loi. Le relativisme culturel reviendrait à laisser une trop grande liberté d'appréciation au juge et contribuerait à produire des inégalités devant la justice. « Il y aurait un problème de sécurité juridique... ça pourrait ouvrir les portes à l'arbitraire. »

Le refus peut également être justifié par le caractère universel des valeurs que protège la loi nationale. C'est particulièrement le cas en matière pénale, lorsque la vie ou l'intégrité physique d'une personne est en jeu. Dans ces hypothèses, la dimension culturelle peut même, à l'inverse, induire un accroissement de la sévérité du magistrat. C'est le cas, en particulier, dans les affaires qualifiées de crimes d'honneur. « Il y a des choses sur lesquelles on ne peut pas transi-

ger. C'est pour ça que je vous parlais d'universalité des valeurs : le respect de la vie humaine, de l'intégrité physique [...]. À la limite, je peux comprendre même le statut inférieur de la femme, mais le respect de la vie et le respect de l'intégrité physique, il me semble que ce sont des fondamentaux qui devraient présider à toute culture. »

Un troisième argument, pas toujours évoqué explicitement, apparaît parfois à l'arrière-plan ou en complément des deux premiers : celui de la supériorité de la loi du pays d'accueil, par rapport à une norme ou une pratique culturelle considérée comme archaïque. Ainsi, à propos de l'excision : « Ce sont des pratiques absolument barbares, et au niveau de la justice française il faut avoir un message sans complaisance. » Le propos est plus fréquent pour les affaires familiales, en particulier lorsqu'il s'agit de la condition féminine. On retrouve ici une forme d'homogénéisation de la culture maghrébine (confondue avec la religion musulmane), présentée comme machiste et dégradante pour les femmes. Le système judiciaire belge ou français est dans ce cas présenté par les juges comme un moyen, un instrument de l'émancipation féminine au nom d'un « féminisme républicain »⁷, repris par les magistrats.

3.2.2. Le métier de magistrat

Lorsque les magistrats développent un discours d'ouverture, ou simplement d'attention à l'élément culturel, ils l'argumentent le plus souvent en renvoyant à leur métier de

7. N. Guénif-Souillamas, E. Macé, *Les féministes et le garçon arabe*, L'Aube, 2004.

magistrat : individualiser, comprendre, faire comprendre, en sont les éléments centraux. En France comme en Belgique, interroger les juges sur leur attitude face à la dimension culturelle les conduit inmanquablement à une posture réflexive sur leur pratique. C'est alors moins la diversité culturelle qui est questionnée – elle apparaît à la marge – que l'acte de juger lui-même. « C'est difficile parce qu'en fait c'est sur l'essence de notre métier que vous nous interrogez finale-

« Quand il s'agit de prendre en compte la diversité, c'est un peu comme si le magistrat devait occuper les deux positions à la fois : celle de garant des principes – égalité, universalité – et celle d'application de la loi au cas par cas. Deux positions qui, dans ce domaine, apparaissent bien souvent incompatibles. »

ment ! » Et, en effet, notre question de départ a conduit la plupart des magistrats interviewés à s'exprimer de façon détaillée sur leur pratique en général, s'éloignant parfois assez nettement de ladite question. Élément de personnalité et d'individualisation de la peine pour les pénalistes, dimension d'un travail « au cas par cas » pour les juges aux affaires familiales, la variété culturelle et sa prise en compte sont en outre fréquemment présentées comme un aspect positif, enrichissant, du métier de magistrat.

Pour conclure

On pourrait dire en conclusion, reprenant cette dualité, que, quand il s'agit de prendre

en compte la diversité, c'est un peu comme si le magistrat devait occuper les deux positions à la fois : celle de garant des principes – égalité, universalité – et celle d'application de la loi au cas par cas. Deux positions qui, dans ce domaine, apparaissent bien souvent incompatibles. On les voit se rencontrer, de façon récurrente, notamment dans les débats ou colloques relatifs aux accommodements raisonnables. À une intervention appelant la Cour européenne des droits de l'homme, ou parfois le législateur, à poser des principes de référence, en succède généralement une autre, à base empirique, qui montre comment les choses se règlent – souvent avec facilité et de façon satisfaisante – sur le terrain⁸. Le décalage entre discours et pratiques, récurrent sur ce sujet, est manifeste, mais il présente, s'agissant des magistrats, la particularité de s'exprimer à chaque fois dans la bouche d'une seule et même personne. On en trouve quelques exemples éloquents dans le discours de plusieurs magistrats qui, au lieu du « oui, mais » ou du « non, mais » empruntent une voie plus équilibrée, dont le thème central réside non plus en une position de principe mais en une difficulté. Le propos est parfois général : « Instinctivement, j'aurais tendance à dire que notre métier à nous, il est justement d'être capable de reconnaître cette différence et d'en tenir compte si c'est nécessaire mais de juger de façon égale malgré ça, ce qui est très compliqué, d'arriver à faire tout à la fois. [...] Je vois plus ou moins que c'est culturel, je

8. Ainsi, récemment à Bruxelles, au cours d'un colloque consacré à « L'accommodement raisonnable de la religion en Belgique et au Canada. Comparaison des contextes juridiques,

sociaux et politiques » (Université libre de Bruxelles, 26-27 avril 2012).

réagis mais j'essaie de le faire sur un mode non culturel ».

Si on ajoute à cela que rien n'est moins clair que le contenu de telle ou telle « culture » on comprend mieux les évitements, les attermoiements qui caractérisent les entretiens avec les magistrats. Question tabou, certainement, mais aussi question

mal posée. Doublement mal posée : invitant à choisir entre deux voies, de façon binaire, et, en outre, basée sur une définition de la culture qui implicitement serait « totalement autre », et de ce fait trop facilement assimilable à « menaçante », à travers une homogénéisation du côté de l'archaïsme, et donc du machisme.