

Articles

**DROIT DES LIBERTÉS FONDAMENTALES
DROIT PÉNAL**

Le fait culturel saisi par le droit

Vanille RULLIER

Doctorante en droit public à l'Université de la Réunion

Résumé :

Suite aux dernières vagues d'immigration en provenance du continent africain, de nouvelles communautés font désormais partie intégrante du peuple français. Ces communautés ont apporté avec elles un ensemble de traditions et de rites qui entrent parfois en opposition avec les valeurs de la République, particulièrement liées au patrimoine judéo-chrétien du continent européen. Contraire à l'ordre public, une partie importante de ces rites tombe sous le coup de la loi pénale. Cette étude tend à décrypter les processus liés à l'incrimination (fabrication de la loi pénale) ainsi qu'à la répression (application de la loi pénale) de différents faits culturels traduisant ces rites.

Mots-clés : culture, infraction, répression pénale, communautés.

Abstract:

Following the last waves of immigration from the African continent, new communities have now become an integral part of the French populace. These communities brought with them a set of customs and rites that sometimes come into conflict with French Republican values, particularly those linked to the Judeo-Christian heritage of Continental Europe. Due to this conflict with French public order, a significant proportion of these rites falls within French criminal law. This study aims to decipher the processes that are linked to incrimination (constructing criminal law) and punishment (implementing criminal law) of various cultural issues resulting in these rites.

Key-words: culture, offence, criminal punishment, communities.

La société française ne cesse de se complexifier. Au gré des flux migratoires la population tend à devenir de plus en plus hétérogène. Ce faisant, la nation française est composée d'individus issus d'horizons différents. Ainsi diverses communautés cohabitent et forment les composants essentiels de la société française. Cette pluralité de cultures coexistant en France ne trouve pas de reconnaissance institutionnelle, en revanche, le droit s'appliquant à chacune d'elles peut parfois différer. Par-delà l'application formelle des principes d'unité de la République et d'égalité des individus, l'appréhension juridique du fait culturel laisse entrevoir des aspects de la législation parfois défavorables à certains groupes d'individus. La législation ainsi que le juge contribuent, plus ou moins subtilement, à refouler la différence culturelle. Il demeure qu'au cœur de ce processus subsiste un éternel conflit de culture, que la législation tend à cristalliser.

La crainte d'établir une définition réductrice ou rigide de la culture est due à la nature même de la notion de culture¹. En effet, « *la richesse de l'ensemble des composantes socio-historiques de cette notion empêche qu'elle se trouve figée dans une définition unitaire* »². Il reste au juriste une définition anthropologique sur laquelle il peut tout de même utilement s'appuyer. Selon celle-ci, la culture peut être considérée comme « *un ensemble de systèmes symboliques au premier rang desquels se placent le langage, les règles matrimoniales, les rapports économiques, l'art, la science, la religion. Tous ces systèmes visent à exprimer certains aspects de la réalité physique et de la réalité sociale, et plus encore, les relations que ces deux types de réalité entretiennent entre eux et que les systèmes symboliques eux-mêmes entretiennent les uns avec les autres* »³.

Parfois le culturel intègre dans son ensemble une part du cultuel. Il semblerait en effet que le religieux et le culturel soient indissociables sur certains aspects. En ce sens, de nombreuses pratiques dites culturelles sont en fait des pratiques également religieuses. La religion est, selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'unique expression culturelle explicitement protégée par la Convention⁴. Ainsi, les religions sont enchâssées dans leur culture d'origine⁵. En effet, les religions sont accompagnées de nombreux marqueurs culturels issus du contexte de leur émergence. Cependant, il est tout à fait possible de constater que les religions ne sont pas liées de manière définitive à la culture qui leur a donné

¹ C. BORIES, *Le patrimoine culturel en droit international*, thèse Paris 2011 Editions A. PEDONE, p. 43.

² G. CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés*, LGDJ, 1997, Paris, p. 14.

³ C. LEVI-STRAUSS, « Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss », *Sociologie et anthropologie*, Paris : PUF, 1966, p. 19.

⁴ C. DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, *La liberté religieuse en Europe*, Thèse Paris, 2003, p. 49.

⁵ R. AZRIA et D. HERVIER-LEGER, *Dictionnaire des faits religieux*, PUF, Paris, 2010, voir le terme « acculturation ».

naissance. Si la religion a pu jouer un rôle prépondérant, dans la construction de l'identité nationale⁶, celle-ci a pu parfois s'émanciper et s'est autonomisée. Certaines croyances ont rompu les liens territoriaux qui les unissaient à leur culture⁷.

Toutefois, distinguer le religieux du culturel reste une entreprise délicate. Cette distinction peut être plus ou moins aisée selon la religion concernée. L'exemple du christianisme a donné lieu, sur ce point, à de nombreuses controverses⁸. Par conséquent, l'emploi du terme culturel ici, recouvrira les faits culturels, mais également les faits cultuels. Il reste que la religion n'a toujours pas fait l'objet d'une définition juridique. La Cour européenne des droits de l'Homme a posé une définition juridique de la liberté de religion⁹ et a rappelé l'importance de son respect du point de vue du pluralisme et de la démocratie¹⁰, cependant elle ne définit pas la religion en tant que telle. En réalité aucune convention traitant de la liberté de religion ne définit la notion de religion¹¹.

La différence culturelle est loin d'être ignorée ; bien au contraire le droit pénal l'appréhende. La loi pénale incrimine en effet un certain nombre de pratiques à travers le code pénal. Sous couvert de généralité, la loi vise en fait une certaine catégorie d'individus¹². Parfois il peut également s'agir de comportements issus de diverses cultures que le droit pénal cherche à appréhender à travers des incriminations déjà existantes¹³. Ce faisant, certains faits culturels se transforment en stigmates. Ils symbolisent l'altérité et participent à un processus

⁶ J-P WILLAIME, « Les religions et l'unification européenne », in G. DAVIE et D. HERVIEU-LEGER (dirs), *Identités religieuses en Europe*, Paris, La Découverte, 1966, p. 291-312.

⁷ C'est le cas lorsque d'autres religions empruntent à une religion certains de ses éléments. C'est également le cas lorsque les croyants rencontrent d'autres cultures. A ce titre, il est possible d'évoquer certains moments de l'histoire tels que les missions ou les mouvements migratoires.

⁸ Par exemple en Inde, le jésuite Nobili (1577-1656) caractérisait comme civiles, des pratiques comme le port du cordon des brahmanes, alors que les missionnaires y voyaient une connotation religieuse.

⁹ Article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁰ CEDH, affaire *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, Requête n°24645/94, 18 février 1999 (§34) : « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une société « démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, ais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme, chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société ».

¹¹ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 71

¹² Ainsi les gens du voyage se voient par exemple appliquer une législation qui leur est largement défavorable. Il est également possible de citer les femmes de confession musulmanes qui sont indirectement visées par la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public du 11 octobre 2010.

¹³ Il est possible de citer à ce titre l'infraction de violences volontaires qui a permis de condamner la pratique de l'excision par exemple.

de catégorisation initié par la loi pénale. La répression pénale accentuée pour sa part l'incompréhension qui résulte de ce conflit de culture.

Cette étude s'articulera autour de plusieurs infractions qui tentent de neutraliser certaines pratiques culturelles, celle-ci seront nommées dès à présents « infractions culturelles ». Ainsi, certaines pratiques culturelles particulières ont été choisies dans la mesure où elles semblent être les plus représentatives du résultat de l'action pénale sur la différence culturelle. Il ne s'agit donc pas d'une étude exhaustive de l'action pénale sur les différences culturelles, mais d'une étude sélective des comportements culturels les plus représentatifs de l'action pénale sur la différence culturelle. Ainsi certains faits culturels que le droit pénal appréhende seront exclus, tels que la sorcellerie par exemple. Toutefois une plus grande attention sera portée sur les processus d'exclusion et de stigmatisation, qui frappent des communautés telles que les tsiganes ou encore les populations d'origine africaine de confession musulmane. Ces catégories d'individus voient remettre en cause leur mode de vie, et parfois l'expression de leur religion, mais également la pratique de leurs rites. Pour ces communautés, la mécanique juridique n'encourage pas le développement, la conservation et la transmission de la culture. Bien au contraire, à leur égard le droit pénal œuvre à l'assimilation de ces communautés à la culture dominante et endigue le renouvellement ainsi que l'enrichissement culturel¹⁴.

Il est nécessaire de définir ce que recouvre ici l'expression d'infraction culturelle. Si l'infraction consiste en la violation d'une loi de l'État, résultant d'un acte externe à l'homme, positif ou négatif, socialement imputable, ne se justifiant pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit, et qui est puni d'une peine prévue par la loi¹⁵, on discerne d'emblée la dissemblance entre l'acte déviant et l'acte culturel qui pourrait trouver sa justification dans « l'accomplissement d'un devoir ». Il y a, le plus souvent, deux dimensions qui s'attachent à l'infraction culturelle : une portée traditionnelle et une dimension religieuse. C'est pour se conformer à la tradition, à la religion, voire aux deux, que l'auteur de l'infraction culturelle viole la loi de l'État. L'infraction culturelle résulte au fond de conceptions divergentes de la justice. Il s'agit de la rencontre entre une conception traditionnelle de la justice propre à un groupe déterminé et de la conception de la justice issue du modèle pénal français. L'apparition de ce type d'infraction à coloration culturelle est un phénomène commun à de nombreux pays d'Europe¹⁶.

¹⁴ S'agissant des gens du voyage, l'infraction d'occupation illicite du terrain d'autrui fragilise directement cette population au cœur de ce qui constitue l'essence même du mode de vie nomade.

¹⁵ F. CARRARA, in *Opuscoli di diritto criminale*, 1805, p. 147.

¹⁶ Le tribunal de première instance de Dordrecht. Le tribunal a pu utiliser l'expression de « *délit culturel* », le 12 janvier 1979, *Nederlandse Jurisprudence* 19/7.

Au fond l'infraction culturelle résulte d'un conflit de culture qui surgit lorsque les valeurs morales et les normes de conduite sanctionnées par le code pénal d'un pays donné à un moment donné de son histoire sont en désaccord avec les valeurs et les normes adoptées par des groupes d'individus qui ont une conception différente de la vie en société¹⁷. Dès lors, la crise résulte du refus d'assimilation de minorités non conformistes, face à la pression de la majorité. Finalement l'infraction culturelle démontre l'échec d'un processus d'uniformisation culturelle par le droit. Ces infractions sont le résultat de comportements issus de communautés appartenant aux cultures minoritaires d'un état, qui refusent d'abandonner une partie de leur identité culturelle. En effet lorsque la loi pénale prohibe certains rites, elle entame un processus d'acculturation. Ce processus allant à l'encontre de la préservation de la diversité culturelle, l'infraction culturelle illustre la persistance de certains groupes dans leur volonté de préserver leur mode de vie traditionnel.

Autrefois les populations colonisées ont été assujetties au droit colonisateur pénal qui transformait en infraction des usages, considérés jusque-là comme tout à fait licites au regard du droit traditionnel¹⁸. Suite à la stabilisation des mouvements migratoires post coloniaux en Europe, les conflits de culture se sont multipliés. Se constituent dans les sociétés d'accueil, plusieurs communautés dont la vision du « bon » ou du « mauvais » se cristallise à travers un corpus de règles. Coexistent dès lors des intérêts différents, concurrents et surtout une superposition de normes aboutissant à la création d'une société plurielle. Dans le contexte d'immigration qui s'est constitué ces dernières années, il ressort que certains « héritages culturels » sont davantage producteurs de « déviance culturelle ». Sont ici visés les groupes de parenté caractérisés par un fort contrôle familial ainsi qu'un ancrage important du groupe dans une croyance religieuse. Au sein de ces groupes figurent par exemple les communautés patrilinéaires¹⁹ musulmanes qui s'avèrent plus « violentes » que les communautés matrilineaires²⁰ dans la mesure où les premières imposent par exemple la polygamie, ou encore la virilocalité²¹. Souvent dans le cas de la violation d'une norme du code pénal, se dégagent en fait

¹⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Septième édition, Cujas, 1997, p. 69.

¹⁸ Des pratiques comme les meurtres rituels, la sorcellerie, l'anthropophagie, des institutions telles que la polygamie, inhérentes à certaines communautés ont été déclarées incompatibles avec les principes occidentaux, voir en ce sens G. KOUBI, S. KODJO-GRANDVAUX, « Droit et colonisation », *Droit et Cultures*, 2006-2, n°52.

¹⁹ Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : Se dit d'un type de filiation fondé sur l'ascendant paternel.

²⁰ Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : qui ne reconnaît que l'ascendant maternelle.

²¹ Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : la virilocalité désigne un mode de résidence des jeunes époux qui doivent construire leur habitation dans le village des parents du mari.

plusieurs infractions culturelles telles que la polygamie²², le mariage forcé de mineurs d'âge, l'excision, la non-déclaration de nouveaux nés. Au contraire, il ressort de l'ethnocriminologie, que certaines communautés sont peu génératrices de comportements déviants. C'est le cas des sociétés agraires ou encore des sociétés nomades, au sein desquelles la résolution des conflits ne passe pas par la violence mais par la séparation temporaire ou définitive du groupe.

L'exception culturelle se voit refoulée soit que les juges refusent de tenir compte des différences culturelles et entrent en voie de condamnation nonobstant des revendications ou arguments différentialistes²³, soit que la loi pénale elle-même vise une situation particulière ou une catégorie spécifique de personnes²⁴. Il résulte de l'impact de la législation pénale sur le fait culturel, un appauvrissement culturel dû à la disparition de certaines pratiques culturelles qui, parce que considérées comme contraires à l'ordre public et aux valeurs républicaines, sont appréhendées à travers diverses incriminations pénales. La loi comme la jurisprudence portent un coup d'épée à la différence culturelle. A l'heure où le droit s'ouvre aux différences et aux revendications de certaines communautés, le droit pénal s'inscrit toutefois en opposition avec la jurisprudence européenne pour qui la diversité culturelle représente un atout et mérite d'être protégée, notamment certains modes de vie traditionnels²⁵.

Les thématiques abordées font naître diverses interrogations, cependant, dans le cadre de cette étude, la problématique à laquelle il conviendra de répondre concerne l'impact du droit positif sur les pratiques culturelles choisies. Autrement dit ; que révèle la prise en considération du fait culturel par le droit pénal ? Il s'agira de décrypter la manière dont est appréhendée la différence culturelle, ainsi que de relever les effets directs et indirects de l'appréhension de la différence culturelle par les pouvoirs publics. Pour se faire, il conviendra de décomposer les mécanismes propres à l'incrimination des comportements culturellement motivés. La désignation de l'inhumain, de l'altérité et des comportements prohibés, parce qu'ils sont contraires aux valeurs de la République, par la loi n'est pas une opération dénuée de subjectivité. Au contraire, malgré son caractère général, la loi parvient parfois à distinguer indirectement entre catégories d'individus. La

²² Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : se dit d'un homme ou d'une femme uni(e) à plusieurs conjoints par des liens légitimes.

²³ Ici, il est fait, par exemple, référence à l'excision, pour laquelle les arguments culturalistes ont régulièrement été évincés par les juges.

²⁴ C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2014/1 (n°36), p. 25, qui fait référence ici à la communauté musulmane (notamment les femmes de confession musulmane, suite à l'adoption de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public).

²⁵ Voir en ce sens le rapport rédigé par la Division de la Recherche : *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, qui peut être téléchargé à l'adresse suivante : www.echr.coe.int.

catégorisation, lorsqu'elle confère à certains groupes un régime juridique défavorable peut constituer un facteur de stigmatisation et de marginalisation. Ces conséquences sont d'autant plus grandes lorsqu'elles s'appliquent à une catégorie parfois vulnérable de la population telles que les communautés issues de l'immigration. En outre, la répression pénale a constamment écarté l'aspect culturel. Le droit pénal fait aujourd'hui une place étroite au fait culturel qui bénéficie dans de rares cas de l'autorisation de la loi, cependant l'évolution de certains concepts juridiques encore naissants pourrait permettre de faire la part belle aux expressions culturelles. Autrement dit, le refus de la différence par le droit pénal, se matérialise à travers l'édiction d'infractions destinées implicitement à certaines catégories de la population, mais peut également résulter de la répression de comportements inhérents à un mode de vie traditionnel, par des incriminations plus générales. L'analyse des effets concrets de l'application de telles incriminations dans des cas visant un comportement culturellement motivé, démontre, outre la fragilisation du sujet, un appauvrissement voire la disparition de l'essence culturelle de certaines pratiques et parfois la disparition de traditions millénaires. Le résultat de certaines législations aboutit à un véritable processus d'acculturation. Il semblerait dès lors que l'intégration à la française implique l'uniformité. En effet, l'absorption du fait culturel par le droit pénal conduit inévitablement le sujet à abandonner un aspect de sa culture (que ce soit son mode de vie, sa situation par rapport au groupe social dans lequel il s'inscrit, ou encore un aspect de l'expression de sa confession, *etc.*).

La différence culturelle, lorsqu'elle est appréhendée par le droit pénal, se voit refoulée à deux niveaux. D'abord, c'est au stade de l'incrimination que le droit pénal fragilise la différence culturelle. En effet certaines incriminations auront été pensées spécialement à destination de certaines pratiques culturelles et d'autres, plus générales et plus anciennes, permettront d'englober d'autres pratiques culturelles. Autrement dit, l'incrimination qui constitue l'étape initiale de qualification de l'essence infractionnelle de l'acte vise directement ou indirectement des pratiques jugées intolérables.

Ensuite, la différence culturelle se voit fragilisée au stade de la répression. En effet, s'agissant de la répression du fait culturel, la répression a quelque chose de particulier dans la mesure où celle-ci s'accompagne d'effets néfastes pour le sujet en cause. De manière globale, il est un constat régulier qui est celui de la marginalisation du sujet ainsi que de la stigmatisation de la communauté frappée par la répression pénale. Aussi, à certains égards la répression peut aggraver la situation du sujet. Dans le cas où la répression vise des pratiques traditionnelles qui constituent par exemple le cœur, ou un aspect fondamental propre à une organisation sociale, il sera quasiment impossible d'enrayer les pratiques visées par le biais de la répression pénale. Au contraire, la répression peut provoquer l'intensification du danger, voire l'augmentation du nombre de pratiques clandestines. Ainsi le facteur culturel met en échec les mécanismes traditionnels

de la répression pénale. De ce fait, il sera intéressant d'envisager divers outils juridiques permettant de pénaliser autrement ou encore de trouver une alternative à la pénalisation de l'infraction culturelle.

En définitive, s'intéresser aux différences culturelles sous l'angle du droit pénal, c'est d'abord s'intéresser aux procédés liés à l'incrimination de ces différents comportements culturellement motivés (Partie I). C'est également s'intéresser aux mécanismes liés à la répression de ces comportements (Partie II).

I. – Les infractions culturelles

Le principe d'égalité et le concept d'unité du peuple français sont les principales justifications au refus d'institutionnaliser les différences. Toutefois le droit pénal va plus loin dans la mesure où celui-ci pénalise la différence culturelle. Certaines communautés se heurtent parfois à une législation répressive, notamment en ce qu'elles perpétuent des traditions auxquelles le droit pénal s'oppose. Ainsi, loin d'accueillir la différence culturelle, le droit pénal la combat mais pas de manière frontale. Sous-couvert de généralité, le droit pénal porte un coup d'épée à diverses pratiques culturelles à travers les infractions relatives à l'intégrité corporelle (A) ou encore à travers les infractions venant sanctionner l'expression d'une identité culturelle (B).

A.– Les infractions culturelles portant atteinte à l'intégrité corporelle

La pratique de la circoncision échappe totalement à la répression en France (1). En revanche la pratique de l'excision tombe sous le coup de la loi pénale (2). Si la circoncision ne semble faire naître aucun conflit de culture, l'excision est, pour sa part, révélatrice de la tension qui existe entre les droits de l'homme et les particularismes culturels. Ces deux pratiques consistent chacune en une atteinte à l'intégrité corporelle et font pourtant l'objet d'un traitement juridique foncièrement différent.

1 – La circoncision

Vers un traitement juridique de la circoncision plus conforme au droit commun. La doctrine se prononce plutôt pour un traitement de la circoncision qui serait identique à celui des mutilations corporelles, et ce dans un souci de cohérence de l'état du droit. En outre on peut relever l'initiative de certains juges

en France qui condamnent cette pratique²⁶. Cette tendance pourrait s'accroître davantage dans la mesure où le Tribunal de Cologne a récemment remis en cause la pratique de la circoncision en Allemagne par un brutal revirement de jurisprudence. Désormais la circoncision rituelle est passible d'une condamnation pénale²⁷. Toutefois, la récente répression de la circoncision en Allemagne n'est cependant pas représentative de la politique jurisprudentielle commune aux états européens. En Belgique, les tribunaux considèrent depuis fort longtemps que « *la circoncision, en elle-même, ne représente pas une pratique contraire à l'ordre public international belge* »²⁸.

La circoncision rituelle : une pratique amplement tolérée²⁹. La jurisprudence française tolère la pratique de la circoncision³⁰. Par ailleurs la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant qui tend « *à abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants* » par le biais de son article 24 al 3 ne vise pas la pratique de la circoncision, alors que les travaux préparatoires font clairement ressortir la volonté d'éradiquer la pratique de l'excision³¹. Dans la jurisprudence relative à la circoncision, les cas de litiges sont généralement liés au refus des juges d'autoriser une circoncision rituelle pour défaut de consentement des deux parents³². Ainsi la circoncision est une atteinte à l'intégrité corporelle, non consentie par la victime mineure, tolérée par le droit pénal. Si la circoncision est une mutilation, alors elle devrait être soit interdite, soit justifiée par un fait justificatif. Or l'autorisation des usages et de la coutume ne saurait constituer un fait justificatif à la pratique de la circoncision car il d'une pratique *contra legem* étant donné que la circoncision consiste bien en une mutilation.

La qualification de l'acte de circoncision. Si la circoncision n'a pas encore fait l'objet d'une répression, elle n'en représente pas moins une atteinte à l'intégrité corporelle au sens des articles 222-7 et suivants du code pénal. En matière de violences volontaires, l'infraction est invariablement consommée dès

²⁶ Ordonnance rendue par le Tribunal de grande instance de Laval, le 16/06/2002, *AJ Famille* 2002 p. 222, « La circoncision d'un enfant musulman demandée par les enfants est refusée par le juge ». En l'espèce, le juge a pu qualifier la circoncision de « *violence physique* ». Ce dernier a également fait appel à l'article 34 de la Convention des droits de l'enfant pour justifier son ordonnance.

Voir également CA Paris, 1^{er} ch. B, 29 sept 2000. *Contra* : TGI Paris, 6 novembre 1973.

²⁷ Tribunal de Cologne, 7 mai 2012, Az.: 151 Ns 169/11.

²⁸ CA Liège, ch. jeun, 9 avr. 1981, *RT.Dt. familial* 1982.327 s., spéc. p. 333.

²⁹ Malgré son caractère mutilant, il n'existe cependant, dans le droit positif, aucune forme de procès fait à la circoncision, tel que cela existe pour l'excision.

³⁰ TGI Paris, 6 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974.1.299, note P. BARBIER.

³¹ Convention de l'Organisation des Nations Unies, relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

³² CA Paris 29 septembre 2000, *D.* 2001 1585 note C. DUVERT, voir également : Cass 1^{ère} civ 26 janvier 1994. *D* 1995 Jur. p 226 note C. CHOAIN.

lors qu'est démontrée une atteinte à l'intégrité corporelle de la victime. Cependant la qualification est affaire de degré et fait varier la réponse pénale en fonction de la gravité de l'atteinte. Par conséquent la simple constatation d'un dommage, aussi mineur soit-il permet d'établir la matérialité de l'infraction. De ce fait la pratique de la circoncision est une pratique susceptible de faire l'objet d'une répression au titre de l'infraction de violences volontaires³³.

La circoncision constitue une mutilation génitale et peut donc recevoir une qualification criminelle. Dans l'éventualité où la Cour de Cassation se prononcerait en faveur de la répression de la circoncision, cet acte tomberait sous le coup de l'incrimination de violences volontaires ayant entraîné une mutilation. Par ailleurs, la Cour de cassation a déjà pu qualifier la circoncision de « voie de fait » étant donné l'atteinte à l'intégrité physique³⁴. Dans le cas où la qualification de mutilation ne serait pas retenue, la circoncision pourrait également recevoir la qualification de violence délictuelle pour violences pratiquées sur un mineur de quinze ans³⁵. La technique pénale est ainsi faite que la loi pénale couvre toute atteinte à l'intégrité³⁶. Ainsi, le régime juridique de l'acte de circoncision diffère, sans justification, de celui de l'excision. Il introduit une incohérence dans la politique pénale en ce qu'elle soumet deux actes de même nature à deux traitements juridiques de nature différente.

Droits fondamentaux, diversité culturelle et droits de la Convention. La grande majorité des pays occidentaux est confrontée à ces comportements. Les réponses pénales varient énormément. Elles s'accompagnent toutes d'inconvénients équivalents. Il n'existe pas, en Europe, aujourd'hui un traitement juridique convainquant du fait culturel. Le fait, pour l'État, de devoir protéger des comportements culturellement inspirés portant atteinte à ses valeurs fondamentales, c'est lui demander, le plus souvent, de porter atteinte à des droits fondamentaux au nom d'une certaine reconnaissance de la diversité culturelle. Aussi, l'exigence de reconnaissance de la diversité imposée par le droit européen ou international trouve ses limites dans le respect des droits fondamentaux. Plusieurs droits de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme permettent d'exprimer, de conserver ou de transmettre une identité culturelle. Toutefois la prise en compte de la spécificité culturelle ne signifie pas pour autant que l'État ne puisse interdire certaines pratiques qui seraient contraires aux droits

³³ Cette configuration peut s'illustrer par l'article R. 624-1 du code pénal qui définit la contravention de quatrième classe d'atteinte volontaire à l'intégrité de la personne sans qu'il en soit résulté d'incapacité totale de travail. Cet article illustre le fait que l'élément qui permet de constituer l'infraction est bien le constat du dommage et non pas son intensité.

³⁴ Cass 1ère civ 26 janvier 1994. *D.* 1995 Jur p 226 note C. CHOAIN.

³⁵ Article 222-13 du code pénal.

³⁶ Si l'on évacue la question des atteintes consenties tels que les sports violent, ou encore les atteintes consenties dans le cadre de la chirurgie plastique.

fondamentaux³⁷. D'autre part, il est acquis que l'État membre de la Convention, doit assurer à toute personne placée sous sa juridiction, le respect effectif des droits de la Convention. Ce dernier est responsable quand bien même la violation des droits fondamentaux aurait eu lieu au sein de la sphère familiale ou domestique³⁸. Ce faisant, la Cour, par sa jurisprudence, impose un effet horizontal aux obligations imposées aux états membres. Elle crée ainsi une sorte de *Drittwirkung* de la Convention en interdisant par exemple, dans le droit interne d'un État, que puisse être possible l'administration, y compris par des personnes privées, de peine ou traitements inhumains ou dégradants contraires à l'article 3 de la Convention, en particulier à des enfants, y compris dans le cadre familial³⁹. Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne, bien qu'elle ne se prononce pas expressément sur la circoncision, elle laisse à penser que cette pratique pourrait faire l'objet d'une répression⁴⁰.

2 – L'excision

La problématique que fait naître l'excision. La culture d'origine africaine génère une pratique qui entre en confrontation directe avec une autre culture. L'excision constitue l'« infraction culturelle » par excellence⁴¹. Elle est à

³⁷ Commission, *Sept personnes c. Suède*, requête n°8811/79, décision du 13 mai 1982, D.R, 29, p. 117 : la Cour européenne des droits de l'homme est venue réduire la liberté d'éducation de parents, par ailleurs membres d'une congrégation protestante, dans la mesure où ces derniers infligeaient à leurs enfants des châtiments corporels, qui selon eux, s'imposaient conformément aux préceptes que leur imposait leur foi. A cette occasion la Cour avait validé la législation litigieuse visant à protéger l'intégrité corporelle des enfants dans la mesure où celle-ci visait à « protéger des éléments réputés faibles et vulnérables dans la société ».

³⁸ CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A, vol 95, (§23).

³⁹ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La portée du droit des minorités par la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2006.

⁴⁰ CEDH, *A c. RU*, 23 sept 1998, Rec, 1998-VI, (§22), à propos de coups de bâtons donnés par un parent à son beau-fils. La Cour ne néglige pas pour autant l'aspect préventif, elle a pu juger que « les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'État, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne ». Toutefois pour que l'État puisse être considéré comme responsable des atteintes à l'intégrité envers les enfants, encore faut-il que les autorités nationales soient saisies en ce sens. Or dans le cas de la circoncision, les poursuites ne sont que très rarement engagées.

⁴¹ Ce rite est pratiqué initialement par les sociétés issues de l'Afrique du nord-est : Soudan, Érythrée, Djibouti, Somalie et plus exceptionnellement au Mali et au Nigéria. Cependant, suite aux mouvements migratoires, cette pratique s'est étendue sur le territoire européen. La pratique de l'excision est indépendante de la religion musulmane. Il est établi que l'excision est un rite antéislamique. En outre il n'existe aucune mention de ce rituel dans le Coran. Cependant il arrive que l'excision soit revendiquée par certaines familles comme un impératif religieux. Dans ce cas, la fonction de ce rite est détournée. L'excision est utilisée pour préserver certaines valeurs véhiculées par l'islam, telles que la virginité, la chasteté. La récupération de ce rite par

elle seule une interrogation sociétale et fait résonner le désaveu de l'opinion publique. Par son caractère extrême elle met en exergue le conflit de normes et interroge sur les valeurs fondamentales protégées par les droits de l'homme⁴². Les pouvoirs publics ont dès les années soixante-dix, choisi d'appréhender cette pratique à travers la voie judiciaire. La Cour de cassation va d'abord criminaliser l'excision, puis la qualifier de mutilation génitale. Par conséquent elle est appréhendée par l'article 222-7 du code pénal réprimant l'infraction de « violences ». De surcroît, les procès en excision sont des procès embarrassants. Ils témoignent d'un malaise apparent dans la mesure où la culture interfère dans l'application des normes par le juge. C'est justement parce que cette infraction touche aux intérêts et aux valeurs fondamentales défendues par la société d'accueil qu'elle fait l'objet d'une répression sévère⁴³. Loin de vouloir légitimer l'excision, il conviendra cependant de constater que cette répression demeure stérile⁴⁴.

La signification du rite. Initialement ce rite avait pour finalité la différenciation des sexes⁴⁵. Il consistait en le retrait de ce qui s'apparentait à un signe de virilité. Le clitoris étant associé à la verge, symbole de l'autorité masculine, « *la pratique de l'excision s'appuie sur la volonté d'ôter à la femme ce qui pourrait constituer une assise psychologique à un quelconque exercice du pouvoir* »⁴⁶. Le rite est par conséquent une condition d'accès à un statut social : celui de la femme soumise à l'autorité de l'homme. C'est pour pouvoir assumer le statut qui lui est destiné et pour adopter le comportement auquel elle doit se conformer qu'est façonné de cette manière le sexe féminin⁴⁷. Sur un plan moins

la religion musulmane lui confère une assise religieuse. De ce fait la pratique de l'excision bénéficie d'une légitimité renforcée au sein des communautés musulmanes.

⁴² A-R FAVRETTO, « Infibulation : un problème nié ? Quelques brèves notes sur le problème des mutilations sexuelles en Italie », *Droit et Cultures*, 1993, n°25, L'Harmattan, Paris, p. 147.

⁴³ J. DUBOIS, « Une violence sacralisée – La judiciarisation de l'excision », E. LE ROY et T. VON TROTHA (dir), *La violence et l'État. Formes et évolution d'un monopole*, L'Harmattan, Paris, 1981.

⁴⁴ *Cf infra*.

⁴⁵ Il existe plusieurs types d'excision allant de la mutilation légère à l'ablation complète de l'utérus. L'excision la plus légère peut consister en une simple coupure du clitoris. L'excision peut ensuite consister en une ablation du capuchon clitoridien (aussi appelée excision sunna). L'excision élargie est, quant à elle, la plus répandue ; elle consiste en l'ablation de la totalité du clitoris ainsi que des petites lèvres. Enfin, la plus douloureuse est l'infibulation (aussi appelée circoncision pharaonique au Soudan) qui consiste en l'excision élargie accompagnée d'une fermeture de l'orifice vaginal par suture des grandes lèvres. Enfin, bien que ce rite se pratique en général sur des filles âgées de moins de quinze ans, il peut arriver que l'excision soit pratiquée sur des femmes adultes comme sur des nourrissons.

⁴⁶ S. FAINZANG, « Excision et ordre social », *Droit et Cultures*, 1990, p. 17, qui est en fait une recherche sur la pratique de l'excision en France en milieu immigré (enquête menée en 1983 à la demande du ministère des Droits de la femme auprès des familles africaines immigrées soninke et bambara).

⁴⁷ I. GILLETTE-FRENOY, *L'excision et sa présence en France*, Ed GAMS, Paris, 10992, p. 185.

théorique, l'excision a pour conséquence de supprimer toute sensation de plaisir lors de l'acte sexuel et transforme le sexe féminin en réceptacle uniquement destiné à donner la vie. En effet, l'excision permet à la femme de se dévouer à la gestation qui constitue l'unique domaine dans lequel elle est valorisée dans les communautés soumises à un ordre culturel dans lequel l'acte d'excision est au cœur de la tradition⁴⁸.

Excision et circoncision. Il n'existe pas d'équivalence entre la circoncision et l'excision. En revanche, depuis l'origine de cette pratique, ces deux rituels d'identification sexuelle sont aussi indispensables l'un que l'autre d'un point de vue anthropologique. Ils se pratiquent en miroir. Toutefois, avec l'islam, l'excision et la circoncision cessent d'être un rituel de différenciation des sexes et des statuts sociaux. Cette pratique devient la marque d'une appartenance religieuse⁴⁹. Contrairement à sa signification originelle, l'excision est aujourd'hui instrumentalisée. Elle constitue d'avantage un moyen pour l'homme d'asseoir son autorité⁵⁰.

Une répression sévère. Le procès en excision divise quant au sort à réserver aux parents des jeunes filles excisées ainsi qu'à l'exciseuse. A titre d'exemple, lors d'un des nombreux procès d'excision qui ont eu lieu dans les années quatre-vingt-dix, le ministère public avait choisi la voix de la correctionnalisation et d'une répression mesurée⁵¹. En revanche la Cour décida de condamner l'exciseuse à cinq ans de réclusion criminelle et les parents à trois ans de prison dont deux avec sursis pour complicité à l'excision de leurs six petites filles. Le malaise provient certainement davantage de la politique criminelle que de l'analyse de la Cour de cassation qui suivait à l'époque le raisonnement issu de la loi de 1981⁵².

L'excision est une violence ayant entraîné une mutilation. Déjà en 1983, la Cour de cassation qualifiait l'excision de mutilation⁵³. Selon une définition

⁴⁸ J. DUBOIS, « Les impensables de la judiciarisation de l'excision », E. EUDE-ANTOINE (dir), *L'immigration face aux lois de la République*, Karthala, Paris, 1992, p. 156.

⁴⁹ H. GIORDAN, « Les minorités ethnico-sociales entre le terrorisme et le silence », A. FENET et G. SOULIER (dir), *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, L'Harmattan, Paris, 1989, p. 185.

⁵⁰ M-J BOURDIN, « Tu ne couperas point », E. RUDE-ANTOINE (dir), *L'immigration face aux lois de la République*, Karthala, Paris, 1992, p 176 à 187 : il a été démontré que le caractère « rituel » de l'acte tendait à disparaître. L'excision a été détournée de sa fonction première et dépasse le simple marquage des corps pour devenir une véritable mutilation (il est frappant de constater une disparition de la pratique de l'excision symbolique qui consiste en une simple coupure du clitoris, au profit de la généralisation de l'infibulation).

⁵¹ Crim 9 mai 1990 (Droit pénal, nov. 1990, n° 291, non publié au Bulletin).

⁵² G. LEVASSEUR, « Qualification criminelle de l'excision », *RSC*, 1991, p. 565.

⁵³ Affaire D. RICHER-PEYRICHOUT (n°85192 616 B) du 20 août 1983 citée dans G. LEVASSEUR, « Qualification criminelle de l'excision », *RSC*, 1991, p. 565 : « *Les faits relevés, à les supposer établis, réuniraient à la charge de l'inculpée les éléments constitutifs du crime de violence*

purement médicale, la mutilation consisterait en la « perte partielle ou complète d'un membre ou d'un organe externe »⁵⁴. Selon une définition plus commune la mutilation est définie comme l'« ablation » ou la « détérioration » d'un membre ou d'une partie externe du corps⁵⁵. L'ancien article 310 du code pénal assimilait la mutilation à une amputation ou à la privation de l'usage d'un membre. Le nouveau code pénal reprit le terme mutilation qui est désormais à concevoir de manière plus large. La mutilation se caractérise par son irréversibilité ce qui en fait en médecine un acte grave⁵⁶. Conformément à ce postulat, la jurisprudence a établi que la ligature des trompes ne pouvait pas être qualifiée de mutilation dans la mesure où son caractère irréversible faisait défaut⁵⁷. D'un point de vue médical, il est communément admis que l'excision désigne « *toutes les interventions aboutissant à une ablation partielle ou totale des organes génitaux externes de la femme ou toute autre lésion des organes génitaux féminins pratiquée à des fins non thérapeutiques* »⁵⁸. En outre, la Cour a eu l'occasion d'affirmer le caractère foncièrement mutilant de l'excision⁵⁹, qu'elle assimile d'ailleurs à la castration⁶⁰.

Sur la réalité de l'intention coupable des violences volontaire. L'élément moral de l'incrimination de violences reste distinct de l'intention coupable de torture et acte de barbarie. Certains auteurs, à propos de l'infraction de violences volontaires, sont même allés jusqu'à affirmer l'absence d'intention de porter atteinte à l'intégrité physique dans le cas de l'excision⁶¹. L'élément psychologique consiste à se représenter mentalement les faits tels qu'ils sont

exercées par une mère légitime sur un enfant de moins de quinze ans et ayant entraîné au sens de l'article 312 alinéa 3 du code pénal, une mutilation ».

⁵⁴ Dictionnaire de médecine, Flammarion, abris, 1985.

⁵⁵ Dictionnaire Le Robert, Paris, 2006.

⁵⁶ Aussi l'article R.4127-41 du code de la santé publique pose l'interdiction suivante : « *aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement* ».

⁵⁷ Crim. 19 janv. 2005, no 03-87.210, D. 2006, pan. 1200, obs. Galloux, *Dr. pénal* 2005. Comm. 55, obs. VERON : « *a justifié sa décision la cour d'appel qui, pour confirmer une ordonnance de non-lieu dans des poursuites exercées contre un médecin accoucheur du chef de violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, pour avoir, sans leur consentement, procédé à une ligature des trompes de deux de ses patientes, a constaté que le caractère criminel de l'infraction ne pouvait être retenu, les victimes n'étant, d'une part, ni mutilées, ni infirmes permanentes, au sens de l'article 222-9 du code pénal, et, d'autre part, leur stérilité étant réversible* ».

⁵⁸ HCDH, OMS, ONUSIDA, PNUD, UNCEA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM. Éliminer les mutilations génitales féminines : Déclarations interinstitutions. Genève : OMS ; 2008 : 22–7. Ce document est disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/fgm/9789241596442/fr/index.html> – consulté le 29 décembre 2011.

⁵⁹ Crim. 20 août 1983, no 83-92.616, Bull. crim. no 229 ; Crim. 9 mai 1990, *Dr. pénal* 1990. Comm. 291 ; Paris, 10 juill. 1987, D. 1987, IR 197, RSC 1989. 108, obs. LEVASSEUR.

⁶⁰ Crim. 16 nov. 2004, no 04-85.318, *Dr. pénal* 2005. Comm. 22, obs. VERON.

⁶¹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et cultures*, 20, 1990, p 201.

incriminés par la loi. Par conséquent lorsque l'image légale concorde avec l'image psychologique de l'auteur, l'intention coupable est constituée. Toutefois dans le cas de l'excision il n'existerait pas de correspondance entre l'image de légale et l'image psychologique. L'image légale correspondrait à une mutilation pour amputer, alors que l'image psychologique correspondrait pour sa part à une circoncision (féminine) bénéfique. L'amputation est synonyme de perte au sens de la loi, alors que la mutilation, au sens de la tradition africaine, est signe d'embellissement quand bien même il faudrait passer par une étape douloureuse. Il s'agit bien là de l'intention et non pas des mobiles, car si l'on comparait l'excision à l'euthanasie, l'auteur de l'homicide a bien conscience qu'il tue quand bien même son mobile serait honorable. Or l'auteur de l'excision considère pour sa part, non pas qu'il mutile mais qu'il circoncit. Du reste, « *dégradation pour les uns, purification ou traitement salvateur pour les autres, toute suppression ou déformation délibérée d'une partie du corps ou altération d'une fonction physiologique ne revêt de signification que par référence à un code socioculturel donné* »⁶².

La qualification criminelle de l'excision. La chambre criminelle a opté pour une qualification criminelle en considérant que l'excision constituait en des violences volontaires entraînant une mutilation, pratiquée sur des mineurs de moins de 15 ans et, le plus souvent, avec la participation ou la complicité des parents⁶³. Ainsi, dès les premières affaires, la répression est exemplaire⁶⁴. Toutefois, la première affaire jugée par la Cour de cassation n'était pas une affaire d'excision rituelle. Il s'agissait en fait d'une jeune femme atteinte de déséquilibres psychologiques ayant mutilé le sexe de son enfant dans un accès de folie⁶⁵. Cependant la Cour a persévéré dans sa jurisprudence, elle pose le principe d'une répression marquée et refuse de prendre en compte le caractère essentiellement culturel de l'acte notamment au stade de la détermination de la peine⁶⁶. Cette forte répression met en avant la volonté de protéger des personnes vulnérables, mais elle manifeste aussi la réprobation des sociétés occidentales face à cette pratique.

⁶² M. ELRICH, « Notion de mutilation et criminalisation de l'excision en France », *Droit et cultures*, n°20, 1990, p. 150.

⁶³ Article 222-8 à 222-12 c. pén, ancien art. 310 et 312 c. pén.

⁶⁴ Crim. 10 août 1983, Bull. crim. n° 229, n° 1-II ; Crim. 22 avr. 1986, Bull. crim. n° 136, RSC, 1986.851, n° 2 ; Crim. 3 mai 1988, Bull. crim. n° 188, RSC 1989.108, n° 3-a et 112 n° 5-b ; Paris 10 juill. 1987, D. 1987.IR. 197, RSC 1989.109, n° 3-b).

⁶⁵ Crim. 10 août 1983, Bull. crim. n° 229, RSC 1984.73, n° 1-II.

⁶⁶ Crim 9 mai 1990 (Droit pénal, nov. 1990, n° 291, non publié au Bulletin) : une affaire dans laquelle six filles avaient été excisées, les parents de celles-ci, ainsi que l'exciseuse avaient été traduits devant la cour d'assises, quand bien même le ministère public avait exprimé sa préférence pour la correctionnalisation. Les sanctions pénales sont élevées, dans cette affaire l'exciseuse a par exemple été condamnée à cinq années de réclusion criminelle.

B.– Les infractions réprimant l’expression d’une identité culturelle

Les infractions réprimant un mode de vie traditionnel mettent en perspective la problématique issue de l’articulation entre les valeurs dites Républicaines et la diversité culturelle. Les comportements en causes, font retentir l’alarme sociale et sont perçus avec hostilité par l’opinion dominante. C’est parce qu’ils menacent la construction d’un « vivre ensemble » que le droit pénal apporte sa contribution en les sanctionnant. La loi dite « *anti-burqa* » entend garantir une certaine conception de la vie en société (1). Il en va de même des incriminations visant des modes de vies qui s’écarteraient de la « norme républicaine » (2).

1 – L’infraction de dissimulation du visage

L’infraction de dissimulation du visage, une infraction de comportement. Ce comportement est perçu par les pouvoirs publics comme une véritable atteinte aux valeurs républicaines⁶⁷. Elle interroge sur la nature de l’ordre public et son rapport à la culture⁶⁸. En l’espèce la loi pénale incrimine une conduite qui vise une manière de se vêtir. Cette conduite consiste, pour le sujet, à vivre en harmonie avec sa culture (la culture intégrant ici le culte)⁶⁹. D’autre part, il est difficile pour les immigrés en situation d’isolement culturel, d’acquiescer la conscience du caractère illicite de certains faits, et ce même lorsque ce caractère est évident pour le commun des citoyens.

La sécurité : un fondement paravent. L’interdiction est le reflet d’une volonté politique inavouable⁷⁰. Si l’interdiction était réellement fondée sur la sécurité alors une interdiction circonscrite dans le temps ou dans l’espace aurait suffi. En conséquence, le Conseil d’État a dégagé deux dispositifs dans son *Étude relative aux possibilités d’interdiction du port du voile intégral*⁷¹. Le premier consisterait « à affirmer et à étendre les possibilités d’interdiction de la dissimulation du visage pour prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens, dans le cadre de l’exercice des pouvoirs de police générale du préfet

⁶⁷ A. BERNARDI, « Le droit pénal, bouclier ou épée des différences culturelles ? », in *Les droits de l’homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Bruxelles, p. 531.

⁶⁸ M-C. FLOBETS, « 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*, 35, 1998/1, p. 195.

⁶⁹ CEDH, *S.A.S c/ France*, 1^{er} juillet 2014, n°43835/11, (§139) : la requérante expliquait que la tradition sunnite prescrivait aux femmes de se couvrir le visage en public. La Cour reconnaît ici la qualité de victime de la requérante dans la mesure où celle-ci est obligée « de changer de comportement sous peine de poursuites ».

⁷⁰ Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel, n°2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Dalloz* 2011. 1166.

⁷¹ Conseil d’État, 30 mars 2010, *Étude relative aux possibilités juridiques d’interdiction du port du voile intégral*.

et, le cas échéant du maire ». Ainsi le Conseil d'État préconisait d'élargir une compétence de police administrative⁷². Le second dispositif consisterait à proscrire la dissimulation du visage lors de l'entrée et de la circulation dans certains lieux. Il s'agirait ainsi d'une interdiction permanente dans certains lieux désignés par voie législative ou réglementaire. Ce dispositif viserait également à proscrire la dissimulation du visage dans le cas où la délivrance de certains biens ou services imposerait l'identification des individus. De plus, le droit antérieur à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, offrait déjà certains dispositifs d'identification ponctuelle des personnes tels que les contrôles d'identité et les vérifications d'identité prévues par le code pénal, ou encore les règles propres à la réalisation de certains documents d'identité (photographies tête nue) ou à l'accomplissement de certaines démarches officielles (mariage, vote).

L'inapplicabilité du principe de laïcité. Le principe de laïcité impose à l'État le respect de toutes les croyances⁷³. De ce fait les croyances doivent être placées sur un pied d'égalité et donc bénéficier d'un égal traitement⁷⁴. Une interdiction du port des signes religieux dans l'espace public sur le fondement du principe de laïcité aurait été légitime⁷⁵. L'interdiction n'aurait pas souffert de ce caractère discriminatoire dont elle fait preuve. Elle aurait abouti à un traitement égalitaire des expressions religieuses. En effet il aurait fallu par conséquent interdire tous les signes religieux dans l'espace public, ce qui aurait abouti à ce que les turbans sikhs, les kippas, les soutanes des pasteurs, les scapulaires des religieuses, ne soient plus tolérés dans les rues. Il aurait encore fallu établir la différence entre l'habit traditionnel et l'habit religieux, puis réunir ces derniers dans une circulaire destinée aux forces de l'ordre. Cependant le principe de laïcité ne s'impose qu'aux institutions publiques et a vocation à jouer dans les rapports entre les collectivités publiques et les religions. Ce principe ne peut être imposé à un individu que dans le cas où il ferait partie d'un service public et donc dans le cas où il serait soumis à une obligation de neutralité⁷⁶. Par conséquent la loi fondant l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public ne pouvait pas s'appuyer sur le principe de laïcité.

La création d'une représentation négative. L'habit traditionnel est en général perçu comme un signe d'appartenance à une communauté religieuse ou à une culture. Cependant l'habit traditionnel féminin issu de la religion musulmane fait l'objet de diverses interprétations auxquelles ne se prêtent pas d'autres couvre-chefs traditionnels tels que le turban sikh, ou encore la kippa. Ainsi on

⁷² Article L. 2212-2 et L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales.

⁷³ L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP* n°2 p. 427.

⁷⁴ C. EBERHARD, « Droit, laïcité et diversité culturelle. L'État français face au défi du pluralisme », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 54, 2005.

⁷⁵ H. FULRICHON, « Laïcité : un principe, des valeurs », *Dalloz* 2015, p. 274.

⁷⁶ J. SAYAH, « La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004 », *RDP* n°4, p. 915.

constate que le fait d'incriminer un comportement s'accompagne généralement de la création de représentations négatives de celui-ci⁷⁷. Aussi, la Cour européenne des droits de l'homme a à plusieurs reprises relevé que le foulard islamique était porteur de valeurs en général contraires aux valeurs que défend la Convention⁷⁸. A titre d'exemple la Cour a pu juger que le foulard « *dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique, (...) est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes* »⁷⁹. Toutefois, d'un point de vue anthropologique, les juges laïcs sont-ils qualifiés pour interpréter la symbolique d'un signe religieux ? Le Conseil d'Etat ne s'est jamais aventuré à poser une interprétation du voile intégral ou du foulard islamique. Sur ce point le Commissaire au gouvernement Schwartz a déclaré qu'il n'appartenait pas au juge ni à l'administration d'interpréter le signe qu'est le foulard, « *c'est-à-dire d'entrer dans l'interprétation des religions* »⁸⁰. Le sens du foulard islamique est moins évident à saisir que la jurisprudence ne le suggère. Effectivement le signe peut revêtir diverses significations ne serait-ce qu'en Europe occidentale⁸¹. Le port du voile ne peut être totalement réduit à un symbole de domination masculine⁸². Malheureusement le voile est devenu à la fois un symbole lié à l'identité culturelle, mais également le symbole d'une déclaration de séparation justifiée par la différence culturelle. Aussi, sanctionner ce vêtement, peut apparaître comme un refus des pouvoirs publics de prendre en compte la diversité des modes de vie traditionnels.

Le vouloir vivre ensemble ou la culture française. Finalement l'interdiction est fondée sur une conception du « vivre ensemble » et non sur un impératif de sécurité. Cette conception de l'espace public peut-elle s'assimiler à

⁷⁷ J-B d'ONORIO, « Religions et Constitutions en Europe », *RDP* n°3, p. 715.

⁷⁸ La HALDE, Déclaration n°2008-193 du 15 sept 2008.

⁷⁹ CEDH (2^e Section), *Dahlab c. Suisse*, requête n°42393/98, décision du 145 février 2001. Également dans l'arrêt *S.A.S c. France*, la Cour fait mention du rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur « la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » qui qualifie cette pratique comme étant « aux antipodes des valeurs de la République » et constituant une « *négarion du principe de liberté parce que (le voile intégral) est la manifestation d'une oppression et que, par son existence même, il bafoue aussi bien le principe d'égalité entre les sexes que celui d'égale dignité des êtres humains* ». La Cour ajoute que le rapport retient « *que le voile intégral exprime le refus de toute fraternité par le rejet de l'autre et la contestation frontale de la conception française du vivre ensemble* », CEDH, grande chambre 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c/ France*, n° 43835/11.

⁸⁰ Conclusions sous CE, 10 juillet 1995, *Ministre de l'éducation nationale c. Melle Saglamer*, *AJDA*, 1995, p. 644.

⁸¹ F. DASSETTO, *La construction de l'Islam européen – Approche socio-anthropologique*, Paris, L'Harmattan, 1996.

⁸² J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 133 : pour certaines jeunes musulmanes il peut être un moyen de s'affirmer à la fois en tant que femme appartenant à la communauté musulmane mais également en tant qu'étudiante impliquée dans la vie de la collectivité par exemple.

la culture ? Si l'on considère que l'ordre public est inspiré d'un ordre culturel, alors il s'agirait en quelque sorte d'un processus d'acculturation initié par les pouvoirs publics⁸³. Il semble qu'au regard de la législation française, l'intégration à la société française et à sa culture nécessite incontestablement l'abandon de ce vêtement qu'est le voile intégral⁸⁴. Ainsi la gestion des particularismes culturels paraît contestable. Il paraît regrettable que la pratique du voile intégral bien que « moralement consternante », ne soit désormais plus régulée par les codes implicites de civilité⁸⁵.

2 – L'incrimination d'un mode de vie traditionnel

Polygamie et valeurs républicaines⁸⁶. Les unions polygamiques sont autorisées dans de nombreux pays desquels proviennent un nombre important de flux migratoires⁸⁷. En France cet état marital est prohibé. Selon la circulaire du 8 février 1994 : « *la prohibition de principe de l'état de polygale se fonde sur le respect nécessaire des valeurs républicaines, du droit des femmes et de l'intégration des enfant* »⁸⁸. Toutefois, il n'a pas toujours été ainsi en 1980, le Conseil d'État avait admis l'installation de familles polygames sur le territoire français⁸⁹.

L'infraction de polygamie. L'infraction de polygamie est une atteinte à l'état civil⁹⁰. Si l'étranger est soumis à la loi du pays s'agissant de son statut personnel⁹¹, cette loi étrangère peut être évincée lorsqu'elle est considérée comme non conforme aux exigences de l'ordre public. C'est le cas s'agissant de l'union

⁸³ E. ROYER, « Porter la burqa ou s'intégrer : il faut choisir », *AJDA* 2008. 1918.

⁸⁴ La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité considère, dans une délibération du 15 septembre 2008 (n° 2008-193), le port de la burqa est incompatible avec le suivi d'une formation linguistique obligatoire en vertu d'un « contrat » d'accueil et d'intégration (CAI).

⁸⁵ J-P FELDMAN, « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *Recueil Dalloz* 2010 p. 387.

⁸⁶ La polygamie est le fait pour un homme ou une femme d'avoir plusieurs conjoints. La situation la plus couramment rencontrée est la polygynie, il s'agit d'un homme ayant plusieurs épouses.

⁸⁷ Liste des pays dont la loi interne autorise la polygamie : Afghanistan, Algérie, Angola, Arabie Saoudite, Bahreïn, Bangladesh, Bénin, Birmanie, Brunei, Burkina Faso, Cambodge, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Djibouti, Egypte, Émirats Arabes Unis, Gabon, Gambie, Guinée équatoriale, Indonésie, Irak, Iran, Jordanie, Kenya, Koweït, Lesotho, Laos, Liban, Libéria, Libye, Mali, Maroc, Mauritanie, Nigéria, Oman, Ouganda, Pakistan, Qatar, Sénégal, Somalie, Soudan, Sri Lanka, Swaziland, Syrie, Tanzanie, Tchad, Togo.

⁸⁸ Circulaire qui précise les conditions d'application de la loi du 24 août 1993 dite loi Pasqua.

⁸⁹ CE, 11 juillet 1980, n° 16596, arrêt *Montcho*, publié au recueil Lebon.

⁹⁰ Article 433-20 du code pénal, modifié par ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 – article 2 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Ce délit s'accompagne de l'annulation du mariage.

⁹¹ Article 3 du code civil.

polygamique. La loi pénale interdit la constitution d'une seconde union civile, alors qu'un premier mariage a eu lieu⁹².

Infraction de polygamie et droit à une vie familiale normale. La loi du 2 juillet 1998 relative à la maîtrise de l'immigration⁹³ formule pour la première un énoncé juridique protégeant directement et explicitement le droit de mener une vie familiale normale⁹⁴. Toutefois, l'infraction de polygamie confirme la non reconnaissance par le droit de la famille polygamique. Tout comme la famille homoparentale, la famille polygamique est considérée comme juridiquement anormale quand bien même elle pourrait être considérée comme normale par une communauté résidant en France. Ainsi, dans le même sens, le Conseil constitutionnel a précisé que la reconnaissance d'un droit à la vie familiale normale aux étrangers devait se concevoir au regard de la société d'accueil⁹⁵. La société française exclue fermement la famille polygamique. D'ailleurs l'on remarque l'inutilité de l'adjectif « normale ». En effet le terme est amplement versatile, l'existence de la vie familiale ne devrait-elle pas se mesurer « *que par rapport aux liens affectifs et effectifs entre les membres de la famille et non par rapport à la qualité juridique de ces liens* »⁹⁶ ? Tout comme le droit ne fait plus de distinction entre enfant légitime et naturel, la famille polygamie ne pourrait-elle pas être reconnue comme étant « normale » ? Enfin, il convient de relever que, le droit refusant de considérer la famille polygamique, lui impose une obligation de décohabitation, celle-ci entrant explicitement en contradiction avec le droit à la vie familiale normale, au regard de l'article 371-5 du code civil⁹⁷.

L'incrimination d'occupation sans titre du terrain d'autrui. L'article 53 de la loi du 18 mars 2003⁹⁸ a créé une nouvelle infraction consistant en « *le fait de s'installer en réunion, en vue d'y établir une habitation, même temporaire, sur un terrain appartenant soit à une commune, soit à tout autre propriétaire autre*

⁹² *A contrario*, n'est pas réprimé le second mariage célébré à l'étranger, après un mariage en France. Ainsi le second mariage régulièrement célébré à l'étranger n'entraîne pas l'application de l'infraction de polygamie.

⁹³ Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

⁹⁴ E. MILLARD, *Familles et droit public*, Thèse LGDJ, Paris, 1995, n°174.

⁹⁵ Conseil constitutionnel décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, considérant 77 : « *Considérant en septième lieu que les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution* ».

⁹⁶ F. MONEGER, « Le respect de la vie familiale pour lutter contre l'exclusion », *RDSS* 1999, p. 446.

⁹⁷ Article 371-5 du code civil créé par la loi n°96-1238 du 30 décembre 1996. Cet article est une des manifestations de ce droit à une vie familiale normale en ce qu'il prévoit que « *l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs* ».

⁹⁸ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, art. 53.

qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain »⁹⁹. Le Conseil valide la disposition au regard de la Constitution, en s'en tenant à un contrôle restreint affirmant que « le législateur n'a pas entaché d'erreur manifeste la conciliation qu'il lui appartenait d'opérer en l'espèce entre, d'une part, la protection de la propriété et la sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement protégées », au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile¹⁰⁰. La principale loi relative au traitement juridique des gens du voyage¹⁰¹ est la loi du 5 juillet 2000 modifiée à deux reprises pour y insérer l'incrimination de stationnement irrégulier sur le terrain d'autrui¹⁰², ainsi qu'une procédure d'évacuation forcée qui échappe désormais au juge¹⁰³. L'angle d'attaque de la loi est centré, non pas sur le mode de vie en lui-même, mais sur les conséquences de ce mode de vie pour l'ordre public et les tiers. Antérieurement à cette loi il n'existait qu'un volet législatif sécuritaire fortement discriminatoire relatif aux gens du voyage¹⁰⁴. Aussi cette loi introduit une obligation d'accueil des populations nomades qui s'est rapidement accompagnée d'une « contrepartie » sécuritaire en octroyant des pouvoirs toujours plus étendus aux autorités publiques notamment en matière de

⁹⁹ Art. 322-4-1 du code pénal (L. n° 2003-239 du 18 mars 2003, art. 53) « *Le fait de s'installer en réunion, en vue d'y établir une habitation, même temporaire, sur un terrain appartenant soit à une commune qui s'est conformée aux obligations lui incombant en vertu du schéma départemental prévu par l'article 2 de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage ou qui n'est pas inscrite à ce schéma, soit à tout autre propriétaire autre qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain, est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende. Lorsque l'installation s'est faite au moyen de véhicules automobiles, il peut être procédé à leur saisie, à l'exception des véhicules destinés à l'habitation, en vue de leur confiscation par la juridiction pénale* ».

¹⁰⁰ Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC : JO 19 mars : décision relative à l'art. 53 de la L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure qui insère les art. 322-4-1 et 322-15-1 C. pén.

¹⁰¹ C. LAVIALLE, « La circulation et stationnement des gens du voyage », *JCP*, 1992 Doc 3566, pour qui les gens du voyage constituent un groupe social minoritaire dont le particularisme tient à ce qu'ils se déplacent sur le territoire d'Etats par rapport auxquels ils sont étrangers bien qu'ils puissent avoir la qualité de nationaux de ceux-ci.

¹⁰² L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure qui insère les art. 322-4-1 et 322-15-1 C. pén.

¹⁰³ Dispositif résultant des articles 9 et 9-1 de la loi n°2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage modifiée par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

¹⁰⁴ On citera une loi de 1912 relative à la circulation des nomades abrogée par la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969, qui qualifiait les nomades de « voleurs de poules » et les appréhendait tels des délinquants de droit commun. A l'époque la liberté d'aller et venir des gens du voyage était soumise à la détention d'un carnet anthropométrique, voir en ce sens E. AUBIN, « L'évolution du droit français applicable aux Tsiganes. Les quatre logiques du législateur républicain », *Etudes tsiganes*, vol 15, 2001, p. 26.

stationnement irrégulier alors même que l'accueil des populations en cause est nettement insuffisant quantitativement et qualitativement¹⁰⁵.

La catégorie juridique des gens du voyage. La loi du 3 janvier 1969 relative au régime juridique applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, crée un statut juridique applicable aux personnes n'ayant « *ni domicile ni résidence fixe depuis plus de six mois dans un État membre de l'Union européenne* »¹⁰⁶. Cette loi crée une catégorie administrative relative aux « gens du voyage ». L'expression « gens du voyage » est une « *appellation donnée aujourd'hui aux personnes dont l'habitat traditionnel est constitué de résidences mobiles* »¹⁰⁷. Cette définition est confirmée par la loi¹⁰⁸. Les députés ont souhaité définir, à un moment donné, les gens du voyage de la façon suivante : « *des personnes identifiables faisant partie d'une communauté tsigane ou des personnes n'appartenant pas à ces communautés qui disposent d'un carnet de circulation mais qui n'ont ni domicile ni résidence fixe depuis au moins six mois*¹⁰⁹ ». Si cet amendement a pu être rejeté, il reflète l'esprit de la législation afférente aux nomades.

La création de représentations. Comme la plupart des faits culturels envisagés jusqu'à maintenant et plus encore, les populations nomades nourrissent une imagerie négative qui se reflète dans la législation qui leur est applicable¹¹⁰. Les nomades renvoient une image de l'errance qui est souvent mal perçue par les sédentaires¹¹¹. En réalité, ces populations sont peu nombreuses¹¹² et font pourtant l'objet d'un processus de catégorisation¹¹³. Le pouvoir réglementaire participe à la construction de ces figures collectives¹¹⁴. Une circulaire du ministère de

¹⁰⁵ La possibilité d'interdire le stationnement des gens du voyage sur le reste du territoire revient aux communes ayant créé des aires d'accueil prévues par le schéma départemental.

¹⁰⁶ L. n° 69-3 du 3 janv. 1969, des titres de circulation étant exigés des « *personnes âgées de plus de 16 ans qui logent de façon permanente dans un véhicule, une remorque ou tout autreabri mobile* ».

¹⁰⁷ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 8e éd., 2008, p. 442.

¹⁰⁸ L. n° 2000-614 du 5 juill. 2000 relative à l'accueil et l'habitat des gens du voyage qualifie les gens du voyage.

¹⁰⁹ Amendement n°42 insérant un article préliminaire (avant l'article 1^{er}), V. *JO déb. AN* 23 mai 2000, p. 4538.

¹¹⁰ J. MORANGE, *Les Libertés publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 1804, 4^e éd. 1990, p. 87.

¹¹¹ E. AUBIN, « Commentaire de la loi n°2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage », *AJDA* 2000, p. 822.

¹¹² Leur nombre est estimé entre 15 000 et 20 000 selon les chiffres issus du Rapport sur la situation des Roms migrants en France, 2009-2010, Paris : Collectif nationale des droits de l'Homme Romeurope, septembre 2010 p. 153.

¹¹³ M. DALIBERT, « Migrants Roms dans l'espace public : (in)visibilités contraintes », *Migrations et société* 2014/2 (N°152), p. 75-90.

¹¹⁴ Circulaire n° 78-802 du 16 mai 1978 du ministre de l'Intérieur sur la situation des gens du voyage.

l'intérieur a pu qualifier les populations nomades de « *Roms* »¹¹⁵. Aussi, l'infraction d'occupation illicite du terrain d'autrui vise quasi directement les gens du voyage¹¹⁶.

À situation différente, traitement défavorable. A deux reprises le Conseil constitutionnel a écarté, par un contrôle restreint, l'atteinte au principe d'égalité induite par le traitement juridique destiné aux gens du voyage¹¹⁷. Or l'atteinte à l'égalité est bien réelle et elle est consolidée par un régime juridique défavorable et à une procédure sévère d'évacuation forcée entièrement dédiés aux gens du voyage. L'injustice sociale qui frappe cette population est directement fondée sur la différence du mode de vie des gens du voyage¹¹⁸. En effet dès lors que l'habitat se constitue de résidences mobiles et que les sujets ont choisi un mode de vie itinérant, l'application des dispositions défavorables se trouve justifiée¹¹⁹, et ce alors même qu'il est acquis que la résidence mobile d'un nomade est assimilable au domicile¹²⁰. Malheureusement, toutes les garanties relatives au droit au respect du domicile ne trouvent à s'appliquer qu'au domicile en tant qu'il est fixe.

Une véritable atteinte aux conditions d'existence. Par une décision du 19 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a dégagé un objectif de valeur constitutionnelle consistant en le fait pour toute personne de disposer d'un

¹¹⁵ Ministère de l'intérieur, Circulaire du 5 août 2010 concernant l'évacuation des campements illicites.

¹¹⁶ Quand bien même l'infraction ne vise pas expressément une catégorie particulière de la population, il semblerait qu'elle soit destinée principalement aux gens du voyage. La doctrine a pu déceler à travers une étude minutieuse des termes du texte, qu'il s'adressait en fait exclusivement aux gens du voyage. Voir en ce sens E. GARÇON et R. OLLARD, Destructures, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes, fascicule unique, *JCI*. Pénal Code, 3 mars 2010, pour qui les articles 322-1 à 322-4-1 du code pénal, qui soulèvent en effet, que l'infraction ne semble sanctionner qu'une occupation lorsqu'elle a lieu sur un terrain, ceci excluant l'occupation d'un bien immobilier. En outre, ne sera sanctionner, uniquement l'occupation d'un terrain lorsque celle-ci a lieu en réunion. En outre, les auteurs affirment explicitement que « ce délit créé par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003, a été prévu pour une catégorie particulière de la population : les gens du voyage (v. R. ROUQUETTE, « Gens du voyage : accueil ou rejet ? » : Dr. adm 2007, étude n°19, spéc. pour les aspects répressifs n°30 et 31) ».

¹¹⁷ Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC : JO 19 mars : décision relative à l'art. 53 de la L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure qui insère les art. 322-4-1 et 322-15-1 C. pén., ainsi que la décision QPC ci-dessous.

¹¹⁸ E. AUBIN, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *AJDA* 2010, p. 2324.

¹¹⁹ Le Conseil constitutionnel affirme que parce que les situations sont différentes, l'égalité n'est pas rompue, la procédure trouve à s'appliquer. Il aurait tout aussi bien pu affirmer que des situations différentes n'impliquent pas nécessairement une différence de traitement (défavorable pour l'une des situations).

¹²⁰ TC, 27 juin 1996, Guignon, n° 1889, *AJDA* 1966. 517, note A. DE LAUBADÈRE.

logement décent. Ce droit à un logement décent est étroitement lié au droit à la vie familiale normale dans la mesure où cet objectif s'inspire directement de l'article 10 du préambule de 1946¹²¹. Par conséquent l'inapplication de cet objectif à la situation des gens du voyage, ne permet pas d'assurer le maintien de l'unité familiale aux gens du voyage¹²². Le droit à un logement décent se présente donc comme une condition indispensable à l'exercice du droit à une vie familiale normale¹²³.

Un mode de vie en mutation. On constate la sédentarisation croissante de certaines populations initialement nomades qui voient leur mode de vie muter. Ainsi certaines personnes séjournent dans un habitat constitué par une résidence mobile qui n'aura pas forcément vocation à se déplacer étant donné la sédentarisation de l'individu¹²⁴.

La France à contre-courant de l'esprit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue une réelle promesse de reconnaissance du « droit à la différence » de la plupart des minorités parmi lesquelles la minorité tsigane. Ce faisant, la Cour prend la mesure de la réalité actuelle du mode de vie des populations tsiganes¹²⁵. Les tsiganes demeurent des gens du voyage bien que leur mode de vie ne soit plus nomade.

¹²¹ « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

¹²² M. DOUDOUX, concl. Sous CE 6 décembre 1978, *GISTI*, préc, p. 493.

¹²³ CE 6 décembre 1978, *GISTI, Leb*, p 493, conc M. Doudoux ; Cons. Const 13 aout 1993, n°93-325 DC, *Maitrise de l'immigration*, considérant 70, préc.

¹²⁴ De ce fait, la distinction posée par le Conseil d'État ne prend pas en compte la complexité de la situation réelle, et peut donner lieu à des qualifications inexactes.

¹²⁵ CEDH, 18.1.2001 *Chapman c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 27238/95. Ici la Cour considère « *que la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tsigane de la requérante car cela s'inscrit dans la longue tradition du voyage de cette minorité. Tel est le cas même lorsque, en raison de l'urbanisation et de politiques diverses ou de leur propre gré, de nombreux tsiganes ne vivent plus de façon totalement nomade mais s'installent de plus en plus fréquemment pour de longues périodes dans un même endroit afin de faciliter l'éducation de leurs enfants, par exemple. Des mesures portant sur le stationnement des caravanes de la requérante n'ont donc pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur sa faculté de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition* ».

CEDH, 18.1.2001 *Beard c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 24882/94.

CEDH, 18.1.2001 *Coster c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 24876/94.

CEDH, 18.1.2001 *Jane Smith c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 25154/94.

CEDH, 18.1.2001 *Lee c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 25289/94.

Le refus de préserver un mode de vie traditionnel. L'application de l'infraction d'occupation sans titre du terrain d'autrui place généralement les nomades face à deux alternatives : partir, ou adopter un mode de vie sédentaire. Cette nouvelle infraction participe à la disparition de la tradition nomade dans la mesure où le stationnement des nomades est substantiel à la survie « matérielle et culturelle » de leur mode de vie¹²⁶. Cette incrimination pénale s'insère dans une politique globale qui pourrait s'apparenter à une tendance à l'assimilation forcée de certaines populations. Ceci conduit à s'interroger sur le processus d'intégration notamment au sein de la société française. L'intégration à la société française suppose-t-elle une uniformisation des modes de vie¹²⁷ ?

II.- La répression culturelle

Le facteur culturel pose une difficulté particulière au droit pénal. Dans un premier temps, il met en échec les mécanismes traditionnels de la répression pénale et de la loi. Dans un deuxième temps il revêt une dimension collective que le droit pénal pourrait peut-être envisager à travers la notion de la responsabilité collective qui permettrait d'élargir la répression à une communauté plus ou moins responsable (A). Enfin, les pouvoirs publics, pourraient également choisir d'écarter la responsabilité pénale du délinquant culturel et d'excuser la pratique culturellement motivée, sous condition, comme cela est déjà le cas s'agissant de certaines pratiques (B).

A.- Le droit saisi par le fait

Deux idées se dégagent de la répression pénale du fait culturel : d'abord il est question d'une inter-influence entre le fait culturel et la répression pénale de celui-ci (1), ensuite, il convient de s'interroger sur la possibilité de sanctionner différemment le fait culturel, autrement dit de l'envisagé d'un point de vue collectif (2).

1 – Les influences mutuelles entre répression pénale et fait culturel

Le facteur culturel exerce une influence sur la pratique juridictionnelle (a) ainsi que sur la sanction pénale (b), mais la répression culturelle exerce elle aussi certains effets sur les délinquants culturels (c).

¹²⁶ B. LEGENDRE, « Stationner aujourd'hui », *Études tsiganes*, 1986, n°1-2, p. 4.

¹²⁷ F. LEMAIRE « Existe-t-il un peuple dans la République », in *L'unité de la République et la diversité culturelle*, (dir) O. DESAULNAY et M. MAISONNEUVE, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016.

a – Les effets du facteur culturel sur la pratique juridictionnelle

La contrainte morale : une cause de non-imputabilité écartée. La contrainte morale s'exerce sur la volonté de l'auteur de l'infraction. Lorsqu'elle est externe, la contrainte résulte d'une pression, pouvant être le fait de tiers, exercée sur l'auteur, empêchant le plein exercice de son libre arbitre¹²⁸. Qu'en est-il de la pression exercée par le groupe social sur l'auteur d'une infraction culturelle ? Une partie de la doctrine a pu considérer que les conditions attachées à la contrainte morale étaient réunies dans le cas d'infractions culturelles¹²⁹. Il semblerait que certaines juridictions aient tenté vainement d'exonérer les auteurs de mutilations sexuelles au titre de la contrainte morale. Certaines décisions font ressortir les hésitations quant à la véracité de l'élément intentionnel des exciseuses¹³⁰. Également, dans une affaire d'excision pratiquée sur un enfant de cinq semaines ayant entraîné la mort¹³¹, les magistrats ont estimé dans le réquisitoire définitif, qu'il apparaissait ainsi établi « *que les époux Baradji avaient agi sous l'emprise d'usages coutumiers particulièrement contraignants et s'imposant pour eux de façon indiscutable* »¹³². Ainsi, si pour certains auteurs les conditions nécessaires à l'application de la contrainte sont réunies, la jurisprudence se montre, pour sa part, davantage exigeante¹³³.

¹²⁸ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, Seizième édition, Paris, 2009, p. 600.

¹²⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et Cultures*, 20, 1990, p. 201.

¹³⁰ Dans une décision d'incompétence rendue en 1987 par le tribunal correctionnel de Paris, le ministère public avait considéré qu'en matière d'excision, l'élément intentionnel de la mutilation était introuvable puisqu'il s'agissait « *d'excisions rituelles pratiquées à la demande des parents de nationalité malienne, subissant l'empreinte de leur culture ancestrale* », tout en admettant que « *l'application d'une coutume étrangère ne fait pas disparaître l'intention coupable* ». Ce fait justificatif est cependant écarté par le tribunal : « *vainement, le prévenu, qui ne discute pas le caractère volontaire des agissements, invoquerait-il la coutume ancestrale africaine, alors que, selon l'ordre public français, le mobile n'influe juridiquement ni sur l'existence de l'infraction et en particulier pas sur celui de l'intention, ni sur sa qualification* ».

¹³¹ Procès Baradji, Pontoise, mai 1988 cité par D. VERNIER, « Le traitement pénal de l'excision en France : historique », *Droit et cultures*, 20, 1990, p. 195-196.

¹³² D. VERNIER, « Le traitement pénal de l'excision en France : historique », *Droit et cultures*, 20, 1990, p. 195-196 (Chambre d'accusation dans l'affaire Baradji en 1988). Le renvoi devant les assises fut confirmé par la chambre d'accusation au motif que cette pratique si elle pouvait être ressentie comme une obligation coutumière dans le « cadre tribal d'origine », il n'en allait pas de même en France, pays dans lequel les trois accusés vivaient depuis plusieurs années.

¹³³ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Seizième édition, Economica, Paris, 2009, p. 209. La jurisprudence exige que la pression soit suffisamment lourde pour supprimer la liberté d'esprit de l'intéressé. Ainsi la condition tenant à l'irrésistibilité est difficile à apprécier dans la mesure où la victime de la contrainte morale conserve tout de même une parcelle, même infime, de liberté.

L'état de nécessité : un fait justificatif écarté. L'état de nécessité permet à celui qui se trouve dans une situation dans laquelle il n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale, d'échapper à sa responsabilité pénale¹³⁴. Pour se faire, l'agent ne doit pouvoir éviter un danger qu'en commettant une infraction. Le danger doit néanmoins présenter certaines caractéristiques : il doit être imminent et inévitable¹³⁵. Pour être retenu, l'état de nécessité suppose la démonstration par les juges du fond que le risque hypothétique de dommage était de nature à entraîner des conséquences bien plus importantes que le péril auquel le prévenu a exposé les tiers¹³⁶. Toutefois l'état de nécessité c'est avant tout le fait de choisir entre plusieurs valeurs et de décider de sauvegarder une valeur supérieure. S'agissant de l'infraction culturelle, le sujet est soumis à deux systèmes de normes, s'il fait un choix en faveur d'un système, il se trouvera inévitablement en porte à faux par rapport à l'autre système¹³⁷. Dans le cas des infractions culturelles la valeur désignée comme supérieure par les sujets est généralement la valeur culturelle, l'exclusion sociale étant perçue comme un danger actuel et imminent.

Le procès fait à un acte davantage qu'à un individu. Le prétoire pénal a pu être à plusieurs reprises un lieu de débat concernant certaines questions de société. Or ce dernier doit rester « *un lieu où l'on juge des comportements individuels et non un lieu où l'on débat de pratiques collectives* »¹³⁸. Lorsqu'il s'écarte de cette maxime, le procès tourne à vide. Il est une mécanique systématique dans la mesure où la politique criminelle ne peut en aucun cas s'accommoder d'un acquittement dans le cas de certaines pratiques culturelles. Acquitter l'auteur d'une infraction, pourrait être ressenti comme un quitus donné à cette pratique¹³⁹. La politique criminelle refuse, ce que la technique pénale aurait pu accepter, au nom de l'ordre public et des droits fondamentaux.

Le procès pénal tend à mettre à distance la dimension culturelle du différend. Le procès pénal suit un temps différent du temps ordinaire. Le temps du procès se situe en dehors du temps linéaire quotidien¹⁴⁰. Le discours juridique, lors du procès, est organisé de sorte qu'il épure la réalité de toutes ses

¹³⁴ Colmar, 6 déc. 1957 ; D. 1958. 357 note BOUZAT.

¹³⁵ Rennes, 25 février 1957 ; D. 1957. 338, note BOUZAT ; S 1957. 260.

¹³⁶ Crim. 25 juin 1958 ; D. 1958. 693, note M.R.M.P ; JCP 1959, note LARGUIER ; RSC 1959. 111, obs Légal.

¹³⁷ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et Cultures*, 20, 1990, p. 201 : pour qui le dilemme a quelque chose de l'état de nécessité : savoir quelle valeur sauvegarder.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 43.

contradictions pour la ramener à un comportement obligé qui nécessitera ou non l'application d'un régime juridique¹⁴¹.

Le caractère foncièrement sacré du rituel judiciaire. L'espace judiciaire est un espace sacré. Comme tous les rites, il ne peut se passer de mise en scène. Celle-ci participe de sa puissance, en témoigne la profusion des symboles présents dans l'enceinte judiciaire : l'espace clos qu'est la salle d'audience, l'ordre de parole des différents acteurs, la disposition des acteurs judiciaires dans l'espace, le serment ou encore la robe judiciaire¹⁴². Cette sacralisation du rite judiciaire en fait davantage une expérience émotionnelle que rationnelle. Le procès pénal donne ainsi lieu à une régénération de l'ordre. Il « réalise dans l'imperfection du monde et la corruption de la vie, une perfection temporaire et limitée »¹⁴³. Le fait culturel a en lui quelque chose de chaotique. Le procès pénal vise à réorganiser ce chaos « en lui donnant une structure, des normes et des formes »¹⁴⁴. Il « rassemble, dans un moment intense, toute l'histoire du groupe social en un monde immobile »¹⁴⁵.

b – Les effets du facteur culturel sur les fonctions et les effets de la peine

La fonction dissuasive de la peine rendue inefficace par le facteur culturel. L'interdiction issue du code pénal est presque toujours violée. En effet, l'individu est toujours plus sensible à la pression du groupe auquel il appartient, qu'à la norme dictée par le code pénal qui est ressentie de manière moins émotionnelle¹⁴⁶. De ce fait, il ressort de nombreux travaux, qu'aucun texte répressif ou qu'aucune solution judiciaire n'est en mesure d'aller à l'encontre de pratiques massives encrées au cœur de ce qui détermine une tradition¹⁴⁷. C'est la crainte de l'exclusion sociale qui nourrit la pratique et participe au fait qu'elle soit perpétuée et ce, le plus souvent, par les individus eux-mêmes fragilisés par ces

¹⁴¹ *Ibid.* Également voir juge des enfants, Créteil, 16 juillet 1984, Droit de l'enfance et de la famille, 1985-1986 p. 82, qui, saisi du cas d'une jeune malienne susceptible d'être excisée, avait considéré « qu'il n'y avait pas lieu à assistance éducative dans la mesure où le seul critère susceptible de mettre la jeune enfant en danger était d'ordre culturel et ne venait ni de la personnalité des parents ni des conditions de vie ».

¹⁴² A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 80.

¹⁴³ J. HUIZINGA, *Homo Ludens. Essai sur la fonction sociale du jeu*, Gallimard, 1951. Rééd. 1976, p. 30.

¹⁴⁴ M. ELIADE, *Le sacré et le profane*, Paris, Gallimard, 1965, rééd. 1975, p. 22.

¹⁴⁵ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris : Odile Jacob, 2001, p. 61-62.

¹⁴⁶ M-C. FLOBETS, « Les délits culturels : de la répression des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », *Droit et Cultures*, 35, 1998/1, p. 195 : « L'autorité exercée sur le sujet par la culture d'origine dans le processus de croissance de sa personnalité est trop importante pour être en mesure de se laisser guider par une autre norme de conduite ».

¹⁴⁷ *Ibid.*

rites. La pression du groupe sur l'individu se nourrit de la peur de l'exclusion sociale et de la perte de l'identité culturelle.

L'effet acculturant de l'infraction culturelle. Dans l'affaire *SAS c. France* la Cour reconnaît que la mesure oblige les personnes concernées « à renoncer totalement à un élément de leur identité, ainsi qu'à la manière de manifester leur religion »¹⁴⁸. Ceci est en fait le résultat d'un processus dont la loi pénale est à l'origine. C'est donc le refus d'assimilation au mode de vie de la société d'accueil qui conduit certaines communautés à l'exclusion sociale.

L'infraction culturelle ou la sanction de la normalité. Punir un acte d'intégration serait une incohérence au regard de la fonction du droit pénal qui est de punir un comportement déviant afin de protéger la société. Or l'infraction culturelle est constituée lorsqu'un acte criminel ou délictuel, a eu lieu dans le seul but de ne pas violer une norme du groupe d'appartenance. L'élément déviant du comportement anormal est ici constitué par la nécessité d'obéir à des normes de conduites « héritées de cultures ». Dans le cadre de l'infraction culturelle, l'action pénale punit un effort d'intégration¹⁴⁹.

c – Les effets de la répression culturelle sur les délinquants culturels

L'élaboration de catégories par la loi pénale¹⁵⁰. La prise en compte de l'altérité par le législateur ressurgit à un moment donné sous une forme plus subtile dans la formulation de l'incrimination par exemple. En effet, le législateur pour établir une ligne de partage entre ceux qui jouissent de la totalité de leurs droits et les « Autres », doit désigner la différence. Cela implique nécessairement un relevé des infériorités¹⁵¹. Ainsi l'édition d'un traitement discriminatoire débute par un processus de catégorisation des individus. La loi qualifie juridiquement une situation par identification. La catégorie représentera un ensemble auquel la loi attachera des conséquences juridiques particulières¹⁵². Notons à titre d'exemple que le législateur a introduit, dans l'infraction d'occupation du terrain d'autrui, une exigence tenant à la pluralité d'individus agissant en qualité d'auteur. Par conséquent, cette discrète condition de réunion

¹⁴⁸ CEDH, *SAS c. France*, 1 juillet 2014, (§139) ; n°43835/11.

¹⁴⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et cultures*, 20, 1990 p. 208 : « L'auteur d'une excision s'inscrit, lui dans le cadre de la normalité, mais d'une autre normalité. Aucune déviation ne le caractérise, bien au contraire. ».

¹⁵⁰ Les catégories juridiques ont pu être définies comme étant des « classes ou ensemble de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou tout autre norme attache des conséquences juridiques » selon D. LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, n°33, 27 et 28 mars 1992, spéc. p. 291.

¹⁵¹ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDG, Paris, 2003, p. 71.

¹⁵² M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges J. DABIN*, Tome I, Sirey, 1963, Paris p. 356.

tenant au mode d'installation sur le terrain d'autrui, destine l'incrimination en priorité aux gens du voyage, « qui ont pour spécificité d'établir leur habitation en groupe »¹⁵³. En ce sens l'identification des situations par la loi revêt un caractère subjectif dans la mesure où catégoriser revient à ne retenir que certains aspects faisant partie d'une réalité bien plus complexe et protéiforme. Ce faisant « *le droit offre une représentation partielle de la réalité sociale en façonnant ses catégories qui en fin de compte imposent une certaine vision et division du monde* »¹⁵⁴. S'agissant des auteurs d'infractions culturelles la loi retient un critère de catégorisation qui est celui du construit social.

L'incrimination pénale participe à la stigmatisation des différences. La tradition juridique française, d'inspiration postrévolutionnaire, s'oppose à la reconnaissance des particularismes quels qu'ils soient¹⁵⁵. Les mythes fondateurs de la République prônent l'homogénéité du corps social et s'opposent par conséquent à la construction formelle d'un droit des groupes. Cependant s'il n'existe pas formellement de distinction entre différents groupes ethniques ou religieux, la loi pénale a pu créer dans les faits une distinction de traitement. Comme vu ci-dessus, les différentes lois pénales incriminant diverses infractions dites culturelles, sont d'application générale et pourtant elles n'ont réellement vocation à s'appliquer qu'à une partie spécifique de la population. De surcroît la loi pénale consacre un traitement défavorable aux destinataires de la norme. Ainsi, il est dès à présent possible d'affirmer que ces différentes législations ont un caractère discriminatoire dans la mesure où elles établissent une distinction de droit ou de fait entre des individus ou des groupes aboutissant à une inégalité¹⁵⁶. La discrimination, parce qu'elle distingue de manière défavorable, participe à la stigmatisation des populations désignées implicitement par ces incriminations. En effet la stigmatisation est un processus dynamique de dévaluation qui discrédite significativement un individu aux yeux des autres¹⁵⁷. La stigmatisation d'un

¹⁵³ E. GARÇON et R. OLLARD, fascicule unique : « Destruction, dégradation et détérioration ne présentant pas de danger pour les personnes », *JCI*. Pénal Code, 3 mars 2010, qui précisent qu'un vagabond isolé ne s'exposerait pas aux peines de l'article 322-4-1 du code pénal, quand bien même il s'installerait pendant une longue durée sur un terrain appartenant à autrui.

¹⁵⁴ M. MOUTOUH, *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse (dir) D. DU BOIS DE GAUDUSSON, Bordeaux IV, 1996, Dactylographiée, spéc. p. 366

¹⁵⁵ Voir en ce sens l'avis de la Haute Assemblée du Conseil d'Etat du 6 juillet 1995 relatif à la Convention-cadre pour la protection des minorités, projet élaboré par le Conseil de l'Europe, dans lequel le Conseil d'Etat souligne que la notion de minorité ayant une identité ethnique est contraire au concept de peuple français et au principe d'indivisibilité de la République, qui conduisent à rejeter toute autre catégorie que le peuple français composé de tous les citoyens français, ECDE, 1995, p. 397.

¹⁵⁶ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, (dir) A-J. ARNAUD, LGDJ deuxième édition, Paris 1993, p. 185.

¹⁵⁷ E. GOFFMAN, *Stigma : Notes on the management of spoiled identity*, Prentice-Hall, 1963 p. 14. Selon cet auteur, parmi les différentes formes de stigmates, il existe une forme de stigmatisation liée aux groupes ethniques et à la nationalité, ou encore aux religions, perçus

individu intervient lorsqu'il présente une variante relative par rapport aux modèles offerts par son proche environnement¹⁵⁸. Par conséquent, le voile, le nomadisme, la polygamie ou encore certains rites tribaux, prennent la forme d'un attribut discriminant et affectent souvent l'identité sociale et culturelle du groupe en cause.

L'effet marginalisant de la législation pénale à l'encontre des divers sujets manifestant un aspect de leur identité culturelle. Le délinquant culturel est soumis à deux systèmes de normes distincts, l'un des deux étant juridique. Il est impossible de superposer ces deux systèmes de normes, du fait de leurs nombreux points de contradiction. Lorsque le sujet décide de se mettre en conformité à un des deux systèmes de normes cela entraîne nécessairement la négation d'un des deux systèmes¹⁵⁹. Lorsque le sujet respecte l'interdit pénal, il prend le risque de se voir rejeté de sa communauté d'origine¹⁶⁰.

2 – La nécessité d'élargir la prise en considération du fait culturel à une responsabilité collective

Il est indispensable de prendre en compte l'aspect social lié à l'infraction culturelle. En mettant en cause la responsabilité individuelle de l'inculpé le droit pénal écarte la dimension fondamentalement sociale de l'acte en cause. *« Il est évident que la société doit réagir et condamner des actes qui menacent sérieusement ses fondements. Toutefois il y a quelque paradoxe à*

comme étant en dehors des normes sociales. Outre la marque d'une certaine dévalorisation, le stigmatisme est avant tout un certain type de relation entre l'attribut et le stéréotype.

¹⁵⁸ S. NETTLETON, *The sociology of health and illness*, Polity Press, 2006, p. 95.

¹⁵⁹ Cette configuration a pu être soulignée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans son arrêt *SAS c. France*, la Cour affirme que la loi litigieuse place la femme voilée face à un dilemme. Celle-ci peut décider de se plier à l'interdiction et renoncer à se vêtir conformément à ce que lui dicte sa foi, ou décider de ne pas se plier à l'interdiction et s'expose donc à des sanctions pénales (s'agissant de l'arrêt de la CEDH, *SAS c. France*, 1 juillet 2014, requête n°43835/11). En outre, s'agissant de la loi du 11 octobre 2010, celle-ci entrainera à coup sûr une marginalisation des femmes intégralement voilées. L'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public conduira les femmes concernées à ne plus sortir de chez elles, ce qui renforcera leur enfermement, enfermement contre lequel les pouvoirs publics prétendent lutter. Ces femmes verront leur liberté d'aller et venir restreinte. Assujetties à leur domicile, il est fort possible qu'une inégalité entre elles et leur mari (non voilé donc pouvant circuler librement) se crée voire se renforce. Le résultat de cette initiative législative s'inscrit à contre-sens de la logique d'intégration : elle renforce l'isolement social mais elle accroît également l'inégalité homme-femme.

¹⁶⁰ Dans le cas de l'excision, qui est en fait une pratique au cœur de l'organisation sociale *soniké* par exemple, la femme non excisée est vouée au célibat car l'une des qualités essentielles qu'elle doit présenter pour prétendre au mariage lui fait défaut. La femme acquiert un statut social uniquement à travers son lien matrimonial, la femme célibataire est donc frappée d'ostracisme.

condamner des individus, sans tenir compte de la complexité de la communauté d'appartenance de l'inculpé »¹⁶¹. L'acte infractionnel est provoqué essentiellement sous la pression de la communauté. C'est un fait qui doit être mis en avant. Négliger la dimension collective de ces pratiques c'est jeter le discrédit sur un sujet afin de protéger l'ordre public.

Le fait religieux est collectif par nature. L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît explicitement l'aspect foncièrement collectif de la pratique religieuse¹⁶². Il est inhérent au religieux qu'il fédère et crée une communauté. En outre la religion est dépendante d'une organisation, qu'il s'agisse de financer les lieux de cultes, d'interpréter les textes, de pratiquer et d'organiser les rites. La confession tend à fabriquer un microcosme au sein de la société. En ce sens, le système religieux « *produit du lien social non seulement en suscitant des réseaux et des groupements particuliers, mais aussi en définissant un univers mental à travers lequel des individus et des collectivités expriment et vivent une certaine conception de l'homme et du monde dans une société donnée* »¹⁶³.

La responsabilité collective, une notion permettant de s'adapter à la collectivisation des rapports sociaux¹⁶⁴. La pratique contre laquelle, lutte la loi pénale, découle d'un ordre culturel. Le sujet inculpé par la loi, n'est pas l'unique responsable. La responsabilité individuelle du délinquant culturel ne permet pas de prendre en compte les rapports de domination et de dépendance qui sont d'une importance fondamentale dans la configuration du groupe social visé par l'incrimination et dans la réalisation de l'infraction. Il existe dans les rapports de structure familiale au sein des communautés africaines, des prérogatives qui permettent à n'importe quel parent ou aïeul de faire exciser l'enfant, alors même que les pères et mères y sont opposés, car ce sont en fait les véritables détenteurs de l'autorité de fait. A travers la responsabilité collective, il s'agit d'engager la responsabilité des détenteurs de fait de l'autorité au sein des sociétés patrilinéaires par exemple.

¹⁶¹ M-C. FLOBETS, « Les délits culturels : de la répression des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », *Droit et Cultures*, 35, 1998/1, p. 217.

¹⁶² L'article 9 protège la liberté de manifester sa religion « individuellement ou collectivement ».

¹⁶³ J-P WILLAIME, « Les religions et l'unification européenne », in G. DAVIE et D. HERVIEU-LEGER (dirs), *Identités religieuses en Europe*, Paris, La Découverte, 1966, p. 124.

¹⁶⁴ La responsabilité collective correspond à l'imputation d'une infraction à divers individus qui peuvent être demeurés tout à fait étrangers à l'acte illicite, selon C. DUPEYRON, « L'infraction collective », *RSC*, 1973, p. 357.

B.– La possible justification du fait culturel

Contrairement à la partie précédente qui s'intéressait plus à combattre la différence culturelle, ici, il s'agira davantage de l'accueillir. L'infraction culturelle pourrait se transformer en permission culturelle. En effet il serait possible de chercher une justification à certains comportements à travers différents faits justificatifs. Toutefois, au-delà de cette problématique certains faits justificatifs utiles à cette entreprise méritent une attention particulière. C'est le cas de l'autorisation de la loi qui consacre la coutume (1). C'est également le cas de la volonté individuelle qui trouve une illustration à travers la notion récente d'autonomie personnelle dégagée par le Cour européenne des droits de l'homme ou encore à travers la notion encore naissante du consentement de la victime (2).

1 – La portée justificative de l'autorisation de la loi : la coutume

Il est possible de penser que pour certaines pratiques culturelles, la coutume puisse être un moyen afin de tenter de sauvegarder une partie de la diversité culturelle. En ce sens, il semble nécessaire de s'intéresser au mécanisme par lequel la coutume reçoit l'onction de la loi. A ce titre, l'étude des deux principales dérogations à la loi pénale permet de dégager les éléments pris en compte par la loi lorsqu'elle consacre une exception à l'infraction pénale (a et b).

a – L'exemple de la tauromachie

La coutume : la permission donnée au fait culturel. La coutume permet d'exonérer la responsabilité de l'auteur d'une infraction. Elle permet à certains faits dont la pratique a été perpétuée depuis un certain temps et de façon continue, d'exister. La coutume est un fait justificatif qui permet l'expression d'un fait propre à une culture. En ce sens l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la liberté d'expression « *vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* »¹⁶⁵. Par conséquent ne pourrait-on pas penser que le mode de vie nomade, le port du tchador ou encore la polygamie fassent l'objet d'une justification par la loi au nom de leur caractère coutumier ?

L'incrimination spéciale des sévices graves ou actes de cruauté commis envers les animaux¹⁶⁶. L'article 521-1 du code pénal condamne les actes de cruauté envers les animaux, cependant il consacre une dérogation au bénéfice des courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être établie. En

¹⁶⁵ CEDH, *Morice c/ France*, 23 avril 2015, n°29369/10, (§ 124).

¹⁶⁶ C. pén., art. 521-1.

réalité la loi rend désormais légale la corrida cependant elle assortit cette dérogation de conditions. Sur ce point les termes de la loi sont ambigus et celle-ci renvoie aux juges du fond le soin de définir ce que recouvre l'expression « tradition locale ininterrompue ».

La condition temporelle. La pratique de la corrida a fait l'objet d'une interdiction légale par la loi Grammont du 2 juillet 1850 relative aux mauvais traitements exercés sur les animaux domestiques. Ce n'est qu'avec la loi du 24 avril 1951 que la pratique bénéficie d'une dérogation. Toutefois durant l'intervalle entre ces deux lois, la tauromachie a continué à exister. Deux remarques sont à formuler sur ce point. La première est que la seconde loi de 1951 a légitimé un état de fait illicite. La seconde est que la condition de continuité exigée par la loi n'est pas remplie si l'on s'attache à l'historique législatif en la matière (quand bien même il y aurait une continuité dans les faits).

La condition géographique. L'organisation de manifestations taurines reste soumise à l'existence d'une tradition locale¹⁶⁷. Une course de taureaux, ne concernant qu'une commune et n'étant organisée que depuis les années 2000, voire au plus tôt en 1970, ne présente pas les caractéristiques permettant de lui accorder l'immunité légale prévue à l'article 521-1 du code pénal¹⁶⁸. Ainsi l'interprétation du terme « local » par les juges a conduit et conduit toujours à de nombreuses discussions¹⁶⁹.

La coutume et l'*opinio juris*. La coutume se compose d'un élément matériel mais également d'un élément dit psychologique. A ce titre, la tradition renverrait non pas à la coutume mais bien à l'élément matériel de la coutume, si l'on se réfère à une certaine conception de la notion de coutume¹⁷⁰. Toutefois une telle conception reviendrait à faire émerger une *opinio juris*¹⁷¹. Curieusement loin d'y rechercher un caractère obligatoire, la Cour de cassation a décidé de vérifier

¹⁶⁷ L. FABRE, « Gallodromes : pour le Conseil constitutionnel, comme pour le législateur, toutes les traditions locales ne se valent pas », *AJ Collectivités Territoriales*, 2016, p. 44.

¹⁶⁸ CA Aix-en-Provence, 25 juin 2015, n° 15/00227.

¹⁶⁹ La tendance est à la reconnaissance d'un « ensemble démographique » par les tribunaux, davantage qu'à une localité : « la tradition locale (...) doit être (...) entendue (...) au sens de coutume ou d'usage local, dépassant selon le cas et la situation de fait, les limites administratives de la commune, de l'arrondissement, voire même des frontières du département », CAA Bordeaux, 25 octobre 1968, *JCP*, 1969, II, n°15888.

¹⁷⁰ Voir sur ce point F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*, 2^{ème} éd, LGDJ, 1919, rééd 1995, tome I, p. 356-357 pour qui la reconnaissance d'une coutume suppose la réunion de deux éléments : l'un de nature matérielle, un long et constant usage ; l'autre de nature psychologique.

¹⁷¹ L'*opinio juris*, correspond à la croyance dans le caractère obligatoire d'une pratique, non dans l'unique constat que cette pratique est véritablement ancrée dans les mœurs d'une population, selon G. TEBOUL, *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative*, Bibliothèque de droit public, tome 153, LGDJ, 1989, p. 190.

plutôt l’ancrage de la coutume dans les mœurs de la population¹⁷². A certains égards, la doctrine a pu décréter que la Cour de cassation aurait une interprétation « sentimentale »¹⁷³ et laxiste de la tradition tauromachique ce qui aurait pour effet d’accentuer l’atteinte de la force juridique de la règle de droit¹⁷⁴.

La justification coutumière de certaines infractions culturelles. Ne serait-il pas possible de consacrer de nouvelles dérogations lorsqu’une pratique ne porte atteinte à aucun droit constitutionnel¹⁷⁵ ? S’agissant du mode de vie nomade celui-ci étant constitutif, semble-t-il des éléments de la coutume, pourrait être permis dans certaines localités où s’arrêtent les nomades depuis longue date¹⁷⁶. En outre, la tradition nomade ne porte pas directement atteinte au droit de propriété (constitutionnellement protégé), mais plutôt à l’exercice de certaines prérogatives sur le bien immobilier durant un certain temps. Notons également que si la polygamie s’inscrit en contradiction avec les valeurs de la République ou les mœurs actuelles, la tauromachie n’est pas totalement en accord avec le principe de dignité de la personne humaine s’agissant du torero par exemple¹⁷⁷.

b – L’exemple des combats de coqs

Une curieuse différence de traitement. L’article 521-1 du code pénal, consacre une exception à l’infraction de sévices et actes de cruauté envers les animaux, pour les combats de coqs¹⁷⁸. Toutefois la création d’un nouveau gallodrome est punie des peines réprimant les sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux, alors même que la Cour de cassation reconnaît la possibilité

¹⁷² Cass. Crim, 8 juin 1994, req. n°93.82549.

¹⁷³ P. DEUMIER, « La tradition tauromachique, source sentimentale du droit, *RTD. Civ*, 2007, p. 57.

¹⁷⁴ N. MOLFESSIS, « La tradition locale et la force de la règle de droit », *RTD. Civ*, 2002, p. 181.

¹⁷⁵ Comme cela est mentionné par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 septembre 2012, n°2012-271, QPC, *AJDA*. 1770).

¹⁷⁶ Comme par exemple le terrain des Molines à Angoulême, qui depuis les années soixante-dix permet d’accueillir des familles pour des temps de séjour long. J-P. LIEGEOIS, « Pour une approche politique du nomadisme », *Etudes tsiganes*, n°17, Hommage à Bernard Provot, p. 52.

¹⁷⁷ L’Etat n’aurait-il pas le devoir de protéger le torero contre lui-même, ce dernier mettant sa vie en péril et ce contre rémunération ? Cette situation renvoie directement à l’affaire du lancer de nains (CE, Commune de Morsang-sur-Orge, 27 octobre 1995, requête n°136727 : l’artiste nain évoquait son gagne-pain, comme le ferait le torero si l’Etat venait à lui interdire d’exercer son activité).

¹⁷⁸ Article 512 du code pénal : « *Le fait, publiquement ou non, d’exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d’emprisonnement et de 30 000 euros d’amende. (...) Est punie des peines prévues au présent article toute création d’un nouveau gallodrome.* ».

pour les localités de construire de nouvelles arènes, en les intégrant dans un « ensemble démographique » pratiquant les courses de taureaux¹⁷⁹.

Une différence de traitement justifiée par une différence de nature selon le conseil constitutionnel. Le conseil constitutionnel a jugé que les courses de taureaux et les combats de coqs étaient des « pratiques distinctes par leur nature »¹⁸⁰. Il ne donne cependant aucune précision sur cette différence de nature. Celle-ci réside-t-elle dans la différence des animaux, dans la différence de la pratique en elle-même ? La différence la plus flagrante est peut-être que dans l'une, deux animaux se combattent et que dans l'autre il s'agit d'un combat entre l'homme et l'animal. Dans ce cas on aurait pu juger pertinent de restreindre également l'étendue des zones démographiques pratiquant la corrida, dans la mesure le torero y met en péril sa vie¹⁸¹.

Une distinction sémantique. Les courses de taureaux échappent à l'application de la loi pénale dès lors qu'une « une tradition locale ininterrompue peut être invoquée », alors que les combats de coqs y dérogent uniquement « dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie ». Il semblerait dès lors que la loi porte un coup d'épée à la pratique des combats de coqs quand bien même elle consacre une dérogation. En effet il est beaucoup plus favorable pour les *afficionados* d'« invoquer » une tradition, que de devoir l'« établir ». Le législateur entend jouer sur les mots, ce faisant il rompt l'égalité entre ces deux spectacles, soumettant les combats de coqs à un régime largement défavorable. En ce sens le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de rappeler la volonté législative de voir disparaître la tradition des combats de coqs, faisant ainsi, de travaux préparatoires une justification à sa décision¹⁸². Toujours dans le registre lexical, la loi pénale a entendu circonscrire davantage les lieux dans lesquels pourrait être établie une tradition ininterrompue, en faisant usage du terme « localité ».

¹⁷⁹ S'agissant de la ville de Biarritz, pour laquelle la Cour de cassation la rattache à Bayonne, et l'intègre dans le même temps à une « ensemble démographique », Cass. Crim, 8 juin 1994, req. n°93.82549.

¹⁸⁰ B. DE LAMY, « Le cop, le taureau et le Conseil constitutionnel : fable sur la nature », *RSC* 2015, p. 718.

¹⁸¹ Voir en ce sens P. DUPUY et J. PERRAIN, *Ombres et soleils sur l'arène : la tauromachie à travers les âges*, La manufacture, 1988, Lyon, p. 111, à propos des célèbres toreros morts encornés.

¹⁸² Cons. Const. 31 juillet 2015, n°2015-477 QPC, « *Considérant que si le législateur a entendu, tant pour les courses de taureaux que pour les combats de coqs, fonder l'exclusion de responsabilité pénale sur l'existence d'une tradition ininterrompue, il s'agit toutefois de pratiques distinctes par leur nature ; qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 8 juillet 1964 susvisée que le législateur a entendu encadrer plus strictement l'exclusion de responsabilité pénale pour les combats de coqs afin d'accompagner et de favoriser l'extinction de ces pratiques* ».

Une volonté d'encourager la disparation de la tradition des combats de coqs. Outre ce qui ressort des travaux préparatoires de la loi du 8 juillet 1964, selon lesquels le législateur avait entendu encadrer plus strictement l'exclusion de responsabilité pénale pour les combats de coqs afin d'accompagner et de favoriser l'extinction de ces pratiques¹⁸³, il semblerait que le législateur ait conçu l'exonération de responsabilité comme une « exception momentanée », considérant que les combats de coqs étaient voués à la disparition¹⁸⁴. La volonté politique et législative est de favoriser l'éviction de la pratique comme a pu l'exprimer par exemple le secrétaire d'Etat chargé des relations avec le parlement¹⁸⁵.

Ainsi, il existe un fait justificatif consacré à l'expression de l'identité culturelle, lorsque celle-ci revêt un caractère coutumier, cependant les critères permettant de déterminer les pratiques qui pourront prétendre à une telle justification législative sont encore confus et peuvent parfois paraître versatiles. Toutefois, ce fait justificatif demeure une ressource non négligeable s'agissant de la gestion renouvelée des différences culturelles. En outre, d'autres notions pourraient permettre de justifier certaines expressions culturelles, à condition de continuer à affirmer leur légitimité dans la sphère pénale.

2 – La portée justificative de la volonté personnelle

La volonté particulière peut s'exprimer par le bais du consentement (a) ou à travers la notion d'autonomie personnelle (b).

¹⁸³ Décision du Conseil constitutionnel du 31 juillet 2015, n°2015-477-QPC : « [...] *il ressort des travaux préparatoires de la loi du 8 juillet 1964 susvisée que le législateur a entendu encadrer plus strictement l'exclusion de responsabilité pénale pour les combats de coqs afin d'accompagner et de favoriser l'extinction de ces pratiques ; [...] en interdisant la création de nouveaux gallodromes, le législateur a traité différemment des situations différentes ; [...] la différence de traitement qui résulte de l'incrimination de toute création d'un nouveau gallodrome est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; [...] par suite, le grief tiré d'une atteinte au principe d'égalité devant la loi doit être écarté* ».

¹⁸⁴ J.-B. SEUBE, « Les coqs au Conseil », *La Semaine juridique Edition Générale*, n°37, 7 septembre 2015, p. 952.

¹⁸⁵ JOAN, 18 juin 1964, 2^{ème} séance, p. 2040 : « *Je ne pense pas qu'il soit dans l'esprit de quiconque de vouloir protéger, développer et encourager les combats de coqs. Il s'agit, là où ils sont une tradition, et sans doute où des intérêts matériels non négligeables se trouvent engagés, d'en tenir compte aussi longtemps qu'ils existeront. Mais, sous prétexte de ménager une assez longue période de transition au cours de laquelle cette pratique, qu'on peut juger cruelle, finirait par disparaître peu à peu, il ne faudrait pas qu'il soit possible de créer de nouveaux gallodromes et de voir en quelque sorte les combats de coqs renaître de leurs cendres* ».

a – Le consentement

La place du consentement dans un système pénal légaliste. Être d'accord, adhérer, approuver, acquiescer, le consentement est un « phénomène psychologique qui traduit une uniformité d'opinion »¹⁸⁶. La problématique pénale relative au consentement est de savoir si ce dernier peut exclure la responsabilité de l'auteur de l'infraction, ou encore si ce consentement peut retirer à l'acte son caractère illicite. La justification pénale constitue une dérogation au texte répressif, celle-ci n'est valide que dans la mesure où elle prend sa source dans un fondement de valeur identique à celui qui fonde l'incrimination. Ainsi l'incrimination peut déterminer qu'elle donne au consentement la force d'un élément constitutif. Par conséquent, le consentement constitue parfois un élément nécessaire à la qualification de l'infraction. Il en va ainsi des incriminations réprimant les actes commis contre le gré de leur victime (tels que le viol, le vol ou encore la séquestration). Le code pénal connaît donc le consentement *exclusif* de l'infraction pénale.

Le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif. Le principe a été posé par la Cour de cassation dès 1835¹⁸⁷. Les lois pénales sont d'ordre public : « *la protection pénale étant avant tout orientée vers la défense de l'ordre social, elle est hors de portée d'une éventuelle permission d'ordre privé* »¹⁸⁸. En effet, la mise en œuvre d'une incrimination ne peut pas dépendre d'un accord de volontés particulières car la loi pénale défend avant tout un intérêt qui transcende les intérêts particuliers. C'est donc parce que l'incrimination entend protéger l'intérêt général qu'elle est d'ordre public¹⁸⁹. Cet argument idéologique est facilement décelable dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁹⁰.

Le consentement de la victime s'insère dans un mouvement favorable à sa reconnaissance. De nombreux aspects du droit pénal semblent s'orienter doucement vers un mouvement de contractualisation du droit pénal (il en va ainsi du consentement du délinquant à la sanction pénale ou encore de la création du

¹⁸⁶ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, thèse Paris 2002, p.15.

¹⁸⁷ Cass crim 12 aout 1813 et Cass Crim 2 juillet 1835, S., 1835, I. La Cour confirme la répression de la mutilation pratiquée à la demande de conscrits afin d'échapper au service militaire : « *aucun texte légal n'autorise à regarder les blessures portées, du consentement du blessé comme échappant à l'action de la loi pénale* ».

¹⁸⁸ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, thèse Paris 2002, p. 19.

¹⁸⁹ P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *Rev. Science crim.* (4), oct-déc, 1991, p. 701.

¹⁹⁰ Cass crim. 16 novembre 1827, S. 1828, I, 135 : la Cour affirme en 1827 qu'il « *importe peu que la mort ait été donnée par l'ordre de la personne homicide (...) car les lois qui protègent la vie des hommes sont d'ordre public, les crimes et délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la société que la sûreté individuelle des citoyens, et aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite un fait que les lois ont déclaré punissable* ».

délit de non-recueil du consentement par exemple¹⁹¹)¹⁹². S'agissant de la portée du consentement à la libre disposition du corps humain, il est un constat qui est celui du recul du principe de l'intangibilité du corps humain face à une volonté individuelle contraire¹⁹³. Le consentement de la victime profite en outre de la montée d'une conception très individualiste des droits de l'homme, rendant de plus en plus difficile la distinction entre l'individuel et le collectif¹⁹⁴. De surcroît, la majeure partie des législations européennes ont accordé une place importante à la notion de consentement¹⁹⁵.

Le consentement recouvre une portée exonératoire lorsqu'il est couplé à la loi¹⁹⁶. Le consentement ne se suffit pas à lui-même. Toutefois sa portée justificative ressurgit lorsqu'il est appuyé par la loi, en dehors des cas où il est un élément constitutif de l'infraction¹⁹⁷. S'agissant notamment de deux domaines, tels que l'expérimentation médicale ainsi que le prélèvement d'organe en vue d'une greffe, le consentement est devenu une condition fondamentale de validité des actes envisagés dans ce cadre. La loi du 22 décembre 1976¹⁹⁸ et le décret du 31 mars 1978 sont devenus les textes de principe en matière de prélèvement d'organe, donnant un rôle considérable au consentement. De même, en matière d'expérimentation biomédicale, la loi du 20 décembre 1988 soumet les recherches au consentement de l'intéressé ou les personnes spécialement habilitées¹⁹⁹. De surcroît, un exemple supplémentaire parmi de nombreux autres, est celui de l'euthanasie passive²⁰⁰ qui bénéficie désormais de l'article 20 du code de déontologie médicale selon lequel : « le médecin doit s'efforcer d'apaiser les

¹⁹¹ Article L. 209-19 du code de la santé publique.

¹⁹² J-P. DOUCET, *Gaz. Pal.* 30 juillet-1^{er} août 1989, p. 23.

¹⁹³ B. LEMENNICIER, « Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Droits*, n°13, p. 111.

¹⁹⁴ X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 49, 2009, p. 83.

¹⁹⁵ L'article 50 du code pénal italien affirme : « *N'est pas pénalement punissable celui qui lèse ou compromet un droit avec le consentement de la personne qui peut valablement en disposer* ». Il en va de même du code pénal allemand, espagnol, autrichien, portugais, ou grec.

¹⁹⁶ La loi entendue au sens générale, qui recouvre en fait la loi, le règlement et la coutume (Code pénal article 122-4, al 1^{er}). Notons que la tolérance coutumière permet certaines atteintes à l'intégrité physique consenties telles que le fait de se faire couper les cheveux. Il a pu être jugé que le fait de couper les cheveux d'une femme contre son gré constitue effectivement des violences pénales, voir en ce sens un arrêt du Tribunal correctionnel de Saint-Dié, 7 juin 1945, *Gaz Pal.*, 1945, 1, p. 218.

¹⁹⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, septième édition, 1997, Cujas, p. 449.

¹⁹⁸ Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes et son décret d'application n°78-501 du 31 mars 1978.

¹⁹⁹ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

²⁰⁰ L'euthanasie passive consiste en le fait de ne plus mettre en œuvre tous les moyens thérapeutiques pour assurer la survie du malade.

souffrances de son malade »²⁰¹. Cette disposition confère une fois de plus, une place fondamentale au consentement²⁰². Quant à la loi du 6 août 2004²⁰³, elle n'a pas eu pour finalité d'affirmer l'indisponibilité du corps humain, au contraire elle aurait même sur certains points consacré sa « réification »²⁰⁴. Ainsi, malgré l'essence légaliste du système pénal, il semblerait que « *le droit soit bien forcé de reconnaître, comme une évidence, que chacun, dans une large mesure, est maître de son corps* »²⁰⁵.

La justification d'infractions culturelles par le consentement. Au regard de ces dérogations, la doctrine a pu dégager la notion de *consentement permissif* qui s'entend d'une « *manifestation de volonté émanant d'une personne, physique ou morale, autorisant son destinataire à commettre une infraction à son encontre en l'exonérant de sa responsabilité pénale* »²⁰⁶. Cette notion, dans la mesure où elle parviendrait à s'imposer, pourrait permettre la justification de pratiques culturelles qui font naître une atteinte souhaitée par la victime. Il demeure toutefois, que ce consentement devra être encadré²⁰⁷.

Le principe demeure celui selon lequel le consentement n'a pas force justificative, cependant les exceptions assorties à ce principe se multiplient voire s'élargissent. Cette tendance peut être mise en perspective avec l'étonnante percée du concept d'autonomie personnelle.

b – L'autonomie personnelle

Le concept d'autonomie personnelle. La Cour européenne des droits de l'homme a dégagé, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme un principe qui est celui dit de l'autonomie personnelle²⁰⁸. Ce dernier semble recouvrir un libre épanouissement personnel impliquant le libre

²⁰¹ Décret du 28 juin 1979, n°79-506 portant code de déontologie médicale.

²⁰² En effet la législation française en la matière semble s'orienter vers la dépénalisation qui s'illustre notamment par de nombreuses nouvelles dispositions telles que les articles L 111-10, L 1110-5 et L 111-13 du code de santé publique.

²⁰³ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

²⁰⁴ Selon les termes d'A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain », loi n°2004-800 du 6 août 2004, *JCP G*, 2004, I, 172.

²⁰⁵ G. CORNU, « Droit civil », *Introduction, les personnes, les biens*, 9^{ème} édition, 1999, p. 481.

²⁰⁶ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Thèse Paris 2002, p. 73.

²⁰⁷ Il est notamment permis de penser que seul le consentement d'un majeur sera retenu (ou celui du représentant légal). En outre le consentement devra avoir été donné de façon libre et éclairée.

²⁰⁸ Pour un exemple jurisprudentiel témoignant de la consécration du principe d'autonomie personnelle à partir de l'article 8 de la CEDH, voir un arrêt *X. c/ Islande* du 18 mai 1976, requête n° 6825/74, dans lequel la Cour affirme que « *le droit au respect de la vie privée assure à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre le développement et l'accomplissement de la personnalité* ».

développement personnel²⁰⁹. L'autonomie personnelle confère au sujet de droit la capacité de faire des choix, d'adopter certains modes de vies ou certains comportements²¹⁰. Selon la Cour, la libre disposition de son corps fait partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle²¹¹. Ce principe permet donc au sujet de « poser sa propre norme »²¹² celle-ci étant essentiellement au service de l'épanouissement personnel de la personne²¹³. L'autonomie personnelle, au fil de la jurisprudence, s'est révélée être davantage qu'un principe, c'est en fait une clef d'interprétation de la Convention selon la Cour²¹⁴. Puis, en effet, au-delà du principe, la Cour y a vu un véritable « droit à l'autonomie personnelle »²¹⁵. Ce concept, qualifié par la doctrine d'hyperindividualiste, s'est exporté vers de nombreux domaines²¹⁶. Ce mouvement est profitable aux infractions culturelles. En effet le concept d'autonomie personnelle pourrait véritablement permettre une justification voire une dépénalisation de certaines pratiques culturelles.

Une opportunité pour les infractions culturelles. Le fondement récurrent à l'interdiction de pratiques telles que la polygamie, le port du voile intégral, le nomadisme, ou encore les mutilations sexuelles est avant tout la protection de l'ordre public, le respect des valeurs républicaines puis dans une moindre mesure le respect des « *bonnes mœurs* ». La notion d'autonomie personnelle, permet, dans une certaine mesure de réaffirmer le primat de la liberté individuelle sur le collectif. En ce sens il découle de la notion d'autonomie personnelle, la « faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend », et ce également lorsque cela

²⁰⁹ CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n°2346/02, (§66) ; CEDH, 17 février 2005, *K. A et A. D c/ Belgique*, requête n°42758/98, (§83).

²¹⁰ D. ROMAN, « A corps défendant », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1284.

²¹¹ CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n°2346/02 ; CEDH, 17 février 2005, *K. A et A. D c/ Belgique*, requête n°42758/98.

²¹² M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 49, 2009, p. 3.

²¹³ D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français comparé », *Dalloz*, 2005, p. 1509.

²¹⁴ Le principe permet par exemple d'expliquer l'orientation de la jurisprudence européenne en matière d'enfant à naître avec l'affaire *Bosco c/ Italie* du 5 septembre 2002, requête n°50490/99. En outre le juge européen a pu exprimer à plusieurs reprises que le principe d'autonomie personnelle reflétait un « *principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention* » (CEDH, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, 11 janvier 2006, requête n°52620/99).

²¹⁵ CEDH, *Tysiac c/ Pologne*, 20 mars 2007, requête n°5410/03 et CEDH, *Evans c/ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, requête n°6339/50.

²¹⁶ Selon les termes de M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 49, 2009, p. 8. S'agissant des domaines vers lesquels le concept d'autonomie personnelle s'est exporté, il est possible de citer à titre d'exemple : la liberté syndicale (*Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*), en matière d'avortement (*Bruggemann et Shcheuten c/ RFA*), s'agissant du changement de statut des transsexuels (*Goodwin c/ Royaume-Uni*), en matière de pratiques sexuelles (*K.A et A. D c/ Belgique*).

inclue « la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »²¹⁷. Ainsi le principe d'autonomie induit que la liberté implique une tolérance à l'égard de préférences singulières²¹⁸, ce qui milite largement en faveur de la justification des infractions culturelles. Notons que la Cour a déjà pu affirmer le droit de chacun d'exprimer ses convictions sur son identité ethnique²¹⁹. Il s'agit là de la consécration d'une facette parmi d'autres, de l'expression de l'identité culturelle. En outre le principe d'autonomie personnelle, tel qu'il est parfois appliqué par la Cour, laisse à penser, qu'appliqué à des infractions culturelles, il pourrait aboutir à leur dépénalisation. Il en est un exemple dans un arrêt relatif au refus de donner effet au vœu d'une personne de faire disperser les cendres issues de sa dépouille mortelle dans son jardin. La Cour a étendu l'application de l'article 8 de la Convention au-delà de la mort du sujet de droit en estimant que « certaines personnes peuvent ressentir le besoin d'exprimer leur personnalité par la manière dont elles décident de disposer de leur corps »²²⁰. Il est tout à fait concevable qu'une telle solution soit étendue aux rites anthropophages traditionnels par exemple²²¹.

L'autonomie personnelle : une notion en faveur des atteintes à l'intégrité corporelle consenties. Sur ce point, un arrêt doit être mentionné, il s'agit évidemment de l'affaire *K. A et A.D contre Belgique* du 17 février 2005²²². La découverte de la notion d'autonomie personnelle a suscité un changement de position de la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant des atteintes à l'intégrité corporelles consenties²²³. Celle-ci reconsidère totalement la question des pratiques sadomasochistes. La Cour évacue la question de la morale qu'elle avait pourtant jugé bon de rappeler dans l'arrêt *Laskey, Jaggard, et Brown c/ Royaume-Uni*, et au contraire, a recours à la notion de « libre arbitre ». Désormais les pratiques sadomasochistes échappent à la qualification de coups et blessures volontaires, au motif que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du

²¹⁷ CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n°2346/02, (§61).

²¹⁸ C. PELLUCHON, « L'embarras du juriste et le point de départ de la philosophie », *Droits*, 52, 2010, p. 121.

²¹⁹ CEDH, *Tourkiki Enosi Xanthis et al c/ Turquie*, 27 mars 2008, requête n°46221/99, (§56).

²²⁰ CEDH, 10 mars 1981, *X. c/ RFA*, requête n°8741/79.

²²¹ Le cannibalisme funéraire est un rite funéraire qui a longtemps été pratiqué dans les archipels du pacifique, et qui subsiste aujourd'hui dans certaines îles de la Polynésie française, G. BOETSH, « L'homme Chair comme métaphore du primitivisme : anthropophages et anthropophagie dans la pensée anthropologique française du XIXème siècle », HAL 8 mars 2006.

²²² CEDH, *K. A et A. D c/ Belgique*, 17 février 2005, requête n° 42758/98 et 45558/99.

²²³ La position initiale de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant des pratiques sadomasochistes, était, depuis l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* (CEDH, 19 février 1997, requêtes n°21627/93, n°21826/93 et 21974/93), celle de la condamnation pénale pour les coups et blessures infligés lors de telles pratiques sexuelles entre adultes consentants.

droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »²²⁴. La Cour européenne, applique le concept d'autonomie personnelle à la sphère sexuelle, elle réitère « *que la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant de nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne* ». Enfin la Cour écarte le droit pénal de ce qui relèverait à la fois de l'intime et du libre arbitre²²⁵.

Conclusion

La doctrine a souvent souligné le fait selon lequel, ce sont les lois qui décident, par le biais de l'incrimination, quels seront les actes qualifiés d'inhumains ou d'intolérables²²⁶. En ce sens la criminalité des faits incriminés relève moins de leur nature que de ce qu'aura décidé la loi de manière plus ou moins arbitraire²²⁷. Ainsi, il appert que, dans les législations contemporaines, « *on assiste à une « labélisation » intensive, à une véritable crise de « surcriminalisation* »²²⁸. En étiquetant comme criminels de plus en plus d'actes humains, en abusant de la sanction pénale, « *on multiplie artificiellement le nombre de délinquants* »²²⁹. Ce faisant on accole à de plus en plus d'individus le stigmate du déviant. Ainsi, le refus de la différence par le droit pénal, se matérialise à travers l'édiction d'infractions destinées implicitement à certaines catégories de la population, mais peut également résulter de la répression de comportements inhérents à un mode de vie traditionnel, par des incriminations plus générales.

L'effet concret de cette législation, n'est autre que la disparition de l'essence culturelle de certaines pratiques et parfois de la disparition de traditions millénaires. La finalité extinctive de la législation couplée à l'impératif d'intégration à la société française, participent à un processus d'acculturation²³⁰.

²²⁴ Ces termes qu'emploie la Cour européenne sont repris de l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni* (CEDH, 29 avril 2002, requête n°2346/02), dans lequel elle avait pour la première fois fait référence explicitement à la notion d'autonomie personnelle.

²²⁵ La Cour décrète que « *le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus* ».

²²⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Tome I, Cujas Paris, Septième édition, 1997, p. 68.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Tome I, Cujas Paris, Septième édition, 1997, p. 68.

²³⁰ En ce sens, la politique criminelle s'aligne sur les principales orientations d'autres législations telles que le droit des étrangers.