



HAL
open science

Chronique de criminologie

Anne Wyvekens

► **To cite this version:**

Anne Wyvekens. Chronique de criminologie: La justice pénale face à la “ diversité culturelle ”: la défense culturelle en questions. *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2017, 11, pp.887-906. halshs-01670418

HAL Id: halshs-01670418

<https://shs.hal.science/halshs-01670418>

Submitted on 4 Jan 2018

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.

Chronique de criminologie

La justice pénale face à la « diversité culturelle » : la défense culturelle en questions

La question des rapports entre la justice et la diversité culturelle n'est apparue qu'assez récemment dans le champ scientifique francophone. Alors que la littérature nord-américaine regorge de ressources sur ce sujet, la France en particulier, la Belgique dans une moindre mesure, y ont longtemps semblé indifférentes. Après un rapide état des lieux (I), la chronique sera consacrée au versant pénal de cette problématique, plus précisément à la *défense culturelle*. On présentera d'abord la notion et les modalités théoriques de sa mise en œuvre, telles qu'elles sont présentées par la littérature juridique (II). On abordera ensuite les débats qu'elle soulève dans la pratique (III) pour esquisser enfin le « déplacement de regard » auquel conduit une approche empirique, tant sur la notion de « culture » que sur le système pénal lui-même (IV). L'esprit de cette contribution réside moins, on le verra, dans un souci d'analyse approfondie que dans un jeu d'allers et retours entre les débats théoriques et les réalités de terrain, outil précieux pour alimenter la réflexion sur une thématique particulièrement sensible.

I Justice et diversité culturelle : un champ en construction

Comment les tribunaux abordent-ils les conflits de normes – conflits entre le droit national et des normes relevant d'autres univers culturels – qui peuvent se présenter à eux ? Une recherche initiée en France et en Belgique au début des années 2010¹ met en évidence, à partir du constat d'un point aveugle de la recherche (A), le malaise que cette question suscite chez les magistrats (B).

A Un point aveugle de la recherche

La question de la prise en compte de normes culturelles par les tribunaux fait depuis longtemps l'objet d'une littérature abondante en Amérique du Nord. On y débat, en matière pénale, de défense culturelle², en matière civile, d'accommo-

1 A. WYVEKENS, coll. C. CARDI, *Justice et diversité culturelle*, rapport pour la Mission de recherche Droit et Justice, 2012.

2 Voy. e.a. D. L. COLEMAN, « Individualizing Justice through Multiculturalism : The Liberals' Dilemma », *Columbia Law Review*, 1996, vol. 96, n° 5, June, pp. 1093-1167 ; A. D. RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2004 ; S. SONG, « La défense par la culture en droit américain », *Critique internationale*, 2005, n° 28, juillet-septembre, pp. 61-85.

dements raisonnables³ ou encore de « transplantations juridiques »⁴. En France⁵, à part quelques rares exceptions – Geneviève Giudicelli-Delage⁶ à propos de l’excision, ou des juristes anthropologues comme Edwige Rude-Antoine⁷ ou Étienne Le Roy⁸ –, la question semble ne pas se poser. Un récent manuel de sociologie du droit et de la justice⁹ est muet sur la question. Sur le thème « Justice et diversité », ses auteurs n’évoquent que la question des discriminations, et celle de l’origine ethnique – peu diversifiée – des professions juridiques. Ce n’est que tout récemment qu’une revue française a consacré un dossier au thème « Pluralisme culturel et politique criminelle »¹⁰.

La Belgique a, quant à elle, pris quelques longueurs d’avance : sur la justice pénale avec les travaux consacrés par Marie-Claire Foblets¹¹, puis par Jeroen Van Broeck¹² et Fabienne Brion¹³ à la défense et aux délits culturels ; sur la justice familiale avec Barbara Truffin et François Laperche¹⁴ ; sur l’accommodement raisonnable de la religion, avec le colloque organisé en 2012 par Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive¹⁵. De façon plus large, sur le thème « Droit et diversité culturelle », c’est également à la Belgique que l’on doit un premier débroussaillage en langue française de ce que Julie Ringelheim qualifie de « champ en construction »¹⁶.

Ce qui a longtemps été un point aveugle de la recherche – pour ne pas dire un blocage de la réflexion – se comprend assez facilement, s’agissant de la France. La

- 3 Voy. e.a. G. BOUCHARD, C. TAYLOR, *Fonder l’avenir. Le temps de la conciliation. Commission de consultation sur les pratiques d’accommodements reliés aux différences culturelles*, Archives Nationales du Québec, 2008, www.accommodements.qc.ca.
- 4 P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts : Lost in Transplantation*, Ashgate Publishing, Surrey, 2010. Trad. fr. : P. FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d’Occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.
- 5 Avant la multiplication de décisions de juridictions françaises et internationales sur le port du « voile islamique » ou plus généralement l’accommodement de la religion, et les travaux de juristes tels que S. HENNETTE-VAUCHEZ, V. FORTIER ou P. AUVERGNON.
- 6 G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et cultures*, 1990, n° 20, pp. 201-211.
- 7 E. RUDE-ANTOINE, *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- 8 E. LE ROY, « L’intermédiation culturelle judiciaire », in S. TESSIER, (dir.), *Familles et institutions : cultures, identités et imaginaires*, Toulouse, Erès, 2009, pp. 199-207.
- 9 T. DELPEUCH, L. DUMOULIN, C. de GALEMBERT, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014.
- 10 *Archives de politique criminelle, Pluralisme culturel et politique criminelle*, 2014, n° 36.
- 11 M.-C. FOBLETS, « Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l’apport de l’anthropologie du droit à un débat contemporain », *Droit et Cultures*, 1998, 35-1, pp. 195-222.
- 12 J. VAN BROECK, « Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences) », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, vol. 9-1, pp. 1-32.
- 13 F. BRION, « User du genre pour faire la différence ? La doctrine des délits culturels et de la défense culturelle », in J. RINGELHEIM, (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 847-866 et F. BRION, « Contre la défense culturelle : de la discrimination positive à la décriminalisation », in J.-Y. CARLIER, (dir.), *L’étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 261-282.
- 14 B. TRUFFIN, F. LAPERCHE, « “Ils emportent leur secret”. Regards ethnographiques sur le traitement judiciaire des conflits conjugaux en contexte multiculturel », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 657-698.
- 15 E. BRIBOSIA, I. RORIVE, (dir.), *L’accommodement raisonnable de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015.
- 16 J. RINGELHEIM, « Le droit et la diversité culturelle : cartographie d’un champ en construction », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1-65.

France est connue pour son esprit « républicain », l'égalité qu'elle déclare promouvoir entre des citoyens considérés abstraitement – d'où par exemple sa répulsion par rapport aux statistiques ethniques. Aujourd'hui toutefois, dans une société qui oppose multiculturalisme et universalisme et alors que le droit et la justice accordent une importance croissante à l'individu, notamment via la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elle peut difficilement continuer de faire l'impasse sur la question de la diversité, de ne pas voir que la loi nationale est le produit d'une culture majoritaire, qu'elle peut ne pas être considérée comme légitime, qu'elle peut aussi ne pas être connue par des groupes minoritaires. Plus que jamais, « dès que l'on quitte le terrain de la société théorique pour rejoindre celui de la société réelle, les droits n'apparaissent plus comme correspondant à une norme naturellement là, établie une fois pour toutes »¹⁷.

B Le malaise des magistrats

Dans la « réalité judiciaire », les entretiens menés avec des magistrats en France et en Belgique pour la réalisation de la recherche évoquée¹⁸ reflètent, comme en miroir, ce malaise. La simple *évocation* de situations marquées culturellement apparaît délicate. La majorité des magistrats interrogés contournent la question : ils présentent la dimension culturelle comme peu fréquente, ou comme secondaire par rapport à la question sociale, observent l'absence de diversité dans le corps des magistrats ou dressent une liste de situations à dimension internationale qu'ils disqualifient aussitôt comme n'étant pas multiculturelles. Les rares magistrats qui répondent d'emblée à la question le font en termes virulents, pour évoquer des situations marquées par l'archaïsme des relations homme-femme, le machisme, principale caractéristique selon eux de certaines cultures. L'évitement fait place à une reconnaissance négative. Un troisième type de réponse aborde de front la dimension culturelle, mais sous un angle différent de celui du conflit de normes : certains magistrats évoquent les particularités marquant les interactions lorsque des justiciables d'origine étrangère sont impliqués. L'exemple le plus fréquent est celui du port du foulard à l'audience.

À la question de savoir s'ils estiment légitime, nécessaire, de traiter différemment ce type de situations, s'ils le font et comment, les magistrats répondent de façon tout aussi malaisée. Non pas quand il s'agit de s'accommoder, à l'audience, de comportements ou d'attitudes spécifiques. On n'y verra rien d'étonnant, dans la mesure où les magistrats qui les évoquent sont ceux qui y sont attentifs. Cette attention renvoie autant à des enjeux de communication qu'à la reconnaissance

17 A. BASTENIER, « L'identité culturelle et religieuse de l'étranger face au droit : le point de vue d'une sociologie réaliste », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 295-311, p. 299.

18 A. WYVEKENS, coll. C. CARDI, *Justice et diversité culturelle*, op. cit. et A. WYVEKENS, « Les magistrats et la diversité culturelle : "Comme M. Jourdain..." », *Les Cahiers de la justice*, 2013, n° 3, pp. 131-142.

d'une spécificité culturelle : il s'agit de « rendre l'audience supportable », de « faire accepter la décision », voire simplement de manifester une forme de courtoisie. Rien que d'assez banal, en somme, donc facile à évoquer.

En revanche, quand il s'agit de prendre en compte une autre norme, une autre valeur, donc en quelque sorte de *juger différemment*, le positionnement apparaît beaucoup plus délicat. On imaginait dégager des idéaux-types de posture professionnelle ou de magistrat : d'un côté des « universalistes » – tous les justiciables sont égaux, la loi doit être appliquée de la même façon à tous –, de l'autre, des « relativistes », considérant que l'équité commande de prendre en compte la différence. Cela n'aurait pas rendu compte de la complexité qui se dégage des entretiens : en effet, si des éléments de discours renvoient tantôt à l'un, tantôt à l'autre de ces positionnements, on recueille surtout des propos éclatés, révélateurs d'une difficulté à prendre clairement position. Un « non » plus ou moins catégorique ou un « oui » presque aussi catégorique peuvent, l'un comme l'autre, se trouver immédiatement suivis d'un propos contraire. Ou encore, un propos théorique relativement ferme se voit ensuite partiellement ou totalement démenti par l'évocation de la façon dont le magistrat interrogé a abordé telle ou telle situation concrète.

Ce mouvement d'avancée et de recul est aussi un mouvement de banalisation, une sorte d'annulation de la référence au culturel : on en tient compte, mais pas autrement que d'autres éléments de situation ou de personnalité. La plus belle illustration de cette ambivalence 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.

Autre façon encore de ne pas s'attarder sur l'élément culturel, le décalage entre l'audience et la décision écrite, explicitement évoqué par ce magistrat : « Je prends en compte mais je ne le dis pas, cela n'apparaît pas dans la motivation de la décision. » Luc Huybrechts fait un constat identique : « Il semble hors de doute que les juges ont égard au contexte culturel spécifique des affaires pénales. On ne trouve cependant, dans la jurisprudence publiée, que peu de renvois à l'arrière-plan culturel de l'affaire. Et il s'agit, dans ces cas-là, d'affaires civiles ou sociales »¹⁹. Quand faire, c'est ne pas dire...

19 L. HUYBRECHTS, « La multiculturalité en droit pénal », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 842.

II La défense culturelle, une stratégie judiciaire

En matière pénale, certains comportements interdits et sanctionnés par le droit national sont légitimes ou tolérés au sein d'autres univers culturels. La défense culturelle²⁰, comme son nom l'indique, se définit alors comme une stratégie de défense (a). Il s'agit de faire intervenir l'élément culturel, à un stade ou un autre du raisonnement juridique, de façon à ce que l'auteur soit condamné moins sévèrement qu'en l'absence de cet élément (b).

A Définition(s)

L'expression « défense culturelle » (*cultural defense*) a été utilisée pour la première fois, et longuement discutée, dans une note de la *Harvard Law Review* datée de 1986²¹ qui, sans en donner une définition formelle détaillée, s'ouvre sur la description de la situation – le conflit de cultures –, susceptible de faire l'objet de ce type de défense : « *The values of individuals who are raised in minority cultures may at times conflict with the values of the majority culture. To the extent that the values of the majority are embodied in the criminal law, these individuals may face the dilemma of having to violate either their cultural values or the criminal law* ». La note poursuit sur la relation de deux exemples de ces conflits de cultures – en l'occurrence des crimes d'honneur – et l'introduction de l'article se termine comme suit : « *Should cases like these proceed to trial, the defendants may attempt to raise an affirmative defense based on their cultural backgrounds – a 'cultural defense'* ».

Des articles ultérieurs²² donneront de la défense culturelle des définitions plus élaborées. Ces différents travaux, essentiellement juridiques, inscrivent la défense culturelle dans un ensemble de thèmes de théorie du droit pénal : « Nul n'est censé ignorer la loi », égalité de tous devant la loi, fonctions de la peine, risque d'un droit pénal éclaté, etc. Sur le plan de la technique juridique, on y expose que l'élément culturel peut être introduit à différents stades de la procédure, y compris – selon certains – en amont du déclenchement des poursuites.

- 20 Jeroen Van Broeck (J. VAN BROECK, « Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences) », *op. cit.*, p. 1) observe que les pays de droit continental, à la différence des pays de *common law*, abordent la question en parlant de *délits culturels* plutôt que de *défense culturelle*. Son analyse approfondie du concept de délit culturel – qu'est-ce que la culture ? Quand est-il possible de considérer qu'un comportement est « culturellement motivé » ?... – le conduit ensuite à problématiser le lien entre délit culturel et défense culturelle. Notre propos, articulé autour d'un travail empirique en juridiction, s'est quant à lui construit à partir de la seule notion de défense culturelle.
- 21 « The Cultural Defense in the Criminal Law », *Harvard Law Review*, 1986, Vol. 99, n° 6, Avril, pp. 1293-1311.
- 22 Voy. par exemple L. VOLPP, « (Mis)Identifying Culture : Asian Women and the 'Cultural Defense' », *Harvard Women's Law Journal*, 1994, p. 57 ; D. L. COLEMAN, « Individualizing Justice through Multiculturalism : The Liberals' Dilemma », *op. cit.* ; A. D. RENTELN, « The Use and Abuse of the Cultural Defense », *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 2005, vol. 20, n° 1, pp. 47-67 ; S. SONG, « La défense par la culture en droit américain », *op. cit.*

En Belgique, Fabienne Brion reprend la définition d'Alison Renteln²³ : « La “défense culturelle” vise à donner aux justiciables qui sont réputés appartenir à une minorité culturelle et sont renvoyés devant les juridictions pénales, la possibilité de faire valoir que leur conduite est normée par un code culturel minoré et qu'il convient de s'y référer pour apprécier les faits qui leur sont reprochés. Plaidée avec succès, elle permet d'atténuer ou d'éviter la peine qu'ils auraient dû encourir au motif qu'ils ne savaient pas que leur acte violait la loi ou qu'ils se sentaient contraints de le poser »²⁴.

En France, on retiendra la présentation systématique, par Raphaële Parizot, de ce qu'elle dénomme « exception culturelle » et définit comme suit : « L'exception culturelle, qui se traduit au plan procédural par une défense culturelle ou “*cultural defence*”, peut être définie comme une cause d'atténuation ou d'exclusion de la responsabilité pénale en raison d'un marqueur culturel différent de celui de la majorité. Autrement dit, un comportement infractionnel peut être excusé et la responsabilité pénale neutralisée ou atténuée en raison de l'appartenance de l'auteur à un groupe dont les codes, les usages, la culture sont différents de ceux de la majorité et en raison de l'influence de ces traditions dans la réalisation de l'acte. En somme, l'application d'un texte d'incrimination est bloquée par la norme d'une culture minoritaire »²⁵.

B Mise en œuvre

Selon quelles modalités la défense culturelle est-elle envisageable ? « Simple tactique » ou « doctrine spécifique »²⁶ ? Au-delà de l'utilisation ponctuelle des ressources disponibles en droit pénal, certains auteurs s'interrogent sur la possibilité d'une institutionnalisation de la défense culturelle comme principe plus général mobilisable en justice.

Dans l'état actuel du droit pénal, l'introduction d'une « exception culturelle » est envisageable à plusieurs niveaux. Le principe d'opportunité des poursuites permet, en théorie du moins, d'imaginer « une politique pénale plus ou moins établie

23 A. D. RENTELN, *The Cultural Defense*, *op. cit.*, p. 187.

24 F. BRION, « User du genre pour faire la différence ? La doctrine des délits culturels et de la défense culturelle », *op. cit.*, p. 848.

25 R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, p. 18.

26 « Simple tactique, la défense culturelle renvoie aux cas dans lesquels la culture de justiciables identifiés comme minoritaires est évoquée comme élément à décharge. Doctrine spécifique, elle réfère à l'ensemble des opinions des professionnels de la production et de la transmission du savoir juridique qui recommandent de l'instituer et de constituer la culture en circonstance atténuante, cause d'excuse ou cause de justification », F. BRION, « User du genre pour faire la différence ? La doctrine des délits culturels et de la défense culturelle », *loc. cit.*

de non poursuite ou de poursuite sous une qualification moins grave du fait de l'influence de la culture d'appartenance dans la réalisation de l'acte »²⁷.

La dimension culturelle peut ensuite être introduite comme élément d'appréciation par le juge du fond au niveau de l'existence même de l'infraction, de son élément moral, sur la base de la contrainte morale, ou de l'erreur de droit. La contrainte morale a ainsi pu être invoquée dans des affaires d'excision. Comme l'indique Geneviève Giudicelli-Delage, « l'alternative, en l'espèce, est la suivante : exciser et tomber sous le coup de la loi française ; ne pas exciser et violer les règles de son groupe, mettre l'enfant hors du groupe »²⁸.

Le troisième niveau est celui de la détermination de la peine, en vertu du principe d'individualisation, qui permet la prise en considération d'éléments de personnalité tels que la culture d'appartenance de l'auteur des faits. C'est l'option que retient, très catégoriquement, une juge d'instruction interrogée au cours de la recherche évoquée ci-dessus²⁹ :

Il y a un petit point qui permet de faire la conjonction entre ces deux principes – des règles générales pour tous et prendre en compte le particularisme de chacun –, c'est qu'en fait, en tant que magistrat au pénal, on a deux grandes questions à se poser : la première c'est celle de la culpabilité et la seconde c'est celle du choix de la peine : c'est là que peut s'articuler ce qu'on appelle la défense culturelle. Parce qu'en réalité la première question c'est presque une question scientifique, c'est-à-dire qu'on va devoir vérifier si par rapport aux faits on retrouve les éléments constitutifs d'une infraction (*ex. le viol...*). Ça, c'est les éléments matériels, et puis il y a l'élément intentionnel, la volonté de faire l'acte, et l'élément légal... Là, on a une démarche presque purement scientifique, presque mathématique... parce que si on prend par exemple l'excision, on a bien des actes de violence, on a bien un acte qui est interdit... ces actes de violence ont été faits volontairement, il existe un texte qui prévoit que les violences volontaires qui entraînent une mutilation permanente c'est une infraction, donc boum, c'est une infraction, la personne est coupable et là, à mon sens, l'aspect culturel ne peut pas, dans la pratique d'un magistrat, intervenir. C'est-à-dire qu'on ne peut pas dire tout d'un coup « ah oui mais il l'a fait parce que c'est sa culture, il a été élevé avec des valeurs qui ne sont pas les nôtres... ». À ce moment du raisonnement intellectuel d'un magistrat, à mon avis, l'aspect culturel ne peut pas intervenir, même sur l'aspect intentionnel, parce que l'aspect intentionnel, c'est la volonté de faire l'acte, ce n'est pas le mobile, ce

27 R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *op. cit.*, p. 20.

28 G. GIUDICELLI-DELAGÉ, « Excision et droit pénal », *op. cit.*, pp. 205-206.

29 Voy. note 18.

n'est pas les raisons qui peuvent expliquer à chaque individu le pourquoi il a été amené à faire ceci ou cela.

Par contre, dans la deuxième partie de la question qui est le choix de la peine, là, à mon avis, les éléments d'appréciation, puisqu'on doit apprécier le quantum de la peine par rapport à la personnalité, c'est là où la défense culturelle peut intervenir, parce que forcément on ne va pas appréhender l'infraction de la même manière si c'est une mère qui a fait exciser sa fille que... une espèce de sérial violeur qui arrache le clitoris de toutes ses victimes. C'est là où l'aspect culturel peut intervenir, c'est dans l'appréhension de la peine, dans l'appréciation de ce qui va être compréhensible pour lui, de ce qu'on va lui signifier aussi par cette décision-là. Là, oui, ça intervient. Et ça, fondamentalement, ça intervient tous les jours... Oui, à chaque fois qu'on a un aspect culturel dans notre pratique, nécessairement on le prend en compte.

Un quatrième niveau, celui de l'application des peines, apparaît dans une affaire d'excision jugée en France en 2012. Les parents de quatre jeunes filles excisées ont été condamnés à deux ans de prison ferme pour le père et dix-huit mois ferme pour la mère, soit moins que les réquisitions de l'avocat général (six et huit ans de prison ferme). Selon le compte rendu qu'en fait le journal *Le Monde*, le président du tribunal a précisé, après l'annonce du verdict : « *Ils seront convoqués par le juge d'application des peines qui verra en fonction des éléments familiaux dans quelle mesure la peine peut être aménagée. Il n'est pas certain que monsieur et madame aillent en prison* »³⁰.

En Belgique, Luc Huybrechts³¹ évoque la défense culturelle dans le cadre d'un large état des lieux des rapports – directs ou indirects – que le *droit pénal* entretient avec la culture. Il y est question, un peu en vrac, de l'incrimination du port du voile intégral, du port du voile à l'audience, de la pénalisation spécifique de l'excision... Puis un développement intitulé « multiculturalité et jugement pénal » décline, en droit belge, les différentes ressources de droit pénal susceptibles d'être mobilisées pour développer une défense culturelle : cause d'excuse, cause de justification, ignorance de la loi, provocation, circonstance atténuante et individualisation de la peine.

Est-il imaginable *d'institutionnaliser* la défense culturelle ? En d'autres termes, plutôt que de la mobiliser au cas par cas, en faire un principe plus général mobilisable en droit pénal ? La littérature nord-américaine se penche sérieusement sur cette éventualité, pour aborder alors des questions plus « techniques » : des questions d'encadrement, des conditions à satisfaire pour que l'élément culturel soit admissible. Alison Renteln, par exemple, énonce trois conditions, trois éléments à

30 *Le Monde*, 1^{er} juin 2012. Décision non publiée.

31 L. HUYBRECHTS, « La multiculturalité en droit pénal », *op. cit.*

vérifier : l'auteur appartient-il bien au groupe culturel en question ? La tradition ou la norme à laquelle il se réfère est-elle réellement en vigueur dans ce groupe ? L'auteur a-t-il été influencé par cette tradition lorsqu'il a commis l'acte incriminé ?³² Pour la France, Raphaële Parizot se contente quant à elle d'évoquer, sans s'y attarder, la possibilité de créer « un texte prenant en compte la culture sous la forme d'une circonstance atténuante [...] ou sous la forme d'un principe guidant la détermination de la peine »³³, qui s'inspireraient d'exemples étrangers.

III La défense culturelle en débat

Si la question des *modalités* juridiques d'introduction d'une défense culturelle paraît relativement simple, celle de son *opportunité* est autrement plus délicate. Un détour par « le terrain » (a) s'avère instructif pour aborder le *dilemme* que représente, pour certains faits, le choix de recourir, ou non, à une défense culturelle et les termes du débat (b).

A « Tout, sauf une défense culturelle »

Dans un article analysant, à travers la jurisprudence, les rapports entre exception culturelle et droit pénal, Cyrille Duvert constate que la défense culturelle est en France « à peine envisagée »³⁴. Il évoque, en matière d'excision, quelques décisions où « des condamnations pour violences volontaires ou omission de porter secours ont été prononcées malgré la coutume invoquée par les prévenus »³⁵.

Des entretiens et des procès plus récents, que nous évoquons ci-après, accentuent le tableau, en montrant que souvent l'élément culturel vient même à charge plutôt qu'à décharge pour l'auteur de l'acte incriminé. On est loin de propos – relatifs à la *loi* – selon lesquels « il n'est guère envisageable d'aggraver la responsabilité en raison de particularités culturelles »³⁶. Que ce soit dans le discours de certains magistrats, ou dans le déroulement ou le résultat de certains procès, c'est bien ce que l'on voit se produire : l'appartenance d'un inculpé à une culture spécifique, la dimension culturelle de sa conduite, loin d'être une circonstance atténuante, appelle la sévérité, voire se transforme en circonstance aggravante.

Ainsi, cette procureure, répondant à la question de savoir comment sont jugés les crimes d'honneur : « Avec sévérité. Ah oui ! Attendez, sacrifier la vie d'une jeune

32 Jeroen Van Broeck procède à un examen analogue lorsqu'il décortique le concept de délit culturel.

33 R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *op. cit.*, p. 19.

34 C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, p. 24.

35 C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, p. 26.

36 R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *op. cit.*, p. 12.

femme pour des principes aussi rétrogrades... Pas de compassion, pas de complaisance ». La même, à propos de l'excision : « *Je trouve que ce sont des pratiques absolument barbares, et qu'au niveau de la justice française il faut avoir un message sans complaisance. Je ne peux pas admettre ça* ».

Certains procès illustrent ce « renversement ». On l'a vu en Belgique en 2011, dans l'affaire Sadia Sheikh. Sadia est une jeune femme d'origine pakistanaise qui a été assassinée par son frère parce qu'elle fréquentait un Belge et avait refusé un mariage arrangé par sa famille. Selon les termes du journal *Le Soir*, quatre membres de la famille ont été « reconnus coupables le 12 décembre 2012 de l'assassinat de Sadia le 22 octobre 2007 avec la circonstance aggravante qu'il a un motif discriminatoire »³⁷. Aucune indulgence donc, bien au contraire, n'est attachée à la dimension culturelle de ce « crime d'honneur ».

On a pu observer le même renversement au cours d'un procès d'assises français³⁸. Dans ce « drame de la séparation », l'accusé, un jeune Marocain, était jugé en appel pour avoir arraché les yeux de son épouse, marocaine comme lui, au moment où celle-ci – après de longs mois de difficultés conjugales –, lui annonçait qu'elle le quittait, et qu'elle l'avait trompé. Il ne s'agissait pas dans cette affaire de considérer qu'arracher les yeux était imposé par quelque code que ce soit. La « dimension culturelle », telle qu'elle avait été plaidée par la défense lors du premier procès, résidait dans une certaine conception, « archaïque », des rapports homme-femme, le décalage entre la « culture » dans laquelle le jeune homme avait grandi (il avait émigré à l'âge adulte), et celle de la société française (où sa jeune épouse vivait depuis l'enfance). Lors du premier procès, Mohamed H. a été considéré, et jugé, comme un monstre. Après une rapide enquête de police, mis en examen du chef d'« actes de torture et de barbarie », son procès éclair s'est refermé sur une condamnation à trente années de réclusion criminelle. Pourquoi l'appel ? Le jeune homme ne nie pas les faits, il a conscience de leur gravité, de leurs conséquences. Il reconnaît sa culpabilité. Mais il veut un procès équitable, « un vrai jugement », selon ses propres mots.

Ce qui retient l'attention ici, c'est la façon dont la défense – instruite par le déroulement du premier procès – avait repéré ce que l'élément culturel pouvait avoir de contre-productif. Les nouveaux avocats ont délibérément refusé d'avoir recours à une défense culturelle. « *On avait pris le parti, justement, de ne pas aborder la problématique sous l'angle de la diversité culturelle, parce qu'on n'était pas devant cette dichotomie : 'Est-il un sauvage ou n'est-il pas un sauvage ?'* » Et en effet, ce furent le parquet et la partie civile qui invoquèrent la dimension culturelle, pour *aggraver* la répres-

37 Cour d'assises de Mons, 9 et 12 décembre 2011. Décision non publiée. *Le Soir*, 27 août 2012.

38 Cour d'assises d'Avignon, 25-27 janvier 2010. Décision non publiée. Observation réalisée dans le cadre de la recherche *Justice et diversité culturelle*. Pour une relation et une analyse complètes de ce procès, voy. A. WYVEKENS, « La justice et la "diversité culturelle" : Les yeux grand fermés ? » *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, pp. 123-146.

sion, au nom de la sauvagerie, de la barbarie de l'acte, l'autre culture étant pour ainsi dire elle-même assimilée à la barbarie. Comme si on revenait au sens original du mot barbare : étranger.

Ce rejet de la défense culturelle au nom de la gravité de faits ne s'observe pas seulement dans les prétoires. La situation de la Belgique est particulièrement représentative de la façon dont le législateur peut créer des incriminations visant spécifiquement des pratiques relevant d'univers culturels minoritaires. C'est le cas des mutilations génitales féminines (MGF) (art. 409 du code pénal, introduit par une loi de 2001) et du mariage forcé (art. 391*sexies* du code pénal, créé en 2007). En Italie, l'excision est également incriminée de façon explicite depuis 2006 (art. 583*bis* et 583*ter* du code pénal)³⁹. Loin de viser la prise en compte « atténuante » de la dimension culturelle, il s'agit au contraire d'empêcher cette forme de défense culturelle consistant à plaider l'absence d'élément intentionnel, et de marquer solennellement l'interdit⁴⁰.

En France, l'excision demeure poursuivie sur la base d'un texte général du code pénal (art. 222-9 et s., violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente). Cette qualification a été retenue par un arrêt de la cour de cassation de 1983⁴¹ et permet de punir l'excision comme crime lorsqu'elle est pratiquée par un ascendant sur une mineure de 15 ans. Certaines voix s'inquiètent par ailleurs aujourd'hui que la tendance à la correctionnalisation judiciaire, observable en matière de viol, s'étende à l'excision⁴².

En Belgique, une association de lutte contre les pratiques de MGF dénommée « Intact » a pour objet principal la réponse *judiciaire* à ces pratiques et s'emploie

39 Voy. e.a. A. BERNARDI, « Responsabilité pénale et société multiculturelle. L'expérience italienne », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, pp. 181-198 et G. POLIZZI, *I reati culturalmente motivati*, mémoire de master, Università degli studi Roma Tre, 2017, pp. 70-75.

40 À la suite de l'affaire Sadia, le Sénat belge a quant à lui adopté en 2008, une « proposition de résolution visant à lutter contre les prétendus crimes d'honneur en Belgique » : O. ZRIHEN et consorts, *Doc. parl. Sénat*, 2007-2008, 4-678, 25 avril 2008. Face à ces « pratiques inacceptables » les auteurs « plaident en faveur d'une approche plus globale, systématique, intersectorielle et durable des violences faites aux femmes, dont les prétendus crimes d'honneur, les mariages forcés et les mutilations génitales féminines », dans laquelle la répression figure en bonne place. L'usage du qualificatif de « prétendus » indique à lui seul le refus de toute prise en compte atténuante d'un facteur culturel. On lira par ailleurs avec intérêt, toujours à partir des pratiques, le panorama plus large des relations entre le pénal et la culture, dressé par Alessandro Bernardi (A. BERNARDI, « Le droit pénal, bouclier ou épée des différences culturelles », in Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, publications des Facultés Saint-Louis, 2007, pp. 497-550). Partant des situations réelles – décisions, législations, dans divers pays européens – et non des hypothèses juridiques théoriques, il les présente sous la forme d'un tableau croisant les sources (loi / jurisprudence) et le sens de la prise en compte de la culture (tolérance / indifférence / intolérance).

41 Cour de cassation, chambre criminelle, 20 août 1983, *Bull.* 229, « ... le clitoris et les lèvres de la vulve sont des organes érectiles féminins ; que leur absence à la suite de violences constitue une mutilation au sens de l'article 312-3° du code pénal... » (N.B. Il s'agit de l'ancien code pénal français, en vigueur jusqu'au 1^{er} février 1994).

42 Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), *Avis sur les mutilations sexuelles féminines*, Assemblée générale du 28 novembre 2013, § 30.

à conscientiser les magistrats et les forces de police à cette problématique⁴³ : à la différence de la France, et malgré l'existence d'une incrimination spécifique, les MGF n'ont fait l'objet jusqu'ici d'aucune poursuite.

B Le dilemme : juge libéral-individualisateur ou juge libéral-féministe ?

Ces quelques exemples montrent comment la question de l'opportunité de la défense culturelle s'avère particulièrement délicate à traiter pour certaines catégories d'infractions : celles qui touchent à l'intégrité physique des personnes, le plus souvent des femmes. On est face à ce que les Américains⁴⁴ appellent le dilemme des libéraux : le choix entre d'un côté une individualisation fondée sur le multiculturalisme, une prise en compte de la différence, un refus de l'ethnocentrisme, et de l'autre l'égalité de protection des victimes (femmes en l'occurrence)⁴⁵. Le juge sera-t-il libéral-individualisateur ou libéral-féministe ? Soit la version judiciaire du dilemme d'Okin, du nom de la philosophe politique, Susan Moller Okin⁴⁶, qui l'a théorisé : nombre de cultures pratiquent une inégalité « de base » entre hommes et femmes, on ne peut dès lors être à la fois multiculturaliste et féministe.

En Europe comme aux États-Unis, le rejet absolu de toute défense culturelle voisine avec des positionnements plus nuancés, ménageant une place plus ou moins importante à l'élément culturel. Un aperçu des divers arguments avancés, parfois au soutien de positions antagoniques, témoigne de la complexité du problème.

Le rejet de principe, que l'on trouve aux États-Unis chez Coleman⁴⁷, est la position la plus fréquente en France et en Belgique. La gravité des atteintes exclut toute prise en compte d'un argument culturel, au nom de valeurs – la vie, l'intégrité physique, les droits des femmes – considérées comme universelles et qu'il s'agit de protéger à tout prix. Pour Raphaële Parizot, « le droit pénal, même s'il doit offrir un visage humain, ne peut, sauf à saborder les valeurs qui fondent les interdits, retenir l'excuse culturelle que pour les infractions peu graves »⁴⁸. Dans son avis sur les mutilations sexuelles féminines, la Commission nationale consultative des droits de l'homme est tout aussi catégorique : « Nul droit à la différence, nul respect d'une identité culturelle ne saurait légitimer des atteintes à l'intégrité de

43 INTACT asbl, *Prévenir et réprimer une forme de maltraitance issue de la tradition : le cas des mutilations génitales, féminines*, Actes du colloque du 14 novembre 2014, 2015.

44 D. L. COLEMAN, « Individualizing Justice through Multiculturalism : The Liberals' Dilemma », *op. cit.*, p. 1094.

45 BERNARDI (« Responsabilité pénale et société multiculturelle. L'expérience italienne », *op. cit.*, p. 198) parle d'« un de ces "choix tragiques" bien connus des adeptes de la science pénale ».

46 S. M. OKIN (ed.), *Is Multiculturalism Bad for Women ?*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

47 D. L. COLEMAN, « Individualizing Justice through Multiculturalism : The Liberals' Dilemma », *op. cit.*

48 R. PARIZOT, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *op. cit.*, p. 22.

la personne, qui sont des traitements criminels. La prise en compte, légitime, du respect des cultures ne saurait induire un relativisme qui empêcherait d'appréhender les mutilations sexuelles féminines en termes de violation des droits fondamentaux des femmes »⁴⁹.

Le recours à des incriminations spécifiques s'inscrit dans le droit fil de ce rejet. L'avocate belge Céline Verbrouck a milité pour la criminalisation de l'excision : « Inutile de plaider le relativisme culturel. Certaines valeurs, comme celles qui sont ici en jeu, sont universelles et doivent être défendues au-delà de toute croyance culturelle »⁵⁰. Les acteurs de terrain invoquent par ailleurs les mesures similaires prises dans les pays africains concernés et la « marque de solidarité »⁵¹ que la loi belge représente par rapport à ces pays. L'incrimination spécifique peut enfin, en théorie du moins, proposer « une déclinaison plus précise et explicite des différentes formes d'atteintes »⁵² qui permettrait d'adapter la réponse aux différentes réalités.

L'argument négatif, tiré de l'effet stigmatisant de l'incrimination pour les communautés concernées, ajouté au caractère jugé suffisant des ressources existantes en droit pénal, n'a quant à lui pas empêché l'adoption de la loi belge sur l'excision. Au passif de cette incrimination est mis en évidence, d'autre part, son effet contreproductif en matière de prévention : la menace d'une sanction pénale risque d'accroître le caractère déjà éminemment clandestin des MGF⁵³. Certains pénalistes italiens se sont vigoureusement élevés contre l'incrimination de l'excision. Alessandro Bernardi explique à ce propos que le souci « légitime » d'intimidation par l'énoncé « d'une peine plus sévère que celle admissible sur le plan rétributif reviendrait à transformer le futur auteur de l'infraction en instrument de politique criminelle, ce qui serait contraire, entre autres, aux principes de proportionnalité et de personnalité de la responsabilité pénale »⁵⁴.

Myriam Dieleman, une anthropologue belge qui a réalisé une enquête approfondie auprès de femmes ayant subi une MGF, complexifie à son tour la réflexion en y apportant le point de vue – rarement interrogé⁵⁵ – des justiciables. Elle montre

49 CNCDH, *Avis sur les mutilations sexuelles féminines*, op. cit., § 4.

50 C. VERBROUCK, *Lutter contre les mutilations génitales féminines*, Concours international de plaidoiries pour les droits de l'homme, Mémorial de Caen, 2008, cité par M. DIELEMAN, *Excision et migration en Belgique francophone*, rapport de recherche de l'Observatoire du sida et des sexualités pour le GAMS Belgique, 2010, p. 70.

51 M. DIELEMAN, *Excision et migration en Belgique francophone*, op. cit., p. 70.

52 G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », op. cit., p. 202 ; voy. aussi S. GRUNVALD, « La répression des mutilations sexuelles féminines : une mise à distance de principe de la diversité culturelle », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 36, pp. 79-88.

53 Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes, *Avis n° 18 relatif aux mutilations génitales* du 13 juin 1997, p. 21 ; M. DIELEMAN, *Excision et migration en Belgique francophone*, op. cit., p. 73.

54 A. BERNARDI, « Responsabilité pénale et société multiculturelle. L'expérience italienne », op. cit., p. 191.

55 On observe par exemple que, parmi les personnes auditionnées par la CNCDH pour la rédaction de son avis sur les MGF, ne figure aucune femme originaire des pays concernés.

comment la loi est à la fois « loi ressource et loi impossible »⁵⁶. Loi ressource, elle peut soutenir les personnes souhaitant renoncer à la pratique de l'excision contre les pressions de leur entourage, mais loi impossible parce qu'elle crée « un espace de dénonciation impossible pour une pratique qui est construite comme nécessaire et perçue de manière valorisante » au sein de la communauté à laquelle appartient celle qui dénonce : « *Chez nous, de porter plainte, on ne peut pas. C'est quelque chose qui n'existe pas et qui n'existera jamais dans nos coutumes. Ça n'existe pas. On ne va pas poursuivre les parents pour ces pratiques. Parce que, eux, eux pensent faire mieux* »⁵⁷. Sans compter les effets possibles d'une condamnation sur la cellule familiale : les enfants seront-ils placés ? maintenus dans leur famille ? Jacques Fierens mobilise à ce sujet la notion d'intérêt de l'enfant – et les engagements internationaux en la matière – pour souligner « les limites d'efficacité du droit, surtout du droit pénal »⁵⁸.

Le rejet de la défense culturelle peut – de façon plus étonnante *a priori* – s'arrimer à un parti pris délibérément multiculturaliste. C'est la position de Fabienne Brion. Elle se décrit comme militante d'une politique de reconnaissance de la diversité, et son principal argument réside dans le danger de stigmatisation que comportent aussi bien la défense culturelle que l'incrimination spécifique. À partir d'une analyse foucauldienne de l'économie des réponses apportées aux quatre « délits culturels » qu'elle a identifiés en Belgique (mariage forcé, port du foulard, excision et crime d'honneur), Brion conclut que délits culturels et défense culturelle sont « pénalement inutiles mais socialement dangereux »⁵⁹. L'infraction spécifique « ne crée aucun supplément de prévention ni d'incapacitation, juste un supplément d'externalité négative pour la communauté à laquelle [ces comportements] sont référés ». Quant à la défense culturelle, si « elle réduit les externalités négatives de la pénalité pour les justiciables identifiés comme membres des communautés culturelles qu'elle vise [...] elle le fait [...] au détriment de ces autres minorités supposées, qu'elle stigmatise »⁶⁰.

D'autres points de vue, plus balancés, avancent l'argument de l'égalité des justiciables. Pour Sarah Song, rejeter en bloc la défense culturelle conduit à refuser à l'accusé d'avoir accès aux mêmes moyens de défense que quelqu'un du groupe culturel majoritaire, pour qui on essaiera de voir s'il n'a pas soit commis une erreur de fait, soit été provoqué... ce qui implique la prise en considération d'éléments culturels. Mais il ne s'agit pas pour autant d'accepter en bloc ces arguments, car cela conduirait, selon elle, non seulement à reconnaître en droit les

56 M. DIELEMAN, *Excision et migration en Belgique francophone*, op. cit., p. 72.

57 Extrait d'entretien cité par M. DIELEMAN, *Excision et migration en Belgique francophone*, op. cit., p. 73.

58 J. FIERENS, « L'intérêt supérieur de l'enfant et les mutilations génitales féminines », in INTACT asbl, *Prévenir et réprimer une forme de maltraitance issue de la tradition : le cas des mutilations génitales, féminines*, Actes du colloque du 14 novembre 2014, 2015, pp. 18-28.

59 F. BRION, « User du genre pour faire la différence ? La doctrine des délits culturels et de la défense culturelle », op. cit., p. 850.

60 *Ibid.*, p. 854.

pratiques sexistes des cultures minoritaires mais aussi – considérant que la culture majoritaire n'est pas dépourvue de machisme – à « s'incliner devant les valeurs patriarcales du droit américain en général »⁶¹, et donc à ne pas garantir l'égalité entre les sexes. Dans le même esprit, Alison Dundes Renteln refuse « l'usage de la défense culturelle sur des bases normatives »⁶². Elle suggère, pour aller vers une évaluation au cas par cas, « une jurisprudence transculturelle juste, correcte »⁶³, de former les juges, de repérer les experts⁶⁴, d'établir des règles pour leur intervention.

IV Déplacer le regard...

Peut-on échapper au dilemme ? La question normative de la prise en compte de la diversité débouche sur une impasse. François Ost la décrit bien : « Il y a quelque chose de désespérant dans les débats sur la diversité culturelle : le choc des abstractions, signalées par les termes en « isme » – universalisme contre relativisme, républicanisme contre communautarisme – évoque une progression chaotique dans une sorte de palais des glaces, à la fois sans issue discernable et, à tout prendre, en décalage avec les réalités »⁶⁵. Il observe qu'une façon d'en sortir consiste, pour le chercheur, à s'appuyer sur l'empirie, comme le font notamment, dans l'ouvrage qu'il préface, Barbara Truffin et François Laperche⁶⁶ dans leur étude sur le traitement judiciaire des conflits conjugaux en contexte multiculturel. L'observation des pratiques et des discours permet en effet non pas de répondre à la question de l'opportunité d'une défense culturelle, mais de l'envisager sous un angle différent, dans chacune de ses deux dimensions : l'élément culturel, d'une part et la manière dont il pourrait/devrait être intégré dans la justice pénale, d'autre part.

A ...sur la culture

Le travail de terrain permet d'échapper à l'abstraction, plus précisément à une certaine essentialisation – négative – de la culture. On le constate en matière familiale : les observations de Truffin et de Laperche mettent en scène des justiciables d'origine immigrée pour qui la condition d'*étranger*, avec tout ce que cela comporte de conséquences administratives (avoir ou ne pas avoir de « papiers ») est aussi importante que les pratiques ou valeurs héritées d'un autre univers culturel. Le

61 S. SONG, « La défense par la culture en droit américain », *op. cit.*, pp. 63-64.

62 A.D. RENTELN, « The Use and Abuse of the Cultural Defense », *op. cit.*, p. 63.

63 *Idem.*, p. 65.

64 À propos d'expertise culturelle, voy. C. SIMON, B. TRUFFIN, A. WYVEKENS, « The place of cultural expertise in the field of family justice in Belgium and France », à paraître.

65 F. OST, « La diversité culturelle : oser la pensée conjonctive », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. XI.

66 B. TRUFFIN, F. LAPERCHE, « Ils emportent leur secret ». Regards ethnographiques sur le traitement judiciaire des conflits conjugaux en contexte multiculturel », *op. cit.*

procès d'assises français évoqué plus haut illustre de façon exemplaire les effets de l'immigration en termes d'hybridation des cultures : les deux familles, dont l'une traitait l'autre de « *sauvage* », étaient d'origine identique mais de « cultures » différentes, y compris à l'intérieur de l'une d'entre elles, puisque les sœurs de Samira, la victime, ne partageaient pas exactement les mêmes valeurs qu'elle : « *On est parfaitement intégrées dans la société française, on a choisi nos maris, on a choisi nos mariages, on fait des choix libres. Samira, c'était la première ; mes parents, ils ne savaient pas* », dira l'une d'elles⁶⁷. On y observait d'autre part comment la culture, dans la vie des gens venus d'ailleurs, est aussi une réalité administrative : il y avait dans cette affaire, comme dans nombre de mariages entre un conjoint né en Europe et un conjoint venu du « bled », un problème de titre de séjour.

L'aspect « administratif » de la culture est apparu à plusieurs reprises dans des observations relatives au pénal et à l'application des peines. Ce fut par exemple le cas en France, devant un juge des libertés et de la détention, en matière de garanties de représentation : « *C'est sûr que le fait que ce gars-là soit Congo RDC, ben on est un peu moins convaincu par son papier que si c'est Monsieur X qui est né à Château-Landon dans le 77 et qu'il nous dit qu'il va aller habiter chez son papa et sa maman* »⁶⁸. De même, lors d'audiences d'une commission d'application des peines (CAP) et d'un tribunal d'application des peines (TAP), nous avons pu observer que les seules allusions à une origine immigrée concernaient les papiers : il s'agissait tantôt de permissions de sortir demandées pour accomplir des démarches de régularisation, tantôt de détenus sans papiers (et sans espoir d'en obtenir) demandant une « libération conditionnelle expulsion », parfois même de détenus espérant que le TAP réglerait leurs problèmes de papiers.

Ces différentes observations, au pénal tout comme en justice de paix, donnent à voir une culture rendue complexe par l'empreinte du phénomène migratoire. Elles permettent « de mettre au jour des réalités plus complexes que celles tirées d'une opposition entre "nos valeurs" et celles des autres »⁶⁹. « La » culture de ces personnes venues d'ailleurs pour s'installer chez nous se transforme, vue sous cet angle, en une double appartenance, avec ses dimensions aussi bien publique (administrative) que privée (modes de vie). Être immigré consiste à être à la fois d'ici et d'ailleurs... à l'image de l'écrivain suédois, Henning Mankell, qui vivait tantôt en Suède, tantôt au Mozambique, et disait avoir « *un pied dans la neige, l'autre dans le sable* »⁷⁰.

Ce déplacement évoque, plus largement, le relativisme méthodologique. Ce qui est en jeu n'est pas la question du jugement moral ou juridique porté sur un acte ou

67 Observation d'audience, cour d'assises d'Avignon, janvier 2010.

68 Extrait d'entretien.

69 B. TRUFFIN, F. LAPERCHÉ, « "Ils emportent leur secret". Regards ethnographiques sur le traitement judiciaire des conflits conjugaux en contexte multiculturel », *op. cit.*, p. 696.

70 Formule reprise par *Le Monde*, 5 octobre 2015.

une pratique, de son approbation ou de sa condamnation, mais celle de l'endroit où l'on se place pour essayer d'en comprendre le sens. Comme le soulignent Luc van Campenhoudt et Nicolas Marquis, le relativisme méthodologique est à distinguer du relativisme intégral. Il « poursuit un but scientifique : celui de permettre l'intelligence d'un phénomène, en le rapportant à son contexte d'origine. Il vise à empêcher l'usage de catégories inadéquates. Le relativisme intégral est une position idéologique qui cherche à défendre le point de vue moral selon lequel il est impossible de dire quoi que ce soit sur une société qui n'est pas la nôtre, et en particulier sur ses pratiques, ses coutumes et ses valeurs. Le premier relativisme est un relativisme d'ouverture : il doit permettre de comprendre ce qui se passe ailleurs en évitant d'appliquer nos schèmes de pensée. Le second ferme chaque groupe social sur lui-même, en prétendant qu'il est impossible de porter des jugements sur ce qui n'est pas nous, justement parce qu'il nous est impossible de comprendre ce que nous ne vivons pas »⁷¹.

Pour revenir à l'excision, l'analyse anthropologique de Martine Déotte-Lefevre⁷², reprise par Edwige Rude-Antoine⁷³, illustre cette approche « de l'intérieur », qui tente de comprendre en prenant de la distance par rapport à nos catégories. Elle met à plat la dimension culturelle, expose le sens que ces pratiques ont pour leurs adeptes, par opposition à d'autres approches qui, focalisant sur l'atteinte à l'intégrité physique et la violation des droits fondamentaux des femmes – « nos » valeurs, « nos » critères, les disqualifie d'emblée.

B ...sur la peine

Qu'en est-il de l'autre « nœud » de la notion de défense culturelle, le pénal lui-même, la façon dont la dimension culturelle peut, pourrait, devrait, ou non, y être intégrée ? Comprendre est une chose, juger en est une autre. On a évoqué les questions juridiques, *internes* au système pénal, que posent le lieu et les modalités de la prise en compte de la dimension culturelle d'une situation : niveau législatif ou niveau judiciaire ; variante de défenses existantes ou institutionnalisation et encadrement. On voudrait à présent, de la même manière qu'à propos de la notion de culture, déplacer le regard : au lieu de se situer à l'intérieur du système pénal – dont l'intervention est alors pensée comme « naturelle », *a fortiori* s'agissant d'atteintes graves à l'intégrité physique –, prendre la défense culturelle (ou l'infraction culturelle) comme une occasion de poser des questions *sur* le système pénal. En d'autres termes, au lieu de se demander s'il faut « plus ou moins de pénal », il s'agirait de se demander à la fois « pourquoi le pénal ? » et « quel pénal ? »

71 L. VAN CAMPENHOUDT, N. MARQUIS, *Cours de sociologie*, Paris, Dunod, 2014, p. 57.

72 M. DÉOTTE-LEFEUVRE, *L'excision en procès : un différend culturel ?* Paris, L'Harmattan, 1997.

73 E. RUDE-ANTOINE, *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 237 et s.

À nouveau, le détour par les pratiques s'avère utile. L'exemple de l'excision illustre assez bien la façon dont certains arguments en faveur de la création d'une incrimination spécifique apparaissent déconnectés des réalités de terrain. Un certain nombre de questions sociologiques sont en effet peu étudiées : que sait-on, en Belgique, des raisons expliquant l'absence totale de poursuites sur la base d'un texte datant de plus de dix ans, alors que la France, en l'absence d'incrimination spécifique, est, selon la CNCDH⁷⁴ le pays de l'Union européenne dans lequel il y a eu le plus de procès pour MGF ? Qu'en est-il, en France, de la nature et des variations des peines effectivement prononcées ? Qu'en est-il de leurs effets, en termes de dissuasion ? Une étude hollandaise de la pratique judiciaire française fournit quelques éléments de réponse à ces questions. Elle conclut en relativisant les succès répressifs français en matière de lutte contre l'excision, en soulignant le caractère principalement réactif de ce dispositif et le manque d'articulation entre la prévention et la répression. Par comparaison avec les Pays-Bas, les enquêteurs observent que « la France compte certes plus de jugements en matière de MGF, mais que l'approche menée par les Pays-Bas en la matière est plus intégrée et, dans cette mesure, plus avancée que l'approche française »⁷⁵. Le chantier est ouvert : mieux appréhender les réalités et relire, à partir d'elles, les fonctions de la pénalité.

Le débat sur la défense culturelle touche quatre fonctions de la peine. Tout d'abord, en tant que *défense*, la défense culturelle renvoie à la *fonction rétributive* de la peine : il s'agit, dans la tradition néo-classique, d'infliger un mal qui soit équivalent à la faute morale, de ne punir qu'à proportion de la gravité de la faute. Mais, précisément, comment apprécier cette gravité ? Selon nos valeurs, ces valeurs dont nous affirmons le caractère universel ? Sylvie Grunwald n'hésite pas à mettre en doute cette universalité : la persistance des MGF dans des États qui ont signé des conventions internationales voire légiféré eux-mêmes sur leur territoire « interroge sur l'efficacité de cette universalité ». Grunwald évoque une « "universalité de façade", un universel plus quantitatif et descriptif que qualitatif »⁷⁶, emboîtant ainsi le pas à Danièle Lochak : « la diffusion planétaire de certains modèles normatifs n'est donc pas gage d'universalité, si elle ne résulte pas d'une adhésion partagée »⁷⁷.

Ensuite, comme le soulignent les adversaires de la défense culturelle, la loi pénale aurait ici à remplir une *fonction* essentiellement « *expressive* », *symbolique*. Il s'agit d'énoncer l'interdit. La loi pénale serait en ce sens un point d'appui indispensable

74 CNCDH, *Avis sur les mutilations sexuelles féminines*, *op. cit.*, § 29.

75 J.F. NIJBOER, N. M. D. VAN DER AA, T. M. D. BURUMA, *Strafrechtelijke opsporing en vervolging van vrouwelijke genitale vermindering. De Franse praktijk*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2010, p. 18.

76 S. GRUNWALD, « La répression des mutilations sexuelles féminines : une mise à distance de principe de la diversité culturelle », *op. cit.*, p. 87.

77 D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, coll. « Les voies du droit », PUF, 2010, pp. 54, 57, 179.

à l'action des associations dans le domaine de la prévention. C'est la justification avancée pour la législation belge en matière d'excision. On peut toutefois se demander à qui le message s'adresse réellement. Selon Durkheim, la fonction essentielle de la peine est de renforcer la conscience collective, elle s'adresse, en fait, surtout, aux « honnêtes gens ». De façon analogue, cette incrimination spécifique ne s'adresse-t-elle pas à « nous », plutôt qu'à « eux »⁷⁸ ? N'a-t-elle pas au contraire, on l'a évoqué, un effet stigmatisant dans la mesure où elle désigne comme potentiellement délinquante une certaine communauté ? On peut s'interroger de la même manière sur le procès pénal lui-même : lieu symbolique essentiel à l'exercice de la justice ? Ou « rituel de stigmatisation, voire de disqualification de la personne désignée comme étrangère à la communauté et aux valeurs autour desquelles celle-ci se fédère »⁷⁹ ?

Qu'en est-il, par ailleurs, de la *fonction dissuasive* de la pénalisation, également mise en avant par les partisans de la sévérité ? Connaissant la force de la norme culturelle, cette pénalisation est-elle seulement compréhensible par les personnes visées ? La question fut posée en ces termes par une policière, lors d'un colloque de l'association Intact sur « l'approche protectionnelle ou répressive des mutilations génitales féminines » : « une formation avec Intact [...] nous a permis de comprendre l'historique culturel et comment cette pratique est intégrée dans la vie et les racines des gens. Ce qui rend les choses encore plus difficiles pour le judiciaire car il risque d'y avoir une incompréhension tant des victimes que des suspects de l'implication du judiciaire là-dedans »⁸⁰. La peur de la sanction ne peut-elle avoir en outre pour effet le renforcement de la clandestinité (d'une pratique déjà par définition située dans le cadre de l'intime) ? C'est ce que suggère l'étude hollandaise précitée. Selon la CNCDH, les grands procès des années 1980 et les condamnations prononcées ont permis « un net recul de la pratique sur le territoire français »⁸¹. Dispose-t-on de sources fiables établissant et quantifiant cette corrélation ?

Reste enfin la *fonction réparatrice*. Un philosophe du droit, Christophe Béal⁸², suggère d'explorer les possibilités qu'offrirait, par rapport aux délits culturels, la justice restauratrice. Dans la mesure où cette justice implique les individus, la communauté concernée, elle permettrait selon lui de mobiliser la dimension culturelle sans que cela prenne la forme d'une défense culturelle. À partir de l'exemple des crimes d'honneur, sans détailler les modalités pratiques de mise en œuvre de cette justice, il y voit la possibilité de rendre les cultures minoritaires visibles dans la justice pénale, d'éviter les détournements ou les interprétations erronées

78 À propos de la fonction symbolique du procès, voy. e. a. T. DELPEUCH, L. DUMOULIN, C. DE GALLEMBERT, *Sociologie du droit et de la justice*, op. cit., p. 93.

79 *Ibid.*

80 INTACT asbl, *Prévenir et réprimer une forme de maltraitance issue de la tradition : le cas des mutilations génitales, féminines*, op. cit., p. 79.

81 CNCDH, *Avis sur les mutilations sexuelles féminines*, op. cit., § 30.

82 C. BÉAL, « Défense culturelle et justice pénale », Colloque international « Diversité culturelle, genre et démocratie », Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 7-8 novembre 2014.

que les justiciables pourraient faire de leur culture, de donner une reconnaissance publique aux classes de victimes, en particulier les femmes, et de contribuer à la transformation interne des cultures minoritaires⁸³.

Conclusion

La question de la prise en compte, par le juge, de valeurs ou de pratiques issues d'un univers culturel minoritaire, assez peu abordée jusqu'il y a peu en France et en Belgique, tant par les chercheurs que par les praticiens, s'avère particulièrement sensible en matière pénale. La « défense culturelle » – cette stratégie consistant à faire intervenir l'élément culturel, à un stade ou un autre du raisonnement juridique, de façon à ce que l'auteur soit condamné moins sévèrement qu'en l'absence de cet élément –, fait l'objet de débats passionnés. Le juge doit-il, ou non, prendre en compte la diversité culturelle, souvent entendue un peu rapidement comme « choc de cultures » ou incompatibilités culturelles ? Un aperçu des arguments invoqués, présenté en appui sur différentes données empiriques, conduit à un double déplacement du regard : regard sur la *culture*, d'une part, dont les données de terrain permettent de complexifier l'image ; regard sur le pénal, d'autre part, dont il apparaît fructueux d'envisager non seulement les modalités, mais les finalités.

En conclusion, s'il est difficile d'intégrer le multiculturalisme dans la justice pénale actuelle, le multiculturalisme est une occasion de repenser la justice pénale. Plus largement, dans les termes du regretté Michel van de Kerchove : « Il n'est pas possible de réfléchir sur ce qu'est la peine, sans se demander également ce dont elle se distingue, de même qu'il semble vain de tenter de justifier son intervention, sans évoquer la possibilité d'interventions alternatives »⁸⁴.

Anne WYVEKENS,
Directrice de recherche CNRS,
Institut des sciences sociales du politique / Université Paris Saclay

83 Ce dernier élément rejoint l'une des voies tracées il y a bien longtemps par Marie-Claire Foblets (M.-C. FOBLETS, « Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », *op. cit.*, p. 215), qui se situe délibérément du côté de la reconnaissance de la diversité : si la responsabilité pénale est individuelle, il ne faut pas ignorer la dimension collective de la responsabilité en matière de délits culturels, puisque certains d'entre eux (ainsi l'excision) sont commis essentiellement pour éviter d'être exclu de la communauté. Il convient, en conséquence, d'éduquer les communautés.

84 M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine*, Bruxelles, Publications des Facultés Saint-Louis, 2009, p. 10.