



HAL
open science

Le fait culturel saisi par le droit pénal

Vanille Rullier

► **To cite this version:**

| Vanille Rullier. Le fait culturel saisi par le droit pénal. Droit. 2017. dumas-02177443

HAL Id: dumas-02177443

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02177443>

Submitted on 9 Jul 2019

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

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



Université de la Réunion
Faculté de droit et d'économie

Mémoire en vue de l'obtention du Master II de Droit public

LE FAIT CULTUREL SAISI PAR LE DROIT PENAL

Par RULLIER Vanille

Sous la direction du Professeur Romain OLLARD

Année universitaire 2016-2017

Mémoire en vue de l'obtention du Master II de Droit public

LE FAIT CULTUREL SAISI PAR LE DROIT PENAL

Par RULLIER Vanille

Sous la direction du Professeur Romain OLLARD

Année universitaire 2016-2017

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur Romain OLLARD, Professeur à l'Université de la Réunion, pour avoir accepté de diriger ce mémoire. Je lui suis également reconnaissante pour le temps conséquent qu'il m'a accordé, ses qualités pédagogiques et scientifiques, son tact, sa franchise.

Je remercie le Professeur Mathieu MAISONNEUVE, pour sa présence lors de ma soutenance.

Je remercie également Martine METZ, responsable du centre de documentation juridique à l'Université de la Réunion, pour m'avoir accompagné dans mes recherches.

Enfin je remercie Roberto THIANCOURT, doctorant en droit privé, pour avoir répondu à mes interrogations relatives au travail de recherche.

TABLE DES ABREVIATIONS

<i>AJDA</i>	Actualité juridique – droit administratif
<i>Art.</i>	Article
<i>Ass. Plén</i>	Assemblée plénière de la Cour de Cassation
<i>CA</i>	Cour d’appel
<i>CAA</i>	Cour administrative d’appel
<i>Cass</i>	Cour de Cassation
<i>Bull. Ass. Plé</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)
<i>Bull. civ</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
<i>CE</i>	Conseil d’Etat
<i>CE avis</i>	Avis contentieux du Conseil d’Etat
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l’homme
<i>Chron.</i>	Chronique
<i>Civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ. 1^{ère}</i>	Première chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ. 2^{ème}</i>	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ. 3^{ème}</i>	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
<i>CJA</i>	Code de justice administrative
<i>Code. Pen</i>	Code pénal
<i>Crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Dalloz
<i>DC</i>	Décision du Conseil constitutionnel
<i>D. H.</i>	Dalloz hebdomadaire
<i>D. P.</i>	Dalloz Périodique
<i>D. S.</i>	Dalloz Sirey
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>HALDE</i>	La Haute autorité pour la lutte contre les discriminations
<i>Ibid.</i>	Ibidem (qui veut dire ici même)
<i>Infra</i>	Ci-dessous

<i>J. C. P</i>	Juris-Classeur périodique, Ed. Général
<i>J. O</i>	Journal officiel de la République française
<i>L. G. D. J</i>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>Obs.</i>	Observations
<i>P. U. F</i>	Presses Universitaires de France
<i>Req.</i>	Requête
<i>RTD. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>TA</i>	Tribunal administratif
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : LES INFRACTIONS CULTURELLES

TITRE I – LE FAIT CULTUREL SAISI PAR LE DROIT

Chapitre I – Les infractions culturelles portant atteinte à l'intégrité corporelle

Chapitre II – Les infractions réprimant l'expression d'une identité culturelle

DEUXIEME PARTIE : LA REPRESSION CULTURELLE

TITRE I – LE DROIT SAISI PAR LE FAIT

Chapitre I – Les effets du facteur culturel sur la répression pénale

Chapitre II – Les effets de la répression culturelle sur les délinquants culturels

TITRE II – LA POSSIBLE JUSTIFICATION DU FAIT CULTUREL

Chapitre I – La portée justificative de la volonté personnelle

Chapitre II – La portée justificative de la coutume

Introduction

Origine de l'immigration en France. Les communautés au cœur de cette étude sont issues de courants migratoires différents : Maghreb, Europe de l'Est, Afrique centrale¹. Les migrants venus en France durant les années 1960 et 1970, en provenance de la vallée du fleuve Sénégal sont majoritairement les Soninke. Les Soninke sont largement présents dans quatre pays en Afrique noire : le Mali, le Sénégal, la Mauritanie et la Gambie. Les Soninke forment en France une communauté pour qui une pluralité d'infractions pourra être relevée².

L'impossible définition juridique de la culture. La culture fait partie de ces notions que le droit ne parvient pas à définir. Cette lacune est due à la crainte d'établir une définition réductrice ou rigide, mais elle est également due à la nature même de la notion de culture³. En effet, la culture est par essence indéfinissable car « *la richesse de l'ensemble des composantes socio-historiques de cette notion empêche qu'elle se trouve figée dans une définition unitaire* »⁴. 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 rapport économiques, l'art, la science, la religion. Tous ces systèmes visent à exprimer certains aspects de la réalité physique et de la*

¹ A. AMIN, et M. POUSSIN, « Le rôle du sentiment d'exclusion et des perceptions de la société dans le processus d'identification chez les jeunes français issus de l'immigration », *Les cahiers internationaux de psychologie sociale*, 2008/4, n°80, p. 100, qui traite de l'immigration magrébine qui est à l'origine de l'installation de la communauté musulmane en France. Celle-ci sera concernée au sein de la partie concernant l'infraction de dissimulation intégrale du visage. Voir également C. BEAUCHEMIN, C. HAMEL, P. SIMON (dir) : *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, INED Editions, 2015, 624, pages.

² L'infraction de polygamie, de dissimulation intégrale du visage, de mutilation génitale.

³ C. BORIES, *Le patrimoine culturel en droit international*, thèse Paris 2011 Editions A. PEDONE, p. 43.

⁴ G. CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés*, LGDJ, 1997, Paris, p. 14.

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 »⁵.

Distinction entre ce qui relève du culte et du culturel. Il semblerait 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 Convention⁶. Ainsi, les religions sont enchâssées dans leur culture d'origine⁷. 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 naissance. Si la religion a pu jouer un rôle prépondérant, dans la construction de l'identité nationale⁸, celle-ci a pu parfois s'émanciper et s'est autonomisée. Certaines croyances ont rompu les liens territoriaux qui les unissaient à leur culture. 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. 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 controverses⁹. Par conséquent, l'emploi du terme culturel ici, recouvrira les faits culturels, mais également les faits cultuels.

⁵ C. LEVI-STRAUSS, « Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss », *Sociologie et anthropologie*, Paris : PUF, 1966, p. 19.

⁶ C. DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, *La liberté religieuse en Europe*, Thèse Paris, 2003, p. 49.

⁷ R. AZRIA et D. HERVIER-LEGER, *Dictionnaire des faits religieux*, PUF, Paris, 2010, voir le terme « acculturation ».

⁸ 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.

⁹ 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.

L'impossible définition de la religion. La Cour européenne des droits de l'Homme a posé une définition juridique de la liberté de religion¹⁰ et a rappelé l'importance de son respect du point de vue du pluralisme et de la démocratie¹¹, 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 religion¹². Tout comme la culture, une définition de la religion risquerait de mal circonscrire la notion, tant la vision du monde qu'imposent les religions peut varier d'une religion à une autre.

La délimitation des pratiques. La différence culturelle est loin d'être ignorée, au contraire le droit pénal l'appréhende. La loi pénale incrimine un certain nombre de pratiques à travers le code pénal. Sous couvert de généralité, la loi vise en fait une certaine catégorie d'individus. Parfois il peut également s'agir de comportements issus de diverses cultures que le droit pénal cherche à appréhender à travers des incriminations déjà existantes. Ainsi, cette étude s'articulera autour de plusieurs infractions qui tentent de neutraliser certaines pratiques culturelles, celle-ci seront nommées dès à présents « infractions culturelles ». Les pratiques culturelles évoquées semblent être les plus représentatives du résultat de l'action pénale sur la différence culturelle.

L'infraction culturelle. Il est nécessaire de définir ce que recouvre l'expression d'infraction culturelle. L'infraction consiste en la violation d'une loi de l'État, résultant d'un acte externe de 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 loi¹³. On discerne d'emblée la dissemblance entre l'acte déviant et l'acte culturel qui pourrait trouver justification dans « l'accomplissement d'un devoir ». Il y a, le plus souvent, deux

¹⁰ Article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹¹ 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 ».

¹² J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 71

¹³ F. CARRARA, in *Opuscoli di dirritto criminale*, 1805, p. 147.

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'Etat.

La confrontation entre justice et culture. 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'Europe¹⁴.

La définition du conflit de culture. Un conflit de culture 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 société¹⁵. Dès lors, la crise résulte du refus d'assimilation de minorités non conformistes, face à la pression de la majorité.

Genèse de l'infraction culturelle. 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 traditionnel¹⁶. 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Septième édition, Cujas, 1997, p. 69.

¹⁶ 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.

Héritages culturels et conflits de cultures. 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 patrilinéaires¹⁷ musulmanes qui s'avèrent plus « violentes » que les communautés matrilineaires¹⁸ dans la mesure où les premières imposent par exemple la polygamie, ou encore la virilocalité¹⁹. Souvent dans le cas de la violation d'une norme du code pénal, se dégagent en fait plusieurs infractions culturelles telles que la polygamie²⁰, 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.

Le droit pénal et la différence culturelle. 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 différentialistes, soit que la loi pénale elle-même vise une situation particulière ou une catégorie spécifique de personnes²¹. L'effet souhaité de la législation pénale est de faire disparaître certaines pratiques culturelles considérées comme contraires à l'ordre public et aux valeurs républicaines. La loi et le juge portent un coup d'épée à la différence culturelle. Cette politique criminelle s'inscrit toutefois en opposition avec la

¹⁷ Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : Se dit d'un type de filiation fondé sur l'ascendant paternel.

¹⁸ Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : qui ne reconnaît que l'ascendant maternelle.

¹⁹ 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.

²⁰ Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : se dit d'un homme ou d'une femme uni à plusieurs conjoints par des liens légitimes.

²¹ C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2014/1 (n°36), p. 25.

jurisprudence européenne qui promeut la diversité culturelle et qui tend à protéger certains modes de vie traditionnels²².

Problématique. Que révèle la prise en considération du fait culturel par le droit pénal ?

Annnonce de plan. 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).

Partie 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 (Titre I).

Titre I – Le fait saisi par le droit

La pratique de l'excision fait l'objet d'une répression pour violences volontaires. Les réponses qu'a pu apporter la jurisprudence ne sont pas, du point de vue juridique, contestables. Il reste tout de même qu'elles suscitent des appréciations nuancées de la doctrine. Pour sa part, la pratique de la circoncision échappe totalement à la répression pénale. Un fait curieux, qui met en

²² 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.

relief l'aversion du droit à l'égard de la pratique de l'excision (Chapitre I). Toutefois, outre les atteintes à l'intégrité corporelle, certains modes de vie traditionnels font également l'objet d'une législation répressive (Chapitre II).

Chapitre I – Les infractions culturelles portant atteinte à l'intégrité corporelle

La pratique de la circoncision échappe totalement à la répression en France (Section I). En revanche la pratique de l'excision tombe sous le coup de la loi pénale (Section II). 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.

Section I - La circoncision

La circoncision fait partie des faits culturels qui sont tolérés par le droit²³. Le traitement clément qui lui est dédié permet de mettre en lumière l'appréhension sévère de l'excision par la loi pénale. La circoncision est l'une des rares expressions culturelles à échapper à la voie de la judiciarisation (1), cependant elle n'en constitue pas moins une atteinte à l'intégrité corporelle (2).

1) *Un traitement d'exception pour la circoncision*

Les raisons historiques de la tolérance envers la pratique de la circoncision. Si la circoncision a toujours fait partie de la culture judéo-chrétienne il semblerait que cette pratique ait su s'adapter au fil du temps et des évolutions sociétales²⁴. En effet, suite à un mouvement européen d'encadrement législatif de la pratique de la circoncision, la France créa au cours de l'année 1843 une commission médicale présidée par les docteurs TERQUEM et COHEN qui décida de délester la pratique de la circoncision de toutes les techniques qui pouvaient susciter débat et qui entouraient

²³ R. LYBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'Homme », *Dalloz*. 2012. 2044.

²⁴ E. RUDE-ANTOINE, *L'immigration face aux lois de la République*, Karthala, Paris, p. 207.

ce rite²⁵. Ces prescriptions ont emporté l'adhésion de la communauté hébraïque. Ce faisant, la pratique a pu bénéficier d'une autorisation implicite issue de l'ordonnance du 25 mai 1844 dont l'article 52 réglementait la fonction de circonciseur qualifié. Dès lors la jurisprudence a toujours reconnu la licéité de la pratique de la circoncision. Elle exige cependant le consentement des deux parents à la circoncision de leur enfant. C'est donc au prix d'un remodelage de la tradition par la communauté des médecins que cette pratique a pu éviter de tomber sous le coup de la loi pénale²⁶. Finalement la culture étant davantage une construction sociale qu'un donné, elle peut évoluer au gré des rapports de force entre différents groupes²⁷.

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 pratique. Une ordonnance prononcée par le juge des enfants de Laval a pu qualifié la circoncision de « violence physique ». Le juge fait appel à l'article 34 de la Convention des droits de l'enfant pour justifier son ordonnance²⁸. Il existe donc dans la jurisprudence quelques décisions qui refusent que la circoncision demeure un acte impuni. Cette tendance pourrait bien 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 pénale²⁹. 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

²⁵ A. ALDEEB ABOU-SAHLIEH, « Raison et religion dans la circoncision masculine et féminine en pays musulmans », *Droit et Cultures*, 1994, n°27, L'harmattan, Paris, p. 159 à 163.

²⁶ S. ABOU, *Culture et droits de l'homme*, Hachette, Paris, 1992, coll. Pluriel, p. 140.

²⁷ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 8.

²⁸ 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 ». Voir également CA Paris, 1^{er} ch. B, 29 sept 2000. *Contra* : TGI Paris, 6 novembre 1973.

²⁹ Tribunal de Cologne, 7 mai 2012, Az.: 151 Ns 169/11.

considèrent depuis fort longtemps que « *la circoncision, en elle-même, ne représente pas une pratique contraire à l'ordre public international belge* »³⁰.

La circoncision rituelle : une pratique amplement tolérée. 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. La jurisprudence française tolère la pratique de la circoncision³¹. Elle pose cependant une condition qui est celle de l'accord des deux parents. 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'excision³². 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 parents³³. En outre, le fait, pour un des parents, de pratiquer une circoncision rituelle dans des conditions particulièrement traumatisantes, sans avoir recueilli le consentement de l'autre parent, peut entraîner la déchéance de l'autorité parentale³⁴. Cependant l'acte de circoncire ne fait pas en lui-même l'objet d'un refus de la part des juges. 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.

³⁰ CA Liège, ch. jeun, 9 avr. 1981, *RT.Dt. familial* 1982.327 s., spéc. p. 333.

³¹ TGI Paris, 6 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974.1.299, note P. Barbier.

³² Convention de l'Organisation des Nations Unies, relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

³³ CA Paris 29 septembre 2000, *D.* 2001 1585 note C. Duvert.

³⁴ Cass 1^{ère} civ 26 janvier 1994. *D.* 1995 Jur p 226 note C. Choain.

Le désengagement du juge face au religieux. Il est possible de constater une tendance jurisprudentielle à se désengager lorsque le litige est teinté de religieux ou de culturel³⁵. Ce désengagement peut passer par le fait de reporter un dilemme à une échéance ultérieure³⁶, ou encore par le refus d'arbitrer un conflit mettant en jeu des impératifs religieux³⁷. Il est même arrivé au juge civil de se prononcer sur l'ablation du prépuce et de juger que cet acte constituait, « pour l'enfant qui en est l'objet, un dommage réparable », sans même se prononcer sur sa licéité. La question de la circoncision, contrairement à celle de l'excision, n'est en aucun cas abordée à travers le prisme des droits fondamentaux³⁸. Aussi surprenant soit-il, ce désengagement face au fait religieux, dans le cas précis de l'acte de circoncire ne va pas sans poser de difficulté. La justification de la licéité de la pratique de la circoncision rituelle peut être historique³⁹, sociale, ou encore médicale⁴⁰, il n'en demeure pas moins qu'elle reste un fait religieux. Si la circoncision échappe à la répression justement parce qu'elle constitue un acte religieux, alors cela contrevient au principe d'égalité et de laïcité. De ce fait, cet acte ne devrait-il pas être considéré comme un fait social et donc traité comme tel ? La circoncision est l'illustration d'un traitement juridique différent destiné à un fait religieux particulier. En ce sens le traitement juridique de cet acte déroge au droit commun. Ce régime juridique interroge d'autant plus que les atteintes à l'intégrité culturelles sont généralement

³⁵ CA, Paris, 4 février 1959, *JCP* 1960, II, n°11632, note L. de Naurois, affaire dans laquelle la Cour considère que la « lettre de répudiation » délivrée par l'époux divorcé à l'épouse divorcée afin que celle-ci puisse se remarier religieusement, est un acte « *entièrement dépourvu de signification et de portée religieuse* ».

³⁶ Cass 1^{ère} civ, 11 juin 1991, *D* 1991, Jur. P 521 note P. Malaurie, affaire dans laquelle le juge repousse le dilemme religieux relatif à la volonté d'une adolescente de se convertir aux Témoins de Jéhovah contre la volonté de sa mère de confession différente.

³⁷ CA Paris, 6 avril 1967, *JCP* 1967, II, n°15100, concl Nepveu, refus du juge d'arbitrer un conflit faisant suite à un divorce entre deux époux de confession différente : « *le juge n'a aucune qualité pour statuer dans un domaine qui relève purement et simplement de la liberté de chacun des parents* ».

³⁸ CA Paris 29 sept. 2000, *D*. 2001. 1585, note C. Duvert ; *RDSS* 2001. 151, obs. F. Monéger ; *RTD civ.* 2001. 126, obs. J. Hauser.

³⁹ La circoncision rituelle des juifs en France est une pratique que la France a toujours connue.

⁴⁰ Le corps médical français ne semble pas s'être opposé à la pratique de la circoncision rituelle, alors même qu'il condamne fermement l'excision.

réprimées par l'infraction de violences volontaires. En plus d'échapper à la répression, la circoncision rituelle pratiquée en milieu hospitalier est entièrement prise en charge par la sécurité sociale⁴¹. Il s'agit là plus que d'une attitude de tolérance ou d'indifférence, la pratique de la circoncision est valorisée par les pouvoirs publics.

Un conflit circonscrit à la cellule familiale. La circoncision ne semble pas faire naître de conflit de droits fondamentaux. La jurisprudence de la Cour de cassation relègue la question de la circoncision au sein du cadre familial. C'est une configuration totalement différente de celle de l'excision, qui, pour sa part, fait naître un véritable conflit de culture. La sphère pénale laisse place à la sphère civile. Ainsi les litiges que suscite la circoncision opposent le père, la mère et l'enfant. Dans les cas les plus graves, les litiges entraîneront le retrait du droit de visite ou la déchéance de l'autorité parentale. Il serait souhaitable, sur ce point, que la Cour de cassation appréhende la question de la circoncision au-delà du cadre de l'autorité parentale. Face à cette incohérence, l'uniformisation des traitements juridiques dédiés aux atteintes à l'intégrité corporelle, permettrait une rationalisation du traitement juridique du fait culturel. En ce sens la décision du Tribunal de Cologne mérite une attention toute particulière⁴². En effet, le Tribunal reconnaît la valeur constitutionnelle de l'autorité parentale (qui inclut l'éducation religieuse), cependant il précise que celle-ci ne permet pas un exercice de cette autorité qui porterait atteinte aux libertés fondamentales reconnues à l'enfant. Les juges exercent un contrôle de proportionnalité. L'exercice de l'autorité parentale ne doit pas porter atteinte aux libertés fondamentales de l'enfant. Les juges mettent donc en avant la question de la titularité des droits fondamentaux. Les individus détiennent des droits fondamentaux qu'il convient de protéger : le droit à l'intégrité corporelle en fait partie. L'enfant est un sujet de droit, le consentement de ses parents à une atteinte à son intégrité ne rend pas celle-ci légitime pour autant. Ainsi les juges allemands « *réaffirment la conception individualiste sur laquelle repose tout l'édifice des droits de l'homme, dont le titulaire est l'individu, non la communauté à laquelle il se trouve appartenir du fait des contingences entourant sa naissance et*

⁴¹ P. GOURDON, « Une conséquence inattendue de la modification de l'article 16-3 du Code civil : la légalisation de la circoncision rituelle médicalisée », *Médecine & Droit* 59 (2003) 43-48.

⁴² Tribunal de Cologne, 7 mai 2012, Az.: 151 Ns 169/11.

sa condition sociale »⁴³. Le droit allemand a, par cet arrêt, procédé à une rationalisation du régime juridique relatif aux atteintes à l'intégrité physique.

Le consentement des parents : une condition de licéité de la circoncision qui demeure insatisfaisante au regard du traitement juridique dédié à l'excision. Bien que tolérée, cette pratique porte toute de même atteinte à l'intégrité physique de l'enfant et à son autonomie personnelle⁴⁴. La circoncision est en générale remise en cause lorsque le consentement d'un des deux parents fait défaut. Cependant il pourrait être opportun de s'interroger sur la portée du consentement. Le consentement des parents peut-il réellement remplacer celui de l'enfant ? Le consentement de l'enfant occupe une place minime, il est arrivé à la jurisprudence de lui accorder une importance mesurée dans le cas où l'enfant était suffisamment mature pour exprimer fermement son désaccord⁴⁵. Il semblerait peut-être plus cohérent de rechercher l'intérêt de l'enfant. Pour ce faire, les tribunaux belges ont décidé d'attendre la majorité du sujet, afin d'entendre son consentement libre et éclairé⁴⁶. Dans ce cas le consentement de la personne capable suffirait à justifier la mutilation. Ce serait donc une avancée dans la mesure où, pour procéder à la circoncision, ne serait plus requis le consentement des parents. Il serait également pertinent d'envisager d'appliquer ces critères à l'ensembles des atteintes à l'intégrité corporelles. Cependant en droit français, le consentement à l'atteinte à l'intégrité physique ne permet pas d'exclure la responsabilité de l'auteur⁴⁷. Dans ce cas, le traitement juridique de la circoncision rejoindrait celui de l'excision, qui demeure une atteinte à l'intégrité physique qui ne peut être consentie, et dont l'auteur fait l'objet d'une répression pénale. De ce fait, il pourrait être intéressant de voir la place du consentement évoluer. Cela permettrait à l'enfant devenu adulte de faire des choix, dans les limites fixées par les droits fondamentaux, et les exigences nécessaires à la vie en société, qui lui permettront de vivre sa vie comme il l'entend (ou plutôt comme il le consent)⁴⁸.

⁴³ C. GROSSHOLZ, « La circoncision infantile en cause : la décision du Tribunal de Cologne du 7 mai 2012 », *RFDA* 2012. 843.

⁴⁴ Cf. *infra* Titre II de la Partie II relatif aux justifications possibles des pratiques culturelles.

⁴⁵ TA Lyon, 25 juill. 2007, *RTD. civ.* 2008. 99, obs. J. Hauser.

⁴⁶ CA Liège, ch. jeun, 9 avr. 1981, *R/T.Dt. familial* 1982.327 s., spéc. p. 333.

⁴⁷ Sauf dans des cas bien précis tels que la chirurgie esthétique ou encore les sports violents.

⁴⁸ Cf. *supra* : le consentement justificatif.

L'importance variable du consentement de l'enfant selon la finalité de la circoncision.

Toujours conformément à la distinction établie par la Cour de cassation, l'enfant pourra, dans certains cas, faire entendre sa voix, dans d'autres cas sa volonté sera occultée. En vertu de l'autorité parentale, les parents détiennent sur l'enfant, un pouvoir de décision sur sa santé afin d'assurer sa protection. En matière médicale, il est admis que le mineur participe à la décision médicale le concernant. Le mineur est donc associé à la décision médicale. Il fait l'objet d'une information adaptée à son degré de maturité⁴⁹. Le médecin doit rechercher l'adhésion du mineur et ce dernier dispose même d'un droit de veto s'agissant des actes qui ne sont pas indispensables à sa santé⁵⁰. On en déduit donc que lorsque la circoncision doit être pratiquée pour des raisons thérapeutiques, et que donc elle est qualifiée d'acte usuel, elle emporte avec elle un régime plutôt favorable à l'enfant mineur qui pourra prendre part à la décision relative à sa santé. En revanche lorsque la même opération devra être pratiquée pour des raisons religieuses, seuls les parents auront pouvoir de décision et la volonté de l'enfant sera occultée. Dans ce second cas, la volonté individuelle de du mineur a presque autant d'importance que celle des mineures victimes d'excision. Ainsi cette distinction dans la qualification, opérée par la Cour de cassation, ne va pas sans poser quelques interrogations.

Somme toute, la circoncision rituelle bénéficie d'un régime juridique largement favorable. Il serait souhaitable d'accorder une plus grande place au consentement de l'enfant. Toutefois ce régime pose de nombreuses problématiques au regard de l'état du droit quant au traitement pénal des atteintes à l'intégrité physique. En effet la circoncision demeure une atteinte à l'intégrité corporelle, ne bénéficiant pas explicitement d'une justification légale, celle-ci devrait donc être appréhendée à travers la qualification pénale de « violences volontaires ».

⁴⁹ Article L. 1111-2 al. 5 du code de la santé publique.

⁵⁰ Article L. 1111-4 du code de la santé publique.

2) La nature juridique de l'acte de circoncision

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 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 volontaires. 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.

La circoncision constitue une mutilation génitale et peut donc recevoir une qualification criminelle. Dans l'éventualité où la Cour se prononcerait en faveur de la répression de la circoncision, il est fort possible que cet acte tombe sous le coup de l'incrimination de violences volontaires ayant entraîné une mutilation. Il a été dit précédemment que la voie de la pénalisation ne semblait pas une prise en considération adaptée aux infractions relatives à un fait culturel. Cependant la Cour, dans le cas où elle unifierait sa jurisprudence relative aux mutilations sexuelles féminines et masculines, rendrait peut-être plus cohérente l'attitude des pouvoirs publics face aux expressions culturelles tels que la circoncision et l'excision. Le droit allemand s'est, pour sa part, prononcé en faveur de la répression de la circoncision, qui constitue en ce sens une mutilation génitale⁵¹. Par ailleurs, la Cour de cassation a déjà pu qualifier la circoncision de « voie de fait » étant donné l'atteinte à l'intégrité physique⁵². Dans le cas où la qualification de mutilation ne serait pas retenue, la circoncision peut également recevoir la qualification de violence délictuelle pour

⁵¹ Voir en droit allemand, Tribunal de grande instance de Cologne, 7 mai 2012, admettant la répression de la pratique de la circoncision, non justifiée par un intérêt thérapeutique, opérée par un médecin, R. LIBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *D.* 2012, p. 2044.

⁵² Cass 1ère civ 26 janvier 1994. *D.* 1995 Jur p 226 note C. Choain.

violences pratiquées sur un mineur de quinze ans⁵³. L'incrimination de violences n'est pas une affaire de degré mais de nature. La technique pénale est ainsi faite que la loi pénale couvre toute atteinte à l'intégrité⁵⁴. 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.

La portée de l'acte de circoncision. D'un point de vue médical, la circoncision n'est pas un acte bénin. En effet celle-ci entraîne assez souvent des complications, voir des accidents, pouvant mener jusqu'à la mort⁵⁵. Toutefois elle n'entre pas dans la catégorie des actes médicaux à risque. En revanche la circoncision peut être qualifiée tantôt d'acte « grave », tantôt d'acte usuel⁵⁶. Un acte grave ne peut pas constituer en un acte usuel, car un acte usuel est un acte qui se trouve dans les pouvoirs généraux des parents exerçant l'autorité parentale⁵⁷. Il est communément admis que la

⁵³ Article 222-13 du code pénal.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Voir en ce sens CA Paris, 12 février 1992, ainsi que CAA Lyon, 20 sept. 1993, *Gaz. Pal.* 28-29 sept. 1994, p. 25, note J. Bonneau, affaire dans laquelle le tribunal administratif a admis la responsabilité d'un service public hospitalier dans lequel un bébé était décédé des suites d'une anesthésie générale pratiquée à l'occasion d'une circoncision rituelle. Voir également Cass. 1re civ., 6 déc. 1994, *D.* 1995. IR. 38, affaire dans laquelle la Cour de cassation a retenu la faute d'un médecin ayant pratiqué une circoncision rituelle dans des circonstances telles qu'une nécrose irréversible du gland s'était produite. Voir également : CE 3 nov. 1997, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, n° 153686, *RFDA*, 1998. 90, concl. V. Péresse. Voir aussi CA Paris, 12 févr. 1992, *D.* 1993. Somm. 27, obs. J. Penneau, où la plus grande partie de la verge s'est nécrosée à la suite de l'acte, effectué par un stomatologiste faisant office de circonciseur, habilité par le Consistoire.

⁵⁶ La Cour d'appel d'Aix-en-Provence donne une définition de ce qu'est un acte usuel dans son arrêt du 28 octobre 2011 n° 2011/ 325 rendu en Chambre spéciale des mineurs : « des actes de la vie quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée ». Cette définition sera reprise par la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant présentée à l'Assemblée nationale en avril 2014.

⁵⁷ J. HAUSER, « Droit à l'image et acte usuel de l'autorité parentales », *RTD civ* 2012. 91.

qualification de l'acte en acte usuel ou non, permet de déterminer les pouvoirs de décision des parents sur l'enfant. Or selon la Cour de cassation la circoncision revêt une nature différente selon la fin qui lui est attribuée. En effet la circoncision pratiquée à des fins rituelles n'est pas un acte usuel, alors que la circoncision pratiquée à des fins médicales constitue un acte usuel⁵⁸. La jurisprudence atteste de cette intrigante distinction⁵⁹. Par conséquent la circoncision rituelle ne constitue pas un acte usuel, mais elle n'est pas non plus un acte médical. Aussi cet acte n'échappe pas au principe d'indisponibilité du corps humain. On en conclue, conformément à la distinction établie par la Cour, que l'atteinte à l'intégrité corporelle, causée par le *médecin-mohel*⁶⁰, n'est pas justifiée. Cette atteinte est tout aussi injustifiée que l'excision. Il n'y aurait donc pas de raison de traiter ces deux pratiques de manière différente⁶¹.

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'Etat, de devoir protéger des comportements culturellement inspirés, qui portent 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 les 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'Etat ne puisse pas interdire certaines pratiques qui seraient contraires aux droits fondamentaux. La Cour européenne des droits de

⁵⁸ Civ 1^{ère}, 26 janvier 1994, n°92-10.838, D 1995.226.

⁵⁹ Pour un exemple de qualification d'acte usuel d'une circoncision médicalement nécessaire : TGI Paris, 6 novembre 1973, *Gaz Pal* 1974 1.299, note Barbier. Pour un exemple de qualification d'acte non usuel d'une circoncision à des fins rituelles : TGI Toulouse, 7 novembre 2000, *RG* n°1999/05 839.

⁶⁰ Le mohel est la fonction de celui qui exécute la *Brit milah* selon la tradition juive, c'est-à-dire la circoncision rituelle d'un enfant de sexe masculin au huitième jour après sa naissance.

⁶¹ J. PENNEAU, « Responsabilité civile d'un médecin ayant pratiqué une circoncision sur un enfant dont le gland s'est nécrosé à la suite de complications », *D.* 1993. 27.

l'homme est déjà 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 foi⁶². 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 ». D'autre part, il est acquis que l'Etat membre de la Convention, doit assurer à toute personne placée sous sa juridiction, le respect effectif des droits de la Convention. Toutefois la Cour a pu à plusieurs reprises, préciser l'étendue de la protection qui est due par l'Etat. Ce dernier est responsable quand bien même la violation des droits fondamentaux aurait eu lieu au sein de la sphère familiale ou domestique⁶³. 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 Etat, 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 familial⁶⁴. 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 la circoncision pourrait faire l'objet d'une répression. Cependant 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'Etat, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne* »⁶⁵. Toutefois pour que l'Etat 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.

⁶² Commission, *Sept personnes c. Suède*, requête n°8811/79, décision du 13 mai 1982, D.R., 29, p. 117.

⁶³ CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A, vol 95, (§23).

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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 pratique de la circoncision bénéficie d'un statut privilégié. En effet, elle échappe à la répression pénale malgré sa nature d'atteinte à l'intégrité corporelle. Ce statut interroge d'autant plus sur le traitement réservé à l'excision qui est des plus sévères, alors même que l'excision constitue au même titre que la circoncision, une mutilation génitale. La pratique de l'excision fait naître un véritable conflit de culture qui se cristallise à travers la répression pénale. Sa répression débute en France à partir des années quatre-vingt. La Cour de cassation n'a jamais laissé place à l'argument culturel.

Section II - L'excision

Originnaire de traditions africaines, l'excision est aussi appelée la « coupure qui sauve ». Cette appellation témoigne de la place fondamentale qu'elle occupe au sein de l'organisation sociale de ces communautés (1). Le droit pénal s'est saisi de cette pratique à travers la qualification de violences volontaires (2).

1) L'excision, « la coupure qui sauve »

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 excellence. Elle est à 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'homme⁶⁶. 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

⁶⁶ 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.

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 sévère⁶⁷. Loin de vouloir légitimer l'excision, il conviendra cependant de constater que cette répression demeure stérile⁶⁸.

Origine de l'excision rituelle. 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 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.

La signification du rite. Initialement ce rite avait pour finalité la différenciation des sexes. 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* »⁶⁹. 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 féminin⁷⁰. Sur un plan moins théorique, l'excision a pour conséquence de supprimer toute sensation

⁶⁷ J. DUBOIS, « Une violence sacralisée – La judiciarisation de l'excision », E. LE ROY et T. VON TROTHA (dir), *La violence et l'Etat. Formes et évolution d'un monopole*, L'Harmattan, Paris, 1981.

⁶⁸ Cf *infra*.

⁶⁹ 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).

⁷⁰ I. GILLETTE-FRENOY, *L'excision et sa présence en France*, Ed GAMS, Paris, 10992, p. 185.

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 tradition⁷¹.

La typologie des différentes excisions. 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 vaginale 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.

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 religieuse⁷². Contrairement à sa signification originelle, l'excision est aujourd'hui instrumentalisée. Elle constitue d'avantage un moyen pour l'homme d'asseoir son autorité⁷³. 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

⁷¹ 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.

⁷² H. GIORDAN, « Les minorités ethno-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.

⁷³ 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.

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).

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 mesurée⁷⁴. 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 1981⁷⁵.

L'excision constitue donc la clef de voute d'une organisation sociale propre à certains groupes d'origine africaine, installés en France suite à un mouvement migratoire conséquent. Le groupe constitue souvent le premier support d'intégration, or le droit pénal en réprimant cette pratique au titre des violences volontaires, bouleverse l'organisation sociale des communautés concernées. Quand bien même il semble fort souhaitable d'éradiquer une telle atteinte à l'intégrité physique et psychologique des jeunes filles concernés, l'action pénale se heurte au facteur culturel.

2) La mutilation rituelle à travers le droit pénal

Les mutilations génitales sont réprimées par le code à travers l'incrimination « Des violences ». Les articles 222-7 et suivants du code pénal visent des violences volontaires, de ce fait les violences ne peuvent servir à réprimer des atteintes à l'intégrité de la personne commises par omissions. Les violences supposent un comportement actif. Si le code parle de « violences » au pluriel, il s'agit cependant d'une infraction simple qui sera constituée à partir d'un acte unique⁷⁶.

⁷⁴ Crim 9 mai 1990 (Droit pénal, nov. 1990, n° 291, non publié au Bulletin).

⁷⁵ G. LEVASSEUR, « Qualification criminelle de l'excision », *RSC*, 1991, p. 565.

⁷⁶ Cependant il existe une exception que sont les violences habituelles.

Par conséquent la matérialité de l'infraction est centrée sur l'unicité du comportement, le législateur confère une portée symbolique à l'acte de violence : « *parce que les violences sont l'expression d'une hostilité qui mérite en soi d'être prévenue et sanctionnée, il est politiquement utile de les appréhender dès les premiers signes, sans attendre d'autres démonstrations de leur existence* »⁷⁷. En outre l'atteinte à l'intégrité de la personne est un élément constitutif de l'infraction, il s'agit par conséquent d'une infraction matérielle. Il sera donc impératif de démontrer à la fois l'existence d'un comportement violent ainsi que l'existence d'une atteinte à l'intégrité de la personne. Une atteinte à l'intégrité corporelle qu'elle quelle soit permet de considérer l'infraction comme étant consommée. En revanche il existe une distinction entre la consommation et la qualification de l'infraction de violences volontaires. Que la violence ait entraîné la mort ou une simple incapacité, l'infraction sera consommée, sa matérialité établie. Pour ce qui est de la qualification de l'infraction, celle-ci variera en fonction de la gravité du résultat du comportement. Ainsi le résultat de l'infraction n'est rien d'autre qu'un critère permettant de moduler la réponse pénale. De ce fait, deux personnes qui auraient eu la même intention agressive de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne, se verront traitées différemment dans la mesure où l'une des victimes aura par exemple été plus faible, plus jeune ou en moins bonne santé que l'autre victime qui elle par exemple ne serait pas décédée à la suite des violences de même intensité. La sanction pénale dépend du résultat effectivement produit de l'infraction qualifiée de violences. Par conséquent, ne serait-ce pas plus juste de raisonner à partir du comportement plutôt que du résultat ? Au fond, la loi pénale devrait réprimer identiquement tout comportement d'animosité et d'agression envers autrui quand bien même le résultat de tels comportements ne serait pas le même.

L'excision est une violence ayant entraîné une mutilation. Déjà en 1983, la Cour de cassation qualifiait l'excision de mutilation : « *Les faits relevés, à les supposer établis, réuniraient à la charge de l'inculpée les éléments constitutifs du crime de violences 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* »⁷⁸. Selon une définition purement médicale, la mutilation

⁷⁷ Y. MAYAUD, « Violences volontaires », RSC, 2008, p. 587.

⁷⁸ 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.

consisterait en la « perte partielle ou complète d'un membre ou d'un organe externe »⁷⁹. Selon une définition plus commune la mutilation est définie comme l'« ablation » ou la « détérioration » d'un membre ou d'une partie externe du corps⁸⁰. 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 a repris 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 grave. 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 ». 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 défaut : « 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 »⁸¹. Notons à ce titre que l'infirmité parce qu'elle est permanente revêt également un caractère irréversible. Cette solution peut sembler assez sévère dans la mesure où la Cour pose une condition d'irréversibilité afin de constater la mutilation. Elle traite de manière distincte l'ablation d'un organe ou d'un membre et l'atteinte grave à l'usage d'un organe, que constitue par exemple le résultat d'une ligature des trompes. De plus, selon le Conseil national de l'ordre des médecins, la suppression irréversible de la fonction de reproduction que constitue la ligature des trompes, est bien une intervention mutilante. Ainsi, au seul motif que cette opération n'empêche pas toujours la procréation, la Cour l'écarte de la qualification de mutilation quand bien même la ligature des trompes atteint gravement l'organe reproductif et rende parfois très difficile, voire impossible la procréation. Au regard de la jurisprudence de la Cour, toute

⁷⁹ Dictionnaire de médecine, Flammarion, abris, 1985.

⁸⁰ Dictionnaire Le Robert, Paris, 2006.

⁸¹ Crim. 19 janv. 2005, no 03-87.210, D. 2006, pan. 1200, obs. Galloux, *Dr. pénal* 2005. Comm. 55, obs. Véron.

possibilité de récupération, aussi infime soit-elle fait échec à la qualification de mutilation ou d'infirmité permanente.

L'excision constitue une mutilation génitale. 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* »⁸². En outre, la Cour a eu l'occasion d'affirmer le caractère foncièrement mutilant de l'excision⁸³, qu'elle assimile d'ailleurs à la castration⁸⁴.

La loi pénale étend le champ d'application de l'interdiction de l'excision. Aussi l'excision est expressément visée par un texte venant étendre le champ d'application de certaines dispositions du code pénal. La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, qualifie expressément de « violences ayant entraîné une mutilation », les violences sexuelles perpétrées conformément à des rites établis⁸⁵. Cette loi est essentielle car elle étend la protection des jeunes mineures étrangères. Bien que ne résidant pas officiellement en France elles sont protégées sur le fondement de cette loi promulguée explicitement dans le but de réprimer l'excision. La loi pénale s'attache non plus à la nationalité du sujet mais plutôt à son lieu de « résidence habituelle ». Ainsi la protection pénale bénéficie aux mineures y compris lorsqu'elles sont en situation illégale. De plus cette loi vise à rendre sans utilité

⁸² HCDH, OMS, ONUSIDA, PNUD, UNCEA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM. Éliminer les mutilations génitales féminines : Déclarations interinstitutions. Genève : OMS ; 2008 : 22–7. Disponible : <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/fgm/9789241596442/fr/index.html>. Consulté le 29 décembre 2011.

⁸³ 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.

⁸⁴ Crim. 16 nov. 2004, no 04-85.318, *Dr. pénal* 2005. Comm. 22, obs. Véron.

⁸⁵ La loi no 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JO 5 avr.), a inséré un nouvel article 222-16-2 dans le code pénal, destiné à étendre le principe de personnalité passive aux victimes mineures résidant habituellement sur le territoire français pour les crimes ou délits commis à l'étranger prévus par les articles 222-8, 222-10 ou 222-12 du code pénal.

les voyages forcés de retour au pays, organisés par les familles des jeunes filles, afin que celles-ci se fassent excisées, tout en échappant à la loi pénale.

Les mutilations génitales peuvent être qualifiées de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Tribunal administratif de Lyon a pu juger « *que l'excision constitue une mutilation du corps de la femme, fréquemment suivie de complications infectieuses pouvant entraîner la mort de sorte qu'elle constitue, lorsqu'elle ne procède pas de nécessités thérapeutiques et qu'elle est pratiquée contre la volonté de la femme qui y est soumise, un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* »⁸⁶.

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'excision⁸⁷. L'élément psychologique consiste à se représenter mentalement les faits tels qu'ils sont 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 circonçoit. 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*

⁸⁶ TA Lyon, 12 juin 1996, *D.* 1998, Somm. 16, obs. Julien-Laferrière et p. 304, obs. M. Vasseur ; *JCP* 1997, I, 3996, obs. H. Fulchiron ; *RUDH* 1996, p. 695, note Levinet.

⁸⁷ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et cultures*, 20, 1990, p 201.

fonction physiologique ne revêt de signification que par référence à un code socioculturel donné
»⁸⁸.

Intention de mutiler et intention de torturer. Certains auteurs ont considéré que l'excision constituait une mutilation du corps de la femme qui générait des souffrances aiguës au sens de la Convention des Nations Unies contre la torture et suggèrent d'y appliquer le « crime de torture et actes de barbarie prévu par l'article 222-1 du Code pénal⁸⁹. Si les violences au sens du code pénal doivent avoir une connotation afflictive, il subsiste tout de même une différence de nature entre l'infraction de violences et celle de torture et actes de barbarie. Aussi l'élément moral de l'infraction de violence demeure différent de celui de l'infraction de torture et actes de barbarie. L'élément moral de l'infraction de violences réside dans l'intention de porter atteinte à l'intégrité de la victime. L'élément moral de l'infraction de torture et acte de barbarie s'entend de manière plus nuancée. Selon certains auteurs, l'intention coupable se décuple en deux composantes⁹⁰. La première composante tient en le fait de « soumettre une personne » à de tels actes, ce qui signifie que l'auteur ait conscience du fait que la victime ne soit pas consentante. La seconde composante de l'intention coupable, consistant en la volonté d'infliger des tortures ou de soumettre la victime à des actes de barbarie, ferait l'objet de diverses conceptions. Prise dans son unité, cette composante révélerait « la volonté d'infliger des souffrances aiguës à la victime »⁹¹. Cependant, prise sous un autre aspect cette composante pourrait à nouveau se diviser en deux intentions distinctes, selon qu'il soit question des tortures ou des actes de barbarie. Dans le cas de la torture, l'intention coupable serait constituée par « la volonté de soumettre la victime à d'insupportables supplices corporels », toutefois dans le cas des actes de barbarie, l'intention serait constituée dès lors que l'auteur a eu la volonté d'humilier ou d'avilir sa victime⁹². Ainsi, par cette dernière intention,

⁸⁸ M. ELRICH, « Notion de mutilation et criminalisation de l'excision en France », *Droit et cultures*, n°20, 1990, p. 150.

⁸⁹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, n°479 et s.

⁹⁰ R. OLLARD, *Tortures et actes de barbarie*, Folio 372103, Cote 11, 2006, Coll. PE, Mac 333, 222-1 à 222-6-2, Fasc. 20, point 81.

⁹¹ Cass crim 4 avril 2002, inédit, n°02-80.328.

⁹² R. OLLARD, *Tortures et actes de barbarie*, Folio 372103, Cote 11, 2006, Coll. PE, Mac 333, 222-1 à 222-6-2, Fasc. 20, point 81.

l'auteur aurait la volonté de porter atteinte à la dignité de la victime. Somme toute, il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que l'atteinte à la dignité humaine puisse être un élément constitutif de l'infraction de torture et acte de barbarie. La jurisprudence a pu laisser penser que l'atteinte à la dignité constituait effectivement un élément constitutif de l'infraction de torture et actes de barbarie. Selon la Cour, la commission de cette infraction « est inhérente à la volonté de nier la dignité de la personne humaine »⁹³. Le comportement de l'auteur a également pu être qualifié de « pervers » dans la mesure où « son action avait pour but de porter une atteinte à la dignité de la victime »⁹⁴. Ce mouvement jurisprudentiel rejoint une conception issue de la doctrine, selon laquelle l'infraction de torture et acte de barbarie supposerait nécessairement une intention d'humilier ou d'avilir la victime, intention qui ne se retrouve pas dans l'acte d'exciser. En ce sens il semble judicieux que la répression de l'excision demeure au titre de violences volontaires.

L'excision porte atteinte à la dignité de la femme. Si l'on considère que l'atteinte à la dignité de la victime puisse être une condition à la constitution de l'infraction de torture et actes de barbarie au sens du code pénal⁹⁵, l'excision pourrait-elle relever de cette incrimination, comme l'affirme le

⁹³ Cass. Crim, 10 janvier 2006 inédit, n°05-86.216.

⁹⁴ Cass. Crim, 11 janvier 2005 ; *AJP* 2005 p 242 obs M. Redon.

⁹⁵ Notons que l'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne par la Cour européenne des droits de l'homme, plaide pour l'insertion de l'atteinte à la dignité de la personne humaine, dans la qualification d'acte de torture et traitements inhumains et dégradants. Dès 1978, la Cour a reconnu que la peine de fustigation dans l'île de Man porte atteinte à « l'un des buts principaux de l'article 3 de la Convention » qui n'est autre que « la dignité et l'intégrité physique de la personne ». La Cour justifie son interprétation par le fait que la peine en question revient à traiter le plaignant « comme un objet aux yeux de la puissance publique » (CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer*, série A, n° 26). De surcroît, la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà conclu à la qualification de l'article 3 de la convention alors même que la gravité de l'acte ne semblait pas avérée. Dans un arrêt *Bouyid c/ Belgique* dans lequel deux ressortissants belges se plaignait d'avoir été giflés par des agents de police, la Cour considère qu'il suffit pour que soit franchi le seuil de gravité de l'article 3, que la victime soit « humiliée à ses propres yeux ». Selon la Cour, un traitement inhumain et dégradant suppose que soit porté atteinte à la dignité des requérants. Par conséquent elle conclut à la matérialité du traitement dégradant et inhumain (CEDH, *Bouyid c. Belgique*, Grande chambre, 28 septembre 2015, requête n°23380/09). Au fond le terme « inhumain » figurant dans le texte de l'article 3 de la Convention pouvait

Tribunal administratif de Lyon ? Il est tout à fait concevable que l'excision, parce qu'elle vise l'organe sexuel, constitue, en plus d'une atteinte à l'intégrité, une atteinte à la dignité de la personne humaine. La mutilation touche à la plus intime des parties de la femme. La jurisprudence laisse à penser que l'ablation de l'organe génital constitue une atteinte à la dignité de la personne humaine. En effet, la Cour d'appel de Versailles a jugé qu'en coupant volontairement le sexe d'un enfant, « l'auteur a voulu le priver d'une vie sexuelle normale ». La Cour souligne l'intention de l'auteur qui, au-delà de la volonté de porter atteinte à l'intégrité d'homme de la victime, était de porter atteinte à sa dignité⁹⁶. La qualification retenue a donc été celle de torture et actes de barbarie. Aussi la Cour tend à rappeler par cet arrêt, que le sexe est « consubstantiel à l'appartenance au genre humain »⁹⁷. De surcroît, si l'organe sexuel féminin participe à l'identité sexuelle de la femme, son ablation témoigne d'une réification de la personne. Privée de cet organe et de sa fonction sexuelle, la femme n'est plus qu'une génitrice. Privée d'une fonction essentielle, elle n'est plus conçue dans sa totalité. Finalement, interdire par le biais d'une mutilation, la vie sexuelle à une femme, c'est la priver de son autonomie personnelle et donc de la liberté d'exercer des choix relatifs à sa vie privée au sens de la jurisprudence de la Cour européenne. D'ailleurs des travaux anthropologiques ont démontré que le rite d'excision tendait à devenir un moyen pour les hommes, issus des traditions ouest et est-africaines, d'asseoir un rapport de domination et donc d'imposer leur autorité. Or, « le pouvoir entendu comme faculté d'imposer sa volonté à autrui devient en même temps faculté de nier la volonté d'autrui »⁹⁸. Prise sous cet angle, la mutilation a pour effet la réification de la femme excisée. En outre, elle se voit dénier le droit d'avoir une vie sexuelle. En ce sens le caractère avilissant de l'acte peut être souligné. Finalement, dans le cas où l'excision témoignerait d'une volonté d'atteindre la dignité de la personne humaine, alors elle pourrait être appréhendée à travers l'article 222-1 du code pénal.

à lui seul justifier que soit prise en compte l'atteinte à la dignité humaine, puisque traiter un homme de manière indigne consiste à nier son humanité.

⁹⁶ CA Versailles 2 juillet 2004, citée par Cass. crim. 16 novembre 2004, n° 04-85318, inédit.

⁹⁷ R. OLLARD, *Tortures et actes de barbarie*, Folio 372103, Cote 11, 2006, Coll. PE, Mac 333, 222-1 à 222-6-2, Fasc. 20, point 89.

⁹⁸ C. CEVELY, « Réflexions sur l'inhumain et le droit », *RSC*, 2005, p 483.

Une jurisprudence ancienne. Les premières affaires d'excision ont vu le jour au cours des années 1980. Les qualifications ont varié au fil des affaires. Des arrêts ont pu être rendus sur le fondement de la non-assistance à personne en danger qui exclut la qualification involontaire de l'acte. Lorsque l'excision a entraîné la mort de l'enfant, des arrêts ont été rendus inculquant les parents d'homicide involontaire, ou encore de coups mortels sur enfant de moins de quinze ans. Dans des cas moins dramatiques, le chef d'accusation était le plus souvent celui de coups et blessures à enfant de moins de quinze ans⁹⁹. En effet, à l'époque une loi du 2 février 1981 réprimait les coups et les violences à des enfants. La loi posait trois critères qui permettaient de faire varier la peine. Lorsque l'auteur n'était pas un tiers mais une personne ayant autorité légitime sur l'enfant, la peine était aggravée. Lorsque les coups et les violences constituent une habitude la peine était aggravée. La peine pouvait également varier en fonction des conséquences qu'entraînaient les coups et les violences (une incapacité de travail inférieure à huit jours, supérieure à huit jours ou permanente). La loi prévoyait donc une aggravation de la peine, celle-ci pouvant aller jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité s'il s'agissait d'une mutilation permanente causée par les parents. A l'époque il a fallu rechercher un texte à caractère général qui pouvait viser la pratique de l'excision.

L'absence de texte spécial. Il n'existe pas de texte incriminant spécifiquement les mutilations génitales et il ne semble pas indispensable de légiférer en ce sens. Certains pays comme la Suède ont choisi d'adopter un texte spécial incriminant directement l'excision¹⁰⁰. La Grande Bretagne a choisi de sanctionner d'une lourde peine le personnel de santé qui procéderait à une excision, ce qui semble être une des issues les plus néfastes¹⁰¹. Les pays d'Afrique n'ont, pour leur part, toujours pas trouvé d'alternative à la pénalisation de l'excision¹⁰². Toutefois l'Italie a pris le contrepied de cette attitude répressive, elle permet au personnel médical de procéder à des excisions. Le débat

⁹⁹ Loi du 2 février 1981 réprimant les coups et les violences à enfants (ancien art 312 code pen).

¹⁰⁰ Loi promulguée en Suède le 1^{er} juillet 1982 prévoyant deux ans d'emprisonnement pour l'auteur d'une excision.

¹⁰¹ Grande Bretagne, loi du 16 juillet 1985 réprimant l'excision et condamnant les praticiens coupables d'avoir opéré une intervention sur les organes génitaux, à cinq ans d'emprisonnement.

¹⁰² De nombreuses législations telles que la législation du Burkina Faso, du Soudan, de l'Egypte ont interdit l'excision sous peine de sanction pénale.

est donc resté circonscrit à la sphère médicale. Les pouvoirs publics ainsi que la communauté médicale ont l'opportunité de faire évoluer la pratique et de la délester de son aspect barbare. On pourrait envisager que l'infibulation se transforme en une légère incision symbolique du clitoris. Cependant instaurer la médicalisation de l'excision est un procédé qui fait débat. Il implique de gagner l'adhésion des professionnels de la santé qui s'y opposent le plus souvent en invoquant la déontologie que leur impose leur profession. Un argument qui perd beaucoup de sa légitimité face à la pratique médicalisée de la circoncision masculine.

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 mineures de moins de 15 ans et, le plus souvent, avec la participation ou la complicité des parents¹⁰³. Ainsi, dès les premières affaires, la répression est exemplaire¹⁰⁴. 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 folie¹⁰⁵. 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 peine. Dans 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 correctionnalisation¹⁰⁶. Les sanctions pénales sont élevées, dans cette affaire l'exciseuse a par exemple été condamnée à cinq années de réclusion criminelle. 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.

¹⁰³ Article 222-8 à 222-12 c. pén., ancien art. 310 et 312 c. pén.

¹⁰⁴ 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).

¹⁰⁵ Crim. 10 août 1983, Bull. crim. n° 229, *RSC* 1984.73, n° 1-II.

¹⁰⁶ Crim 9 mai 1990 (*Droit pénal*, nov. 1990, n° 291, non publié au Bulletin).

L'excision ayant entraîné la mort. Il s'agit là, d'un individu qui a eu, à un moment donné, la volonté de son comportement violent. S'il avait la volonté de blesser, avait-il pour autant la volonté de tuer ? L'homicide est involontaire car la mort n'est pas voulue. Cependant la frontière est mince entre la qualification d'homicide involontaire et d'homicide volontaire et elle tient à la distinction entre la consommation et la qualification de l'infraction de violences volontaires. L'infraction est consommée dès lors qu'il y a un comportement violent et une intention de porter atteinte à l'intégrité corporelle. La Cour de cassation rappelle que les violences mortelles ne peuvent exister que « *lorsqu'un acte volontaire de violence a été accompli, quel que soit le mobile qui l'ait provoqué, et alors même que son auteur n'aurait pas voulu la mort qui en est résulté* »¹⁰⁷. Aussi les violences mortelles sont sanctionnées de quinze ans de réclusion, tandis que le meurtre est quant à lui sanctionné de trente ans de réclusion. La qualification adéquate en cas de décès d'une fillette excisée est donc celle de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Celle-ci suppose la volonté de l'acte, la volonté de blesser mais ne suppose pas l'intention de tuer.

Sur l'étendue du préjudice. La mutilation génitale engendre une atteinte permanente à l'intégrité physique de la victime, qui va subir tout au long de sa vie la marque d'une privation définitive résultant de l'excision. Par ailleurs, si l'infraction de violence suppose de démontrer une atteinte à l'intégrité corporelle de la victime, il n'est pas nécessaire que l'atteinte soit concomitante à la violence. En matière d'excision si l'atteinte à l'intégrité corporelle est concomitante à la violence, il en résulte cependant qu'elle peut évoluer ou alors apparaître sous un autre jour au cours de la vie d'une femme. En ce sens, une excision qui n'aurait pas entraîné de complications à la suite de l'acte lui-même, pourrait entraîner des complications le jour de l'accouchement de la femme victime d'une excision dans sa jeune enfance par exemple. La Cour de cassation a admis la réparation d'un préjudice dont la consolidation ne peut être établie que postérieurement aux violences. Elle juge par exemple que lorsqu'un premier certificat médical, établi le jour des faits, estime la durée de l'incapacité résultant de l'agression à 7 jours, et qu'un second certificat, dressé quatre jours plus tard, évalue cette durée à 10 jours, « est à bon droit retenue la qualification de coups ou violences volontaires ayant entraîné une incapacité temporaire totale de travail personnel

¹⁰⁷ Crim. 5 févr. 1979, no 78-91.704, Bull. crim. no 49 ; Crim. 6 juill. 1993, no 93-81.989, *Gaz. Pal.* 1993. 2. Somm. 469, obs. Doucet.

supérieure à huit jours, dès lors que ces documents médicaux sont complémentaires et non contradictoires, que la gravité de certaines lésions n'apparaît pas immédiatement après un traumatisme, et qu'un délai est parfois indispensable avant la manifestation des symptômes permettant le diagnostic »¹⁰⁸. Finalement c'est peut-être pour prendre toute la mesure de l'atteinte que la loi distingue entre le comportement et le résultat de l'infraction. Une atteinte psychique peut également résulter de violences volontaires. Au-delà d'une atteinte physique, les violences peuvent générer un choc d'ordre émotif¹⁰⁹. L'atteinte psychique résulte d'un déséquilibre psychique. Il semblerait que ce préjudice soit avéré dans le cas d'une ablation d'une ou plusieurs parties du sexe féminin durant l'enfance. Outre le choc psychique résultant de l'acte lui-même, l'atteinte psychique pourra en plus résulter d'un déséquilibre psychique lié à l'anormalité du sexe et de la vie sexuelle de la victime. En effet, les femmes excisées sont le plus souvent sujettes à des troubles de l'anxiété, elles peuvent éprouver de nombreuses peurs comme celle de s'engager dans une relation, d'avoir des relations sexuelles ou encore de tomber enceinte.

Sur la nature du préjudice résultant de l'excision. La victime d'une excision est en droit de demander la réparation du préjudice sexuel qu'elle aurait subi. La Cour a par exemple admis que, la clitoridectomie consécutive à un accident de la circulation autorisait la victime à réclamer la réparation du préjudice sexuel qu'elle subissait de ce fait¹¹⁰. La Cour a également eu l'occasion de parfaire la définition du préjudice sexuel en lui donnant une dimension plus nuancée et surtout plus complète. Désormais le préjudice sexuel « *comprend tous les préjudices touchant à la sphère sexuelle à savoir : le préjudice morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi, le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel, qu'il s'agisse de la perte de l'envie ou de la libido, de la perte de la capacité physique de réaliser l'acte, ou de la perte de la capacité à*

¹⁰⁸ Crim. 20 février 1995, no 94-83.049, *Dr. pénal* 1995. Comm. 138, obs. Véron.

¹⁰⁹ Crim. 9 juin 2004, no 03-84.934, *Dr. pénal* 2004. Comm. 173 : a été reconnue comme justifiée la décision d'une cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable de violence aggravée, avait énoncé, par motifs propres, que le fait de projeter volontairement un objet solide, tel une pâtisserie, au visage d'une personne, et de l'atteindre, constitue par nature un acte de violence physique envers cette personne, et, par motifs adoptés, qu'au-delà de l'atteinte physique, cette violence est de nature à provoquer un choc émotif.

¹¹⁰ Crim 14 juin 1990, Bull. crim. n° 243, *JCP* 1990.IV.338.

accéder au plaisir, le préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer »¹¹¹. Par cette décision la Cour extrait le préjudice sexuel du préjudice d'agrément. En lui conférant une certaine autonomie elle encourage à la réparation totale de la pluralité des expressions du préjudice sexuel. Elle se conforme ainsi à la conception du préjudice sexuel que propose le rapport Dintilhac. Cependant, la reconnaissance du préjudice sexuel découlant de la mutilation génitale n'a pas toujours été aussi évidente. La jurisprudence a d'abord appréhendé la mutilation en cause à travers l'incapacité partielle permanente. Toutefois celle-ci n'a pas toujours été reconnue dans le cas de la clitoridectomie¹¹². Dans les années quatre-vingt, la jurisprudence a eu tendance à écarter à la fois le préjudice d'établissement mais aussi le préjudice sexuel¹¹³. La qualification a évolué, il s'agirait aujourd'hui d'une infirmité permanente. En 1982 dans l'affaire *Binto Doucara*, les médecins-experts¹¹⁴ en avaient conclu que, bien que cette mutilation prive désormais la victime d'une zone érogène (ce qui a pour conséquence de « modifier le comportement sexuel de la future femme, dans la mesure où celle-ci sera susceptible d'être privée de la sensation qu'elle pourrait obtenir par l'excitation des corpuscules nerveux qui se trouvent au niveau du clitoris »), il n'en résulte cependant aucune incapacité permanente partielle, sur un plan « strictement médico-légal ». Ainsi, bien que la médecine eu affirmé que cette mutilation avait bien pour effet de réduire voire de priver la future femme de tout plaisir sexuel, cette atteinte n'était pas considérée comme pouvant constituer à l'époque une incapacité permanente partielle. Aussi, notons que le concept d'incapacité semble mal adapté à la clitoridectomie dans la mesure où il prend en compte la durée de la blessure, alors que d'un point de vue médical, la réduction de la capacité orgasmique varie selon l'intensité de la mutilation. En ce sens, la substitution de l'infirmité à l'incapacité est bienvenue. D'autre part le préjudice sexuel et le préjudice d'établissement témoignent de la double fonction de l'organe génital qui recouvre une fonction sexuelle et une fonction dite reproductive¹¹⁵. Ces deux préjudices

¹¹¹ Cour de cass civ 2^e, 17 juin 2010, n°09-15.842, D. 2010. 1625, *RTD. civ* 2010. 562 note P. Jourdain.

¹¹² Ablation du clitoris, a priori sans conséquence sur la capacité de reproduction de l'organe génital féminin.

¹¹³ S'il était acquis que la clitoridectomie était susceptible d'entraîner une incapacité temporaire totale, la détermination du taux ainsi que la reconnaissance d'une incapacité permanente partielle a pu faire débat.

¹¹⁴ Messieurs BAILLY et LECLERC.

¹¹⁵ Le préjudice d'établissement consiste en la perte d'espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap selon une jurisprudence constante de la Cour. Voir pour un exemple Cour de cass civ 2^{ème}, 21 janvier 2016, n°15-10731.

peuvent être invoqués séparément dans le cas où la mutilation n'aurait pas atteint l'organe reproductif.

Le droit pénal appréhende l'excision rituelle à travers l'infraction de violences. Les décisions judiciaires évacuent totalement l'aspect culturel inhérent à ce comportement. Si les solutions sont incontestables sur le plan juridique, elles laissent tout de même les observateurs dubitatifs. Le choix de la criminalisation de l'excision interroge d'autant plus que la circoncision bénéficie d'une totale immunité. La confrontation de la loi pénale à la différence culturelle pose d'épineuses questions, elle met en concours diverses prétentions telles que le droit à l'identité culturelle ou le respect des droits jugés fondamentaux. Il en est de même quant à la revendication d'un mode de vie traditionnel. Le droit pénal incrimine également des comportements, qui sans porter atteinte à l'intégrité corporelle, sont la manifestation d'un mode de vie inhérent à une culture déterminée.

Chapitre II – 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 (Section I). Il en va de même des incriminations visant des modes de vies qui s'écarteraient de la « norme républicaine » (Section II).

Section I - L'infraction de dissimulation du visage

Le pouvoir législatif a légiféré sur la question du voile intégral en invoquant deux fondements qui sont la sécurité ainsi qu'une conception renouvelée de l'ordre public. Il s'agit là avant tout d'une parade (1), qui met en lumière la juridicisation d'une question de société (2).

1) Une parade législative¹¹⁶

L'infraction de dissimulation du visage, une infraction de comportement. L'infraction de dissimulation du visage dans un lieu public est une infraction artificielle dans la mesure où il s'agit d'un comportement illicite certes, mais qui ne porte pas atteinte aux biens ou aux personnes. Cependant ce comportement est perçu par les pouvoirs publics comme une véritable atteinte aux valeurs républicaines¹¹⁷. Elle interroge sur la nature de l'ordre public et son rapport à la culture¹¹⁸. 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). Dans l'affaire *SAS c. France*, la requérante expliquait que la tradition sunnite prescrivait aux femmes de se couvrir le visage en public¹¹⁹. 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* »¹²⁰. D'autre part, il est difficile pour les immigrés qui sont en situation d'isolement culturel, d'acquiescer la conscience du caractère illicite de certains faits, et ce même lorsque ce caractère est évident pour

¹¹⁶ Le petit Robert, *Dictionnaire Le Robert*, 2002, Paris : Une parade au sens d'une manifestation voyante destinée surtout à frapper l'attention.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ CEDH, *S.A.S c/ France*, 1^{er} juillet 2014, n°43835/11, (§139).

¹²⁰ (§57), *op cit.*

le commun des citoyens. Toujours dans l'arrêt *SAS c. France*, la Cour admet que l'objectif de la requérante « n'est pas de créer un désagrément pour autrui »¹²¹.

Le voile intégral, cible indirecte de la loi. Il est incontestable que dès l'origine, la volonté claire et affichée de cette législation était l'interdiction de la *burqa* uniquement¹²². En ce sens, la doctrine a pu parler « d'insincérité normative »¹²³. Le texte ne vise aucun vêtement traditionnel, mais vise la tenue qui est « destinée à dissimuler le visage ». La loi est de portée générale et ne vise expressément aucun groupe d'individu. En revanche, cela est insuffisant pour écarter tout effet discriminatoire de la législation. Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le caractère discriminatoire d'un texte ne peut être écarté qu'après une analyse *in concreto* de celui-ci. La Cour a déjà pu juger que pouvait être considérée comme discriminatoire « une politique ou une mesure générale qui aurait des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe »¹²⁴. En outre, le Conseil constitutionnel a explicité le non-dit dans sa décision en visant le cas « des femmes qui dissimulent leur visage, volontairement ou non, dans les lieux de culte »¹²⁵. Il n'est donc pas surprenant que la grande majorité des contrôles effectués concernent des femmes portant le voile intégral¹²⁶.

La sécurité : un fondement paravent. L'interdiction est le reflet d'une volonté politique inavouable¹²⁷. 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'Etat a dégagé

¹²¹ (§12), *op cit*.

¹²² S. BRONDEL, « Les députés adoptent une résolution contre la *burqa* », *AJDA* 2010. 985.

¹²³ O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Dalloz*, 2011, p. 1166.

¹²⁴ CEDH 13 novembre 2007, *D. H c/ Turquie et al.* n° 57325/00.

¹²⁵ Décision n°2010-613 DC du 7 octobre 2010.

¹²⁶ Rapport annuel de l'Observatoire de la laïcité 2013-2014, mai 2014, p. 84.

¹²⁷ Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel, n°2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Dalloz* 2011. 1166.

deux dispositifs dans son *Etude relative aux possibilités d'interdiction du port du voile intégral*¹²⁸. 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 et, le cas échéant du maire ». Ainsi le Conseil d'Etat préconisait d'élargir une compétence de police administrative¹²⁹. 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).

Derrière les justifications parfois biscornues de la loi, il appert que le droit pénal s'est approprié la question du voile intégral.

2) Une question de société saisie par le droit

Le voile intégral est davantage un habit traditionnel qu'une prescription religieuse.

Si l'on prend l'exemple de la *burqa*, elle est un habit traditionnel issu de la culture des tribus pachtones. Initialement cette tenue était portée principalement en Afghanistan ainsi qu'au Pakistan. Ce vêtement peut être considéré davantage comme une expression culturelle que comme une expression de la religion. C'est peut-être la raison pour laquelle le vivre ensemble a été

¹²⁸ Conseil d'Etat, 30 mars 2010, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*.

¹²⁹ Article L. 2212-2 et L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales.

davantage invoqué que le principe de laïcité dans le débat relatif au *niqab* ou à la *burqa*¹³⁰. Dès lors les pouvoirs publics, en pénalisant ce l'expression de ce particularisme culturel, ne font que peu de place à la tradition en cause¹³¹. Ainsi, conformément à la conception française du « vivre ensemble », l'intégration nécessite souvent pour les populations immigrées de laisser derrière elles une partie de leur manière traditionnelle de mener leur vie¹³². D'autre part la distinction entre culture et religion est parfois très difficile à établir. On constate la difficulté pour les pouvoirs publics de définir le caractère religieux du voile intégral. En effet parmi les exceptions énumérées par l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi, on y trouve qu'il est autorisé de se couvrir intégralement le visage dans l'espace public, lors des manifestations artistiques ou religieuses. La mission parlementaire avait tenté de démontrer que le voile n'était pas une prescription religieuse mais bien une tradition musulmane. Quant au rapport de la commission des lois, il énonce que peuvent faire partie des manifestations traditionnelles, les processions religieuses. Enfin selon les circulaires ministérielles, les processions religieuses qui auraient un caractère traditionnel entreraient dans le champ des exceptions¹³³. Si l'on combine ces textes, font partie des « manifestations traditionnelles » tolérées, les processions religieuses dans la mesure où elles auraient un caractère traditionnel... Seraient donc exclues des exceptions ouvertes par la loi, les processions religieuses n'ayant pas un caractère traditionnel. Par conséquent cela reviendrait à distinguer parmi les processions religieuses, les processions, dont le caractère traditionnel ne serait pas reconnu, seraient donc traitées de manière moins favorable par la loi.

L'inapplicabilité du principe de laïcité. Le principe de laïcité impose à l'Etat le respect de toutes les croyances¹³⁴. Cela implique que l'Etat ne puisse pas privilégier une religion par

¹³⁰ M-C. DE MONTECLER, « Au nom du vivre ensemble, la CEDH admet l'interdiction du voile intégral », *AJDA* 2014. 1348.

¹³¹ J-P MARGENAUD, « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *Dalloz* 2010. 682.

¹³² A-M. LEROYER, « Voile », *RTD. civ* 2011. 399.

¹³³ Circulaire d'application du 2 mars 2011 du Premier ministre et la circulaire du 11 mars 2011 du garde des Sceaux.

¹³⁴ L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP* n°2 p. 427.

rapport à une autre. De ce fait les croyances doivent être placées sur un pied d'égalité et donc bénéficier d'un égal traitement¹³⁵. Une interdiction du port des signes religieux dans l'espace public sur le fondement du principe de laïcité aurait été légitime¹³⁶. 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 sikh, 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 lister 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 neutralité¹³⁷. 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.

Un principe de laïcité à géométrie variable. L'insincérité dont fait preuve la loi de 2010 est commune à l'application du principe de laïcité en ce qu'il favorise incontestablement certaines religions issues de la culture majoritaire¹³⁸. Le droit laïque est resté imprégné de la culture chrétienne¹³⁹, en témoigne de nombreux exemples tels que la présence d'aumôneries dans les établissements scolaires et pénitentiaires¹⁴⁰ ou encore l'incorporation au domaine public des

¹³⁵ C. EBERHARD, « Droit, laïcité et diversité culturelle. L'État français face au défi du pluralisme », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 54, 2005.

¹³⁶ H. FULRICHON, « Laïcité : un principe, des valeurs », *Dalloz* 2015, p. 274.

¹³⁷ J. SAYAH, « La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004 », *RDP* n°4, p. 915.

¹³⁸ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Economica, Paris 2004, p. 49.

¹³⁹ J-H. PRELOT, « Les religions et l'égalité », *RDP* 2001 p. 738.

¹⁴⁰ Qui est une exception à la loi du 9 décembre 1905 qui pose l'interdiction des subventions au culte.

édifices mis à la disposition du culte par la loi de 1905 qui exclue de fait la majorité des mosquées¹⁴¹.

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 constate que le fait d'incriminer un comportement s'accompagne généralement de la création de représentations négatives de celui-ci¹⁴². 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 Convention¹⁴³. 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* »¹⁴⁴. 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 « *négation 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* »¹⁴⁵. Toutefois, d'un point de vue davantage 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

¹⁴¹ Voir également la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes. Les mosquées ne bénéficient pas des nombreux avantages liés à l'affectation au domaine public tels que l'entretien, la conservation de l'édifice qui revient normalement à la collectivité publique propriétaire de l'édifice, ou encore la garantie de la non remise en cause de l'affectation au domaine public.

¹⁴² J-B d'ONORIO, « Religions et Constitutions en Europe », *RDP* n°3, p. 715.

¹⁴³ La HALDE, Déclaration n°2008-193 du 15 sept 2008.

¹⁴⁴ CEDH (2^e Section), *Dahlab c. Suisse*, requête n°42393/98, décision du 145 février 2001.

¹⁴⁵ CEDH, grande chambre 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c/ France*, n° 43835/11.

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* »¹⁴⁶. Selon une partie de la doctrine, si la Cour estime que son verdict dépend d'une interprétation du signe religieux en cause, alors il serait bon qu'elle ait recours à l'avis d'experts avant d'émettre un jugement de valeur aussi net¹⁴⁷. 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 occidentale¹⁴⁸. 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. Le port du voile ne peut donc être totalement réduit à un symbole de domination masculine¹⁴⁹. 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 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 publics¹⁵⁰. 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

¹⁴⁶ Conclusions sous CE, 10 juillet 1995, *Ministre de l'éducation nationale c. Melle Saglamer*, *AJDA*, 1995, p. 644.

¹⁴⁷ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, *BRUYLANT*, p. 133.

¹⁴⁸ F. DASSETTO, *La construction de l'Islam européen – Approche socio-anthropologique*, Paris, L'Harmattan, 1996.

¹⁴⁹ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, Bruylant, p. 133.

¹⁵⁰ E. ROYER, « Porter la burqa ou s'intégrer : il faut choisir », *AJDA* 2008. 1918.

intégral¹⁵¹. 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 civilité¹⁵².

Conformément à ce mouvement législatif, la législation française fait régulièrement du fait culturel, un obstacle à l'obtention de la nationalité française ou encore à un titre de séjour¹⁵³. D'autres infractions culturelles peuvent être citées à ce titre¹⁵⁴. La polygamie est jugée contraire à l'ordre public et peut constituer un motif de refus de la part des autorités françaises à l'octroi d'un titre de séjour¹⁵⁵. L'ordre public, l'accès à la nationalité et donc l'intégration à la culture du pays d'accueil sont liés¹⁵⁶. L'intégration à la société française semble exclure l'altérité. En ce sens le droit pénal porte un coup d'épée aux particularismes culturels. Au fond s'intégrer à la société française c'est laisser derrière soit un peu de sa culture et ce sous la contrainte d'une sanction pénale.

¹⁵¹ 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).

¹⁵² J-P FELDMAN, « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *Recueil Dalloz* 2010 p. 387.

¹⁵³ P. CHRESTIA, « La burqa est incompatible avec la nationalité française », *AJDA* 2008 p. 2013.

¹⁵⁴ Réponse du ministre (JO déb. Ass. Nat., Question 27 février 2007), Mariages- Etrangers – Conditions de fonds. Loi nationale. Preuve. Ordre public, *Revue critique de droit internationale privé*, 2007 p. 471.

¹⁵⁵ Article 433-20 du code pénal.

¹⁵⁶ J. MICHEL, « Le non-renouvellement de la carte de résident à une étrangère résident à une étrangère en situation de polygamie », *AJDA* 2003.851.

Section II - L'incrimination d'un mode de vie traditionnel

L'infraction de polygamie rappelle l'attachement de l'ordre juridique français à la monogamie, qui est, selon les mots de Carbonnier, « la clef de voute de la civilisation européenne »¹⁵⁷ (1). Pour sa part l'infraction d'occupation sans titre du terrain d'autrui met en lumière la volonté des pouvoirs publics de ne pas s'accommoder de ce mode de vie traditionnel (2).

1) Le mode de vie polygamique¹⁵⁸

Polygamie et valeurs républicaines. 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. Les unions polygamiques sont autorisées dans de nombreux pays desquels proviennent un nombre important de flux migratoires¹⁵⁹. 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*

¹⁵⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF/Quadrige, 204, n°539.

¹⁵⁸ L'époux bigame est celui qui contracte un second mariage avant la dissolution du précédent alors que sa loi personnelle lui impose la monogamie. L'époux polygame est celui dont les mariages simultanés sont autorisés par son statut personnel selon E. RUDE-ANTOINE, « La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée », *Journal des anthropologues*, n°71/1997, p. 39-56.

¹⁵⁹ 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.

des enfant »¹⁶⁰. Toutefois, il n'a pas toujours été ainsi en, 1980, le Conseil d'Etat avait admis l'installation de familles polygames sur le territoire français¹⁶¹.

L'infraction de polygamie. L'infraction de polygamie est une atteinte à l'état civil qui est formulée de cette manière au sein du code pénal : « *le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédente, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* »¹⁶². Si l'étranger est soumis à la loi du pays s'agissant de son statut personnel¹⁶³, cette loi étrangère peut être évincée lorsqu'elle est considérée comme non conforme aux exigences de l'ordre public. La loi pénale interdit la constitution d'une seconde union civile, alors qu'un premier mariage a eu lieu. 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.

Le caractère formel de l'infraction de polygamie. De surcroît l'infraction de polygamie ne lutte pas contre la situation des foyers polygamiques mais contre l'engagement d'un homme dans les liens d'un mariage polygamique¹⁶⁴. Il est alors possible de constater que l'infraction nie l'effectivité d'une situation sociale bien établie. Au contraire, l'infraction tend à rappeler les valeurs républicaines. C'est ainsi que les décisions de jurisprudence ont pu prendre un ton parfois moralisateur¹⁶⁵.

Infraction de polygamie et droit à une vie familiale normale. La loi du 2 juillet 1998 relative à la maîtrise de l'immigration¹⁶⁶ formule pour la première un énoncé juridique protégeant

¹⁶⁰ Circulaire qui précise les conditions d'application de la loi du 24 août 1993 dite loi Pasqua.

¹⁶¹ CE, 11 juillet 1980, n°16596, arrêt *Montcho*, publié au recueil Lebon.

¹⁶² 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.

¹⁶³ Article 3 du code civil.

¹⁶⁴ Cass, civ, 1^{er}, 6 juillet 1988, *RCDIP*, 1989, 70, note Y. Lequette, qui confirme que l'exception d'ordre public n'empêche pas la seconde union célébrée en Algérie d'être valide.

¹⁶⁵ TGI Paris, 21 juin 1967, *RCDIP*, 1968. 294, note H. Battifol ; *REC. GEN. LOIS*, 1969. 77, note Droz.

¹⁶⁶ Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

directement et explicitement le droit de mener une vie familiale normale¹⁶⁷. 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'accueil¹⁶⁸. 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* »¹⁶⁹ ? 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 civil. 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 »¹⁷⁰.

Au-delà du droit pénal. S'agissant de la polygamie le droit civil et le droit des étrangers s'entremêlent au droit pénal. Si l'infraction vise à sanctionner la célébration d'une union faisant suite à une union précédente sur le territoire français, le droit des étrangers a pour sa part une visée préventive qui se couple à la fonction répressive de l'infraction de polygamie. Effectivement, la

¹⁶⁷ E. MILLARD, *Familles et droit public*, Thèse LGDJ, Paris, 1995, n°174.

¹⁶⁸ 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 ».

¹⁶⁹ F. MONEGER, « Le respect de la vie familiale pour lutter contre l'exclusion », *RDSS* 1999, p. 446.

¹⁷⁰ Article 371-5 du code civil créé par la loi n°96-1238 du 30 décembre 1996.

délivrance d'un visa peut légalement être refusée pour la venue d'un conjoint lorsqu'elle conduirait l'étranger à vivre en France en situation de polygamie¹⁷¹.

L'infraction de polygamie vise un état matrimonial, en ce sens l'infraction ne lutte pas, de fait, contre le poly-concubinage. Il n'en reste pas moins que l'union polygamique fait obstacle à la délivrance d'un titre de séjour. L'infraction pénale flirte avec le droit des étrangers. En ce sens, elle n'est pas sans rappeler la condition d'assimilation¹⁷² prévue par le code civil¹⁷³. Par ailleurs, le droit pénal ajoute une incrimination supplémentaire au statut juridique des gens du voyage, déjà largement défavorable à cette catégorie de la population française.

2) Le mode de vie nomade

L'incrimination d'occupation sans titre du terrain d'autrui. L'article 53 de la loi du 18 mars 2003¹⁷⁴ 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 qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain »¹⁷⁵. Le Conseil valide la disposition au regard

¹⁷¹ Loi n°93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration.

¹⁷² Selon le professeur H. FULCHIRON « L'assimilation peut se définir comme le processus au terme duquel l'étranger est devenu semblable au reste de la communauté : ses différences ont disparu pour se fondre dans le groupe », dans son article « Nationalité. Naturalisation. Acquisition de la nationalité française à raison du mariage », *Juris. Droit international*, Fascicule 502-60, n°267.

¹⁷³ La condition d'assimilation est implicitement énoncée par l'article 21-2 du Code civil relatif à la nationalité française à raison du mariage. Lorsque cette condition fait défaut, elle peut justifier une opposition du gouvernement à l'acquisition de la nationalité française.

¹⁷⁴ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, art. 53.

¹⁷⁵ Art. 322-4-1 du code pénal (L. no 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 no 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

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 domicile¹⁷⁶. La principale loi relative au traitement juridique des gens du voyage¹⁷⁷ est la loi du 5 juillet 2000 modifiée à deux reprises pour y insérer l'incrimination de stationnement irrégulier sur le terrain d'autrui¹⁷⁸ et une procédure d'évacuation forcée qui échappe désormais au juge¹⁷⁹. 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 voyage¹⁸⁰. Puis cette loi a introduit une obligation d'accueil des populations nomades qui s'est rapidement accompagnée d'une « contrepartie » sécuritaire en octroyant des

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.

¹⁷⁶ 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.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ 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.

¹⁸⁰ 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.

pouvoirs toujours plus étendus aux autorités publiques notamment en matière de stationnement irrégulier alors même que l'accueil des populations en cause est nettement insuffisant quantitativement et qualitativement¹⁸¹.

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 Etat membre de l'Union européenne* », 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 autre abri mobile* »¹⁸². 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* »¹⁸³. Cette définition est confirmée par la loi¹⁸⁴. 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* »¹⁸⁵. 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 applicable¹⁸⁶. Les nomades renvoient une image de l'errance qui est

¹⁸¹ 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.

¹⁸² L. n° 69-3 du 3 janv. 1969.

¹⁸³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd., 2008, p. 442.

¹⁸⁴ L. n° 2000-614 du 5 juill. 2000 relative à l'accueil et l'habitat des gens du voyage qualifie les gens du voyage.

¹⁸⁵ Amendement n°42 insérant un article préliminaire (avant l'article 1^{er}), V. *JO déb. AN* 23 mai 2000, p. 4538.

¹⁸⁶ J. MORANGE, *Les Libertés publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 1804, 4^e éd. 1990, p. 87.

souvent mal perçue par les sédentaires¹⁸⁷. En réalité, ces populations sont peu nombreuses¹⁸⁸ et font pourtant l'objet d'un processus de catégorisation¹⁸⁹. Le pouvoir réglementaire participe à la construction de ces figures collectives¹⁹⁰. Une circulaire du ministère de l'intérieur a pu qualifier les populations nomades de « Roms »¹⁹¹. En outre, tout comme la dissimulation du visage, le mode de vie nomade est perçu comme un refus d'intégration à la société française. Le gouvernement, à travers des affaires aussi médiatisées que celle de « *la petite Léonarda* » a pu affirmer l'opposition qui semblerait exister entre ce mode de vie et les valeurs républicaines¹⁹². De plus, l'emploi des termes « aires d'accueil » ou encore « village d'insertion » supposent qu'une intégration soit nécessaire. Par conséquent, l'emploi de syntagmes spécifiques par les circulaires, par la loi ou encore par le gouvernement, participe à la différenciation des populations ciblées d'une majorité considérée comme neutre et générique¹⁹³. Si l'on aborde les choses sous un angle sociologique, le parfait sujet de droit a un domicile et n'en disparaît pas. « *Le vagus, le vagabond n'est-il pas partiellement un non-sujet de droit ?* »¹⁹⁴. Le domicile fait partie d'un processus d'individualisation mis en place par le droit, auquel échappe le nomade. Ce domicile est défini dans notre droit suivant un mode de vie sédentaire¹⁹⁵. Ainsi les résidences mobiles des populations nomades posent des difficultés d'un point de vue procédural par exemple.

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ M. DALIBERT, « Migrants Roms dans l'espace public : (in)visibilités contraintes », *Migrations et société* 2014/2 (N°152), p. 75-90.

¹⁹⁰ Circulaire n° 78-802 du 16 mai 1978 du ministre de l'Intérieur sur la situation des gens du voyage.

¹⁹¹ Ministère de l'intérieur, Circulaire du 5 août 2010 concernant l'évacuation des campements illicites.

¹⁹² Interview donnée à France Inter le 24 septembre 2013 de Manuel Valls, au cours de laquelle il a par exemple prononcé ces mots : « ils ne souhaitent pas s'intégrer ».

¹⁹³ M. DALIBERT, « Migrants Roms dans l'espace public : (in)visibilités contraintes », *Migrations et société* 2014/2 (N°152), p. 75-90.

¹⁹⁴ J. CARBONNIER *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème édition Paris 2001, p. 235.

¹⁹⁵ J. HAUSER, « Vie privée, image du logement et définition du domicile », *RTD civ* 2007, p. 87.

De l'avant et l'après la loi du 5 juillet 2000. Avant la loi du 5 juillet 2000 la législation était largement défavorable aux gens du voyage¹⁹⁶. Le droit français a souvent traité les populations nomades de façon défavorable¹⁹⁷. La loi du 5 juillet 2000 impose un faible aménagement en faveur du mode de vie traditionnel des populations nomades. L'article 28 de la loi Besson¹⁹⁸ imposait une obligation de moyen¹⁹⁹ consistant en l'aménagement d'aires d'accueil pour les gens du voyage. Toutefois la loi du 5 juillet 2000 est venue en renforcer l'effectivité²⁰⁰.

L'accroissement des pouvoirs de police des autorités administratives dans la répression du stationnement irrégulier des gens du voyage. La loi du 5 juillet 2000 relative à l'aménagement des aires d'accueil s'est immédiatement accompagnée d'une contrepartie sécuritaire en octroyant aux autorités publiques des pouvoirs de police exorbitants contre les stationnements spontanés²⁰¹. Depuis 2007 le préfet peut intervenir à la demande du maire ou du

¹⁹⁶ Notons que le régime juridique relatif aux gens du voyage est toujours désavantageux notamment pour l'accès aux droits sociaux (CE 1 juillet 2009, Département du Nord, req n°318959, *AJDA* 2009. 1346 ; *RDSS* 2009. 950, conclusions A. Courrèges), également au regard des conditions qui leurs sont imposées afin de pouvoir exercer leurs droits politiques (loi n°69-3 du 3 janvier 1969). Voir en ce sens les délibérations de la HALDE, n° 2007-372 du 17 déc 2007, n° 2009-143 du 6 avril 2009, n°2009-312 du 14 septembre formant un rapport spécial sur le régime applicable aux gens du voyage, n°2010-3 du 25 janvier 2010 et n° 2010-46 du 22 février 2010.

¹⁹⁷ H. MOUTOUH, *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, thèse Bordeaux IV, 1996, p. 285. I. BOEV, « La minorité tsigane en France, entre la non-reconnaissance juridique d'une spécificité ethnoculturelle et la prise en compte du fait du droit à la différence », Contribution au séminaire de l'Association de l'anthropologie du droit, Paris, 17 mai 2000.

¹⁹⁸ Loi Besson, loi n°90-449 du 31 mai 1990 tendant à la mise en œuvre du logement.

¹⁹⁹ L'article 28 de la loi Besson ne prévoyait aucun délai relatif à la réalisation des aménagements, ni même de sanction en cas de d'inaction de la commune.

²⁰⁰ En début d'année 2000 seul le quart des 1739 communes concernées par l'obligation ont effectivement réalisé des aires d'accueil. Seulement 10 000 places furent aménagées et la moitié n'était pas conforme aux normes fixées par le pouvoir réglementaire.

²⁰¹ Le maire peut, par exemple, prendre des mesures visant à accélérer l'expulsion des gens du voyage stationnant sur le domaine public ou en dehors.

propriétaire du terrain. Il met en demeure préalablement les personnes concernées de quitter les lieux, 24 heures au moins avant l'évacuation forcée. L'intérêt fondamental protégé en l'espèce est le droit de propriété qu'elle soit publique ou privée. Cependant cet élargissement des prérogatives de polices est censé contre balancer une obligation d'accueil. Or une commune peut avoir recours à cette procédure alors même qu'elle ne se serait pas conformée à cette obligation à travers son schéma départemental²⁰². Le recours à cette procédure permet donc à une commune défaillante à son obligation d'aménagement d'une aire d'accueil de passer outre la prohibition d'une interdiction générale et absolue de stationnement sur le territoire communal. La logique sécuritaire supplante celle de l'accueil²⁰³. Il faut ajouter à cela que l'aménagement des aires est largement insuffisant quantitativement et qualitativement dans la mesure où les aménagements sont le plus souvent extrêmement succincts²⁰⁴. Notons enfin que le dispositif participe plus à un processus de ghettoïsation qu'à un mouvement de mixité sociale.

A 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 voyage²⁰⁵. 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 voyage²⁰⁶. 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

²⁰² Article 9-1 de la loi n°2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage.

²⁰³ 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.

²⁰⁴ CAA Nancy, 28-11-2013, n°12NC01317, *AJDA* p. 721, concernant la carence d'une commune à mettre en œuvre un schéma départemental d'accueil des gens du voyage approuvé au cours de l'année 2002.

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ E. AUBIN, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *AJDA* 2010, p. 2324.

dispositions défavorables se trouve justifiée²⁰⁷, et ce alors même qu'il est acquis que la résidence mobile d'un nomade est assimilable au domicile²⁰⁸. 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.

Quelle est la communauté visée par cette incrimination ? 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 voyage²⁰⁹. Cependant il subsiste une confusion dans la perception des origines ethniques et du mode de vie. Il est commun aux différentes expressions culturelles envisagées à travers cette étude, de faire l'objet de représentations qui ne sont pas toujours propres à la réalité. Par exemple, il n'est pas certain que les *Roms* fassent partie de la catégorie de « personnes dont l'habitat traditionnel est constitué de résidences mobiles ». En effet le Conseil d'Etat a été amené, pour la deuxième fois en 2014²¹⁰, à se prononcer sur la question de savoir si un *Rom* pouvait faire partie de la catégorie juridique des gens du voyage. Une question prioritaire de constitutionnalité avait ultérieurement ajouté à la loi du 5 juillet 2000, la précision selon laquelle cette loi s'appliquait aux gens du voyage « quelles que soient

²⁰⁷ 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).

²⁰⁸ TC, 27 juin 1996, Guignon, n° 1889, *AJDA* 1966. 517, note A. de Laubadère.

²⁰⁹ 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) ».

²¹⁰ CE, 17 janv. 2014, n° 369671, Mme Floréa, *AJCT* 2014. 211, obs. J.-F. Giacuzzo.

leurs origines »²¹¹. Evidemment tous les Roms ne sont pas des gens du voyage, aussi, « *il existe une différence « existentielle » entre les gens du voyage qui appartiennent traditionnellement à une catégorie d'individus au cœur des contradictions républicaines et les Roms qui ne peuvent devenir des gens du voyage que s'ils adoptent le même mode de vie qu'eux ?* »²¹². Le Conseil d'état entend se focaliser sur l'aspect social qui caractérise les gens du voyage, autrement dit leur mode de vie. Il en arrive à la conclusion qu'« *entrent dans le champ d'application de la loi, les gens du voyage, quelle que soit leur origine, dont l'habitat est constitué de résidences mobiles et qui ont choisi un mode de vie itinérant* »²¹³. Les Roms peuvent être des gens du voyage, cela uniquement au regard de leur mode de vie²¹⁴.

L'application, détournée de la procédure d'évacuation forcée à des populations ayant adopté un mode de vie sédentaire. N'entrent pas dans le cadre de la loi de 2000 les personnes « *occupant sans titre une parcelle du domaine public dans des abris de fortune ou des caravanes délabrées qui ne constituent pas des résidences mobiles* »²¹⁵. En fonction de la catégorie à laquelle les individus seront rattachés, ils seront soumis à une procédure différente. Effectivement, la loi de 2000 est relative à l'évacuation forcée de résidences mobiles. Elle force les gens du voyage à changer de point de stationnement. A l'inverse la procédure applicable aux individus, qui ne rentrent pas dans la catégorie des gens du voyage du fait de leur mode de vie, est la procédure d'expulsion du domaine public. Alors que la première procédure permet aux gens du voyage la conservation de leur domicile, qui devra se déplacer avec eux, la seconde procédure entraîne la destruction des abris de fortune. Il découle de ces dispositions que les « Roms » entrent souvent par défaut dans la catégorie juridique souhaitée par les autorités publiques.

²¹¹ DC QPC, 9 juill. 2010, n° 2010-13 QPC, *AJDA* 2010. 2324, note E. Aubin ; D. 2010. 2056, entretien S. Slama, et 2011. 1509, obs. A. Leborgne ; *Constitutions* 2010. 601, obs. O. Le Bot.

²¹² E. AUBIN, « Roms : être ou ne pas être gens du voyage ? », *AJDA* 2014 p. 1280.

²¹³ CE, 17 janv. 2014, n° 369671, Mme Floréa, *AJCT* 2014. 211, obs. J.-F. Giacuzzo.

²¹⁴ Ce qui rendra applicable, ou non, la procédure spéciale d'évacuation forcée prévue par la loi du 5 juillet 2000.

²¹⁵ CE, 17 janv. 2014, n° 369671, Mme Floréa, *AJCT* 2014. 211, obs. J.-F. Giacuzzo.

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 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 1946²¹⁶. 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 voyage²¹⁷. Le droit à un logement décent se présente donc comme une condition indispensable à l'exercice du droit à une vie familiale normale²¹⁸.

Un mode de vie en mutation. Ainsi, la distinction effectuée par le Conseil d'Etat en fonction du mode de vie ne va pas sans difficulté. Elle entraîne l'application d'une procédure plus ou moins défavorable à une catégorie d'individus. De plus il n'est pas aisé de déterminer le mode de vie de certaines populations. Les situations sont plus nuancées. On constate la sédentarisation croissante de certaines populations qui voient leur mode de vie muter. Ainsi certaines personnes habitent dans un habitat constitué par une résidence mobile qui n'aura pas forcément vocation à se déplacer étant donné la sédentarisation du mode de vie de l'individu. De ce fait, la distinction posée par le Conseil d'Etat ne prend pas en compte la complexité de la situation réelle, et peut donner lieu à des qualifications inexactes.

Distinguer ou ne pas distinguer. Il y a des cas où le juge devrait légitimement pouvoir établir une distinction, notamment lorsqu'il est question de deux catégories d'individus juridiquement dissociables. En effet peuvent être traités de manière considérablement différente les gens du voyage citoyens français et les gens du voyage d'origine roumaine par exemple, qui eux ayant la qualité de citoyen de l'Union peuvent faire l'objet d'une procédure d'éloignement²¹⁹. Enfin le droit français se refuse à constitutionnaliser un « droit à la différence » contrairement à certains ordres juridiques anglo-saxons qui admettent un droit des groupes. Cependant les gens du

²¹⁶ « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

²¹⁷ M. Doudoux, concl. Sous CE 6 décembre 1978, *GISTI*, préc, p. 493.

²¹⁸ CE 6 décembre 1978, *GISTI, Leb*, p 493, conc M. Doudoux ; Cons. Const 13 août 1993, n°93-325 DC, *Maitrise de l'immigration*, considérant 70, préc.

²¹⁹ CAA Versailles 15 juillet 2009, *Mme X*, req n°09VE01053.

voyage bénéficient d'un régime juridique d'exception. Ici, le mode de vie nomade justifie une différence de traitement défavorable et un statut juridique discriminant²²⁰.

La France à contre-courant de l'esprit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme est différente de celle du Conseil d'Etat dans la mesure où elle constitue une réelle promesse de reconnaissance du droit à la différence de la plupart des minorités dont la minorité tzigane. En outre la Cour prend la mesure de la réalité actuelle du mode de vie des populations tziganes. Elle considère « *que la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tzigane 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 tziganes 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 tzigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition* »²²¹. Les tziganes demeurent des gens du voyage bien que leur mode de vie ne soit plus nomade. En revanche, la Cour européenne des Droits de l'Homme n'impose pas d'obligation positive mise à la charge de l'Etat. En effet on ne peut pas considérer « *que l'article 8 implique pour les états une obligation positive en matière sociale aussi étendue* ». Cette divergence dans le traitement juridique des gens du voyage s'explique en partie par le fait que si la Cour Européenne des droits de l'Homme reconnaît les minorités, la France se refuse quant à elle, à faire de même et tend à nier la différence qui existe entre certains groupes d'individus soumis à sa juridiction. L'émergence d'un droit des minorités permet une prise en considération adaptée de cette catégorie d'individus. Selon la Cour européenne « *un consensus international s'est fait jour au sein des États contractants du Conseil*

²²⁰ R. ROUQUETTE, « Gens du voyage : accueil et rejet ? », *Dr. adm* 2007 n°10, p. 14.

²²¹ CEDH, 18.1.2001 *Chapman c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 27238/95.

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.

de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie non seulement dans le but de protéger les minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble »²²². La Cour n'entend pas octroyer de nouveaux droits qui seraient propres aux minorités, mais elle entend protéger les minorités et conserver un mode de vie déjà existant. Ainsi sans tomber dans le communautarisme, la Cour tente de préserver, voire de valoriser la diversité culturelle. De cette manière la Cour tend véritablement à prendre en considération la différence culturelle. Notons que la reconnaissance des minorités, et la prise en compte de leurs traditions ne nécessite pas forcément de dégager un droit des groupes. En l'espèce la Cour préserve une caractéristique de la minorité tzigane sur le fondement d'un droit individuel : le droit au respect à sa vie privée et familiale et au respect de son domicile.

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 vie²²³. Cette incrimination pénale s'insère dans une politique globale qui pourrait s'apparenter à une tendance à une assimilation forcée afin de contraindre certaines populations à se conformer à un seul et unique mode de vie. Ainsi, la législation relative aux gens du voyage, dont fait partie le délit d'occupation de terrain sans titre, peut conduire 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 populations²²⁴ ? Enfin, la législation couplée aux décisions du Conseil constitutionnel, laissent à penser que la singularité des populations nomades est essentiellement problématique en raison des

²²² CEDH à propos de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités entrée en vigueur le 1^{er} février 1998 et ratifiée par 28 États européens sur 41, certains États étaient réfractaires comme la France.

²²³ B. LEGENDRE, « Stationner aujourd'hui », *Etudes tziganes*, 1986, n°1-2, p. 4.

²²⁴ 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.

conséquences de leur mode de vie pour l'ordre public ou les droits des tiers²²⁵. D'ailleurs, le délit d'occupation de terrain d'autrui vise à protéger principalement les droits du propriétaire sur son terrain, d'avantage que l'intégrité du terrain lui-même²²⁶.

A travers ces différentes pratiques culturelles, il est possible de rassembler les points de convergence des différentes infractions. Ces infractions, malgré leur hétérogénéité, ont toutes en commun la particularité d'être incompatibles avec les valeurs républicaines. La différence culturelle, parce qu'elle est une manifestation d'un ordre culturel, tend à remettre en cause le système juridique étatique. Ainsi, l'Etat menacé, entend réaffirmer son monopole de la violence, du droit et des valeurs « commune » par le droit pénal²²⁷. Somme toute, à la différence du droit anglo-saxon, le droit français n'entend pas institutionnaliser la différence culturelle, au contraire il entend la refouler. Cette entreprise passe également par la voie juridictionnelle qui ne fait pas grand cas de la dimension culturelle attachée à ces différentes infractions. C'est peut-être ici, la principale faille de l'appréhension de la différence culturelle par les pouvoirs publics.

²²⁵ E. AUBIN, « L'évacuation forcée des gens du voyage : une décision QPC tombant de Charybde en Scylla », *AJDA* 2020, p 2324.

²²⁶ 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.

²²⁷ C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un vivre ensemble : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1 n°92, p. 75.

Partie II - La répression culturelle

La différence culturelle, à travers le droit pénal, prend la forme d'une infraction, qui lorsqu'elle est constituée engendre en plus de la répression, certaines conséquences, telles que la marginalisation ou encore la stigmatisation de certaines populations. Cette répression, ne correspond pas à une prise en considération suffisante des différences culturelles. A certains égards, elle peut même aggraver la situation des sujets concernés par cette répression. En effet, loin de faire disparaître les pratiques incriminées, la loi provoque l'intensification du danger ou l'augmentation du nombre de pratiques clandestines. De surcroît, le facteur culturel met en échec les mécanismes traditionnels de la répression pénale et de la loi. Par conséquent, il pourrait être envisagé de pénaliser différemment. C'est ainsi que la responsabilité collective permettrait d'élargir la répression à une communauté plus ou moins responsable dans sa globalité. Par l'utilisation, par exemple de la théorie de la coaction ou autres, les pouvoirs publics pourraient trouver une alternative à la pénalisation du sujet dans son individualité (Titre I). 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 telles que la tauromachie ou encore les combats de coqs (Titre II).

Titre I - Le droit saisi par le fait

Le droit se saisissant du fait culturel, il le transforme en un comportement prohibé par le système de légitimité qu'il entend défendre²²⁸. Il convient par conséquent de s'intéresser aux effets

²²⁸ Le système de légitimité serait un ensemble de principes et de valeurs propres à une société, ayant fait l'objet d'une juridisation selon J. CARBONNIER in *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 2013, 496 pages. Voir également en ce sens F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722, qui s'interroge notamment sur la question de savoir comment se manifeste l'insertion des principes généraux du droit dans l'ordre juridique de l'Etat moderne. Voir également H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1^{ère} éd, Neuchâtel, éd de la Baconnière, 1988, p. 95, pour qui, contrairement à Karl Max, « aucun raisonnement logique ne permet de passer de ce qui est à ce qui doit être, de la réalité naturelle à la valeur morale ou juridique ».

de cette transformation du fait en une obligation à laquelle le délinquant devra se conformer. Au fond, de cette dialectique du fait saisi par le droit, il en ressort un double mouvement. Le premier mouvement consiste pour le droit à interdire le comportement au regard d'un ensemble de valeurs et de normes. C'est donc au nom d'un système de légitimité juridique qu'il place le fait culturel dans l'ordre juridique. Ceci entraîne pour le délinquant qu'il est désormais tributaire d'une obligation qui est celle de se conformer à cette norme de droit. Le second mouvement consiste en la modification des pratiques sociales, du fait justement de l'apparition de cette nouvelle norme de droit. Le droit modifie le fait collectif, cependant le fait culturel contribue lui aussi à modifier le droit. Par conséquent, le facteur culturel exerce une influence sur la répression pénale (Chapitre I). De manière concomitante, la répression pénale exerce une influence sur le fait culturel (Chapitre II).

Chapitre I- Les effets du facteur culturel sur la répression pénale

L'absence vraisemblable d'intention criminelle a parfois conduit la jurisprudence, accompagnée de la doctrine, à chercher une alternative à la répression. Il résulte de cette absence que le procès pénal résonne de façon différente (Section unique).

Section I - L'absence d'intention criminelle

L'infraction ne semble pas révéler une perversité criminelle chez son auteur. Il en résulte une inadéquation flagrante entre le traitement pénal du fait culturel et le comportement en cause. Ainsi, la pratique juridictionnelle a pu tenter en vain d'atténuer la répression pénale, dans le cas du fait culturel, en ayant recours à des outils tels que les causes de non-imputabilité ou encore certains faits justificatifs. De surcroît, le procès pénal est le théâtre d'un conflit entre deux systèmes de normes, l'un juridique, l'autre social. Cet affrontement laisse, le plus souvent, derrière lui une certaine incompréhension (1). En outre, le facteur culturel met en échec les fonctions traditionnelles de la peine. Toutefois, la peine engendre des effets tout à fait nouveaux sur le fait culturel : elle produit un effet acculturant (2).

1) Les effets du facteur culturel sur la pratique juridictionnelle

Certaines juridictions ont, de manière originale, utilisé la technique pénale dans le but de faire échapper le délinquant culturel à la répression pénale (a). Ces initiatives sont généralement sans succès, le sujet est alors conduit à assister à un procès pour le moins embarrassant (b).

a) **Les tentatives d'atténuation de la répression par 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 arbitre²²⁹. 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 culturelles²³⁰. Il semblerait que certaines juridictions aient tenté vainement d'exonérer les auteurs de mutilations sexuelles au titre de la contrainte morale. 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* ». Egalement, dans une affaire d'excision pratiquée sur un enfant de cinq semaines ayant entraîné la mort²³¹, 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*

²²⁹ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, Seizième édition, Paris, 2009, p. 600.

²³⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et Cultures*, 20, 1990, p. 201.

²³¹ 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.

façon indiscutable ». 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 années²³². Ainsi, si pour certains auteurs les conditions nécessaires à l'application de la contrainte sont réunies, la jurisprudence se montre, pour sa part, davantage exigeante. Celle-ci 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 liberté²³³. Par conséquent tout est question de degré et de circonstances, mais l'extrême rigidité de la jurisprudence fait de la contrainte morale une « quasi hypothèse d'école »²³⁴. Somme toute, il est apparu à un certain moment dans la jurisprudence l'idée selon laquelle la coutume pouvait, dans une certaine mesure, constituer une cause de non-imputabilité dans la mesure où celle-ci exerçait une contrainte morale sur l'auteur de la mutilation. Le cas de la contrainte a été évoqué à plusieurs reprises, cependant aucune décision n'a encore permis l'exonération d'auteurs de mutilations sexuelles sur ce fondement.

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 pénale²³⁵. 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 inévitable²³⁶. 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 tiers²³⁷. Toutefois l'état de nécessité c'est avant tout le fait de choisir entre plusieurs valeurs et de

²³² 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).

²³³ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Seizième édition, Economica, Paris, 2009, p. 209.

²³⁴ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et Cultures*, 20, 1990, p. 201.

²³⁵ Colmar, 6 déc. 1957 ; D. 1958. 357 note Bouzat.

²³⁶ Rennes, 25 février 1957 ; D. 1957. 338, note Bouzat ; S 1957. 260.

²³⁷ Crim. 25 juin 1958 ; D. 1958. 693, note M.R.M.P ; JCP 1959, note Larguier ; RSC 1959. 111, obs Légal.

décider de sauvegarder une valeur supérieure. Sur ce point rappelons la configuration dans laquelle se trouve l'auteur d'une infraction culturelle avant la commission de celle-ci. Le sujet est soumis à deux systèmes de normes : les règles propres à sa communauté d'un côté, et la loi pénale de l'autre. S'il fait un choix en faveur d'un système de normes, il se trouvera inévitablement en porte à faux par rapport à un des deux systèmes. Le dilemme a quelque chose de l'état de nécessité : savoir quelle valeur sauvegarder²³⁸. Notons que dans le cas des infractions culturelles la valeur désignée comme supérieure par les sujets est généralement la valeur culturelle. L'exclusion sociale est perçue comme étant un danger actuel et imminent. Selon la jurisprudence l'état de nécessité doit dépendre de circonstances objectives et il ne faut pas que chacun puisse, en vertu notamment de prétendues convictions religieuses, s'ériger en juge de la valeur des intérêts à défendre ou du caractère certain du péril²³⁹. C'est peut-être cette notion de « circonstances objectives » qui fait obstacle à la reconnaissance de l'état de nécessité, par la jurisprudence, dans le cas des infractions culturelles.

Le rejet de l'erreur de droit²⁴⁰. La jurisprudence a couramment rejeté ce moyen au motif que l'erreur de droit ne permet pas d'échapper à l'obligation de s'informer quant au droit en vigueur, quand bien même la revendication émanerait d'un étranger. De surcroît l'erreur de droit ne présente un intérêt que dans les matières jugées complexes (telles que le droit du travail ou le droit fiscal par exemple). S'agissant des atteintes aux valeurs essentielles de la société ou de l'individu, la condition liée au caractère inévitable de l'erreur de droit ne pourra pas être

²³⁸ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et Cultures*, 20, 1990, p. 201.

²³⁹ La Loi du 17 janv. 1975 autorise l'avortement en acceptant sous certaines conditions (tenant principalement à l'information de la femme, son état de détresse, une grossesse de moins de dix semaines) de sacrifier la vie du fœtus dont il est admis qu'il ne constitue qu'une personne humaine en devenir, à la vie et à la santé de la femme enceinte (à propos du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse : CSP, art. L. 162-15). Voir également, TGI Roanne, 27 juin 1995 : *Gaz. Pal.* 1998. 1. 2, note Bonneau.

²⁴⁰ Notons tout de même qu'un acquittement fut prononcé le 15 septembre 1994 par la Cour d'assises de Paris au profit de deux parents ayant fait pratiquer par un tiers, l'excision de leur enfant. L'erreur de droit ayant été invoquée, cet arrêt peut conduire à s'interroger. Cependant, les arrêts d'assises n'étant pas motivés, il est impossible de tirer une conclusion de cette solution, au regard de l'erreur de droit.

démontrée²⁴¹.

Il a semblé que les juges ne soient pas parvenus à faire de l'élément culturel un argument suffisant à l'exemption de responsabilité des délinquants culturels. Les outils issus de la technique pénale se sont révélés inefficaces face à une politique criminelle qui ne peut s'accommoder de telles pratiques allant à l'encontre des principes et valeurs républicaines. Toutefois, il en résulte un certain disfonctionnement au stade du procès. Celui-ci tourne à vide dans la mesure où les acquittements ne sont quasiment jamais envisagés. En outre il cristallise l'entrée en contact de deux représentations différentes de la vérité.

b) La coloration particulière du procès culturel

Le procès d'une norme au nom d'une autre norme. La visée du procès d'infraction culturelle s'éloigne de la finalité commune du procès pénal. Habituellement le procès tend à affirmer la soumission de l'individuel au social. Or dans le cas de la répression culturelle, le procès tend à contraindre la soumission du social au social. Le but du procès dans ce cas, est bien de substituer à « l'ordre symbolique du migrant, celui de la société d'accueil »²⁴². Il devient un outil permettant à un ordre juridique de s'imposer à un système de normes non juridiques. En tentant de substituer la violence légitime à la violence interculturelle²⁴³, le procès apparaîtrait ainsi comme un « progrès ordonné vers la vérité »²⁴⁴.

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 (c'est notamment l'exemple du

²⁴¹ F. DESPORTES, et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, Deuxième édition, Paris 2009, p. 656.

²⁴² J. DUBOIS, « Les impensables de la judiciarisation de l'excision », in Edwige RUDE-ANTOINE (dir), *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Karthala, 1992, p. 161.

²⁴³ C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un vivre ensemble : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société* 2016/1 n°92 p. 75 à 98.

²⁴⁴ P. BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, p. 10.

viol ou encore de l'avortement). 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* »²⁴⁵. 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 pratique²⁴⁶. La politique criminelle refuse, ce que la technique pénale aurait pu accepter, au nom de l'ordre public et des droits fondamentaux. Le délinquant culturel devient alors une victime dans la mesure où sa défense n'aura que peu de chances d'impacter la décision judiciaire. Par conséquent, il serait envisageable de chercher un autre espace de discussion. L'espace législatif pourrait permettre un débat quant à l'opportunité de la pénalisation de certaines pratiques culturelles. Outre les vertus éducatives de la loi et l'apport du débat d'opinion, la loi permettrait d'encadrer la répression pénale comme ce fut le cas s'agissant de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage, mettant fin à des peines parfois excessives.

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 quotidien²⁴⁷. Le discours juridique, lors du procès, est organisé de sorte qu'il épure la réalité de toutes ses contradictions pour la ramener à un comportement obligé qui nécessitera ou non l'application d'un régime juridique²⁴⁸. Un exemple nous est donné d'un juge des enfants au tribunal de grande instance de Créteil, 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* »²⁴⁹.

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,

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 43.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Voir juge des enfants, Créteil, 16 juillet 1984, *Droit de l'enfance et de la famille*, 1985-1986 p. 82.

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 judiciaire²⁵⁰. Cette sacralisation du rite judiciaire en fait davantage une expérience émotionnelle que rationnelle. L'espace judiciaire incarne un ordre qu'il entend affirmer par-dessus tous les autres. 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 »²⁵¹. Le fait culturel a en lui quelque chose de chaotique. Il contrevient à l'ordre (public). Le procès pénal vise à réorganiser ce chaos « en lui donnant une structure, des normes et des formes »²⁵². Il « rassemble, dans un moment intense, toute l'histoire du groupe social en un monde immobile »²⁵³.

Le facteur culturel interfère avec la fonction initiale du procès pénal, lui conférant ainsi une coloration particulière. Il en va ainsi de la peine et de ses effets qui s'en trouvent modifiés au contact du différent culturel.

2) Les effets du facteur culturel sur les fonctions et les effets de la peine

Dès lors que l'infraction ne révèle aucune perversité criminelle chez son auteur, la peine n'aurait plus aucune valeur de rétribution, ni d'intimidation (a). En revanche, dans ce cas particulier, les effets de la peine s'en trouvent détournés, produisant un effet davantage acculturant que rétribuant (b).

a) La mise en échec des fonctions traditionnelles de la sanction pénale

L'incapacité à se sentir coupable. La fonction rétributive de la peine garantie le relèvement

²⁵⁰ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 80.

²⁵¹ J. HUIZINGA, *Homo Ludens. Essai sur la fonction sociale du jeu*, Gallimard, 1951. Rééd. 1976, p. 30.

²⁵² M. ELIADE, *Le sacré et le profane*, Paris, Gallimard, 1965, rééd. 1975, p. 22.

²⁵³ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris : Odile Jacob, 2001, p. 61-62.

moral ainsi que l'exemplarité selon certains²⁵⁴. Pour d'autres elle vise à rétablir l'ordre bousculé par l'acte infractionnel²⁵⁵. Il demeure que la fonction rétributive de la peine s'inspire initialement de la loi du talion et vise en ce sens à restituer un « mal » pour le mal causé²⁵⁶. Cette fonction inhérente à la peine pénale est mise en échec dans la mesure où, dans la majeure partie des cas, le délinquant n'a pas conscience du sens de la négation à la loi qu'il a engendré. Le sujet a encore moins conscience d'avoir porté atteinte à l'ordre légal quand, par son acte, il a entendu ne pas briser l'ordre culturel auquel il considère être soumis. Il résulte le plus souvent du procès d'infraction culturelle une certaine incompréhension. Le procès pénal traite de manière identique tous les sujets de droit. Cependant cette égalité abstraite peut desservir l'auteur de l'infraction culturelle. Ce dernier peut avoir des difficultés à prendre conscience de la gravité ou de l'illégalité de son acte. Prenons l'exemple des procès en excision. L'exciseuse ou la mère condamnée pour avoir excisé sa fille peut avoir des difficultés à comprendre la raison pour laquelle elle devrait effectuer une peine d'emprisonnement pour avoir commis un acte qu'elle a également subi dans son enfance.

La fonction dissuasive de la peine rendue ineffective par le facteur culturel. Un éclairage anthropologique permet de comprendre la configuration du conflit entre les différents codes de conduite. L'interdiction issue du code pénal est presque toujours violée. En effet, l'individu est beaucoup plus sensible à la pression du groupe auquel il appartient, qu'à la norme dictée par le code pénal. La norme de conduite dictée par la communauté est ressentie de manière émotionnelle et ce à un fort degré. La communauté exerce une pression sur l'individu qui est telle qu'il ne fait aucun doute que ce dernier fera primer celle-ci sur le droit pénal. « *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* »²⁵⁷. De ce fait, il ressort

²⁵⁴ J. CHANTEUR, « Rétribution chez Platon », in *Rétribution et justice pénale* (dir) P. Poncela, PUF, Paris, p. 32.

²⁵⁵ W. NAUCKE, « Le droit pénal rétributif selon Kant », in *Rétribution et justice pénale*, (dir) P. PONCELA, PUF, Paris, p. 76.

²⁵⁶ L. RIZZI, « Punir et reconnaître », *Archives de philosophie*, 2003/2 (Tome 66), p. 240.

²⁵⁷ 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.

de nombreux travaux, qu'aucun texte répressif ou qu'aucune solution judiciaire n'est en mesure d'aller à l'encontre de pratiques massives enracinées au cœur de ce qui détermine une tradition²⁵⁸. 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 rites. Dans la plupart des hypothèses concernant des pratiques culturelles qui constituent des infractions : pour le sujet déroger à la pratique c'est perdre son identité culturelle. La pression du groupe sur l'individu se nourrit de la peur de l'exclusion sociale. En outre l'intensité de la pression sociale exercée par la communauté d'origine sur le sujet s'explique également par le fait que les familles envisagent très souvent la possibilité de rentrer dans leur pays d'origine. Cette pression peut également être renforcée par la sensation d'ostracisme et de fragilité de la communauté dans une société d'accueil, comme c'est le cas des immigrés par exemple.

L'occultation de la dimension culturelle par la loi et la jurisprudence tend à modifier certains mécanismes liés à la peine. Il en va également ainsi de ses effets.

b) L'effet acculturant de la sanction pénale

Le processus d'acculturation. L'acculturation peut avoir plusieurs acceptions. L'une de ces acceptions correspondrait à « toute greffe d'une culture sur une autre »²⁵⁹. Toutefois le terme désigne bien un processus en cours de réalisation et non pas uniquement des résultats d'un contact culturel. Ainsi l'expression de *greffe* peut paraître insuffisante dans la mesure où le processus d'acculturation peut donner naissance à une totale assimilation d'une culture par un groupe abandonnant une identité pour adopter totalement la culture majoritaire. Toutefois, il peut aussi

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF., 2004, p. 377. Les concepts d'acculturation par intégration et d'acculturation par assimilation sont empruntés à Nathan Wachtel, « L'acculturation », dans J. LE GOFF et P. NORA (dir.), *Faire l'histoire*, tome 1, *Nouveaux problèmes*, Paris, Gallimard, 1974, p. 124-146.

s'agir d'un résultat autre tel que la marginalisation ou l'abandon d'une identité sans pour autant adopter une autre identité. Le processus d'acculturation peut également engendrer des situations nuancées telles que la cohabitation, la déculturation ou encore la contre-acculturation. Le processus d'acculturation a pu être utilisé principalement afin d'exprimer une idée plutôt négative consistant en la contamination d'une culture authentique au contact d'une autre. Or aucune culture n'existe en dehors de toute influence extérieure. La culture est le produit de constructions et de déconstructions issues du contact avec d'autres cultures²⁶⁰.

L'effet acculturant de l'infraction culturelle. Dans l'affaire *SAS c. France* relative à l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public, la Cour européenne, bien qu'ayant confirmé la conventionalité de ce choix de société, énonce que la requérante est dans l'obligation de changer de comportement sous peine de poursuites. 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 »²⁶¹. Sous l'influence de la loi pénale, les sujets sont amenés à renoncer contre leur gré à une expression de leur identité culturelle. Ceci est en fait le résultat d'un processus dont la loi pénale est à l'origine. Celle-ci participe implicitement à une entreprise d'acculturation. C'est donc le refus d'assimilation au mode de vie de la société sédentaire par exemple, qui conduit certaines communautés nomades à l'exclusion sociale. La loi pénale traite la différence culturelle par l'indifférence à celle-ci, ceci ne veut pas dire pour autant qu'elle ne l'atteint pas²⁶².

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. La loi pénale a pour finalité de sanctionner un comportement qui ne

²⁶⁰ *Dictionnaire des fautes religieuses*, sous la direction de R. AZRIA et D. HERVIER-LEGER, PUF, Paris 2010.

²⁶¹ CEDH, *SAS c. France*, 1 juillet 2014, (§139) ; n°43835/11.

²⁶² Notons qu'en dehors de l'infraction culturelle, le législateur tend de manière récurrente à occulter totalement l'aspect culturel dans l'édiction du traitement juridique qu'il dédie implicitement ou explicitement à une catégorie de la population. A ce titre il est pertinent de se référer à la loi du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, JO 9 janvier, p 195, assimilant les gens du voyage aux commerçants ambulants ou encore aux caravaniers itinérants sans domicile fixe mais disposant de revenus réguliers.

respecte pas la règle et ce pour des raisons individuelles. Elle vise ainsi un comportement anormal. Cette anormalité met en cause la pleine possession de la volonté du sujet. 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. Il ne s'agit pas là uniquement d'un individu qui, pris dans sa singularité, s'écarte du modèle par un comportement déviant. L'élément déviant du comportement anormal est ici constitué par la nécessité d'obéir à des normes de conduites « héritées de cultures » (qui sont elles-mêmes en contradiction avec les normes de conduites édictées par le droit pénal). Dans le cadre de l'infraction culturelle, l'action pénale punit un effort d'intégration. « *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.* »²⁶³. Ce qui est ici reproché au sujet, c'est son effort d'intégration à une autre culture que la culture du pays d'accueil. Ce sont là des conduites qui traduisent l'existence de conflits fondamentaux entre les normes de conduite. Ici le droit pénal sanctionne de la même manière la déviation mentale caractérisée et le sujet qui obéit à une norme de conduite autre que celle prescrite par la loi pénale. Somme toute quand, par dérogation aux règles de droit pénal minimal, sont soumis à sanction pénale, non seulement des faits lésant des biens et intérêts auxquels la société ne peut renoncer, mais également des faits exprimant des coutumes qui ne sont pas pleinement en phase avec les valeurs communes, la peine finirait par poursuivre une sorte de « reconversion culturelle de l'auteur »²⁶⁴. Ceci est regrettable dans la mesure où un système pénal dit libéral ne devrait sanctionner que les comportements portant atteinte au noyau dur des valeurs communes.

L'effet classique de la sanction pénale disparaît au profit d'un effet acculturant. Il semble difficile de rétribuer le sujet qui n'a pas réellement conscience de porter atteinte aux valeurs communes. De surcroît la sanction pénale conduit certaines communautés à délaisser certains aspects de leur culture pour en adopter de nouveaux. Ceci constitue un exemple d'acculturation par

²⁶³ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Excision et droit pénal », *Droit et cultures*, 20, 1990 p. 208.

²⁶⁴ A. BERNARDI, « Le droit pénal, bouclier ou épée des différences culturelles », *in Les Droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?* Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruylant, 2007, p 54.

la loi. En outre, la loi pénale exerce une influence non négligeable sur les communautés visées.

Chapitre II - Les effets de la répression culturelle sur les délinquants culturels

La législation pénale a d'abord des effets généraux sur le facteur culturel, puis des effets davantage concrets sur les catégories d'individus visées par les incriminations ainsi que la répression pénale. Il appert que la stigmatisation des groupes peut être nécessaire afin d'assurer leur protection. En revanche dans le cas de l'infraction culturelle, la loi procède à une catégorisation des individus, qui n'est pas sans les desservir (Section unique).

Section unique - Du processus de catégorisation à la marginalisation du sujet

La différenciation des catégories d'individus nécessite une prise en compte des diverses situations. Dans le cas de l'infraction culturelle le stigmate de la différence est davantage facteur d'exclusion que de protection (1). Dans ses effets concrets, la loi tend à marginaliser des sujets déjà fragilisés par leur situation (2).

1) La catégorisation des individus

Le fait de sanctionner des comportements qui traduisent l'expression d'une culture, aurait pour conséquence de stigmatiser certains groupes appartenant à une culture déterminée (a). Les catégories d'individus implicitement visées par la loi pénale portent donc le stigmate de la différence (b).

a) L'identification des situations par la loi pénale

De l'universalité de l'incrimination pénale à la relativité de son application. La conception traditionnelle des droits de l'homme occulte l'altérité, l'idéal universaliste garantit davantage un « droit à l'indifférence » plutôt qu'un « droit à la différence » en affirmant

l'application identique de la loi à tous²⁶⁵. Sur ce point le traitement pénal de la différence culturelle respecte cette exigence formelle d'universalité, or sur le fond il touche indubitablement une catégorie particulière de la population²⁶⁶. Finalement le principe d'égalité censé garantir l'unité du corps social, ne fait pas obstacle à ce qu'une atteinte soit portée à une partie des situations individuelles. La législation pénale édicte des incriminations applicables à tous de façon identique, or cette règle concerne différemment les individus. La législation pénale relative aux expressions de l'identité culturelle, ne vise généralement pas l'individu « normalisé » correspondant au modèle majoritaire dominant²⁶⁷, à savoir « *le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaires, jouissant de toutes ses facultés physiques ou mentales* »²⁶⁸. Ainsi les « Autres » définis négativement par référence à cette norme étalon s'exposent à faire l'objet de discriminations²⁶⁹.

L'élaboration de catégories par la loi pénale²⁷⁰. 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 infériorités²⁷¹. Ainsi l'édition d'un traitement discriminatoire débute par un processus de catégorisation des individus. La loi qualifie juridiquement une situation par

²⁶⁵ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDG, Paris, 2003, p. 71.

²⁶⁶ 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 pour qui le délit d'occupation de terrain sans titre a été prévu pour une catégorie particulière de la population : les gens du voyage, quand bien même ce texte ne pose aucune limitation quant aux personnes qui peuvent se rendre coupables de ces faits.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 72.

²⁶⁸ D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in *L'Autre* (dir) M. SADOON, Presses de Sciences-Po, p. 181.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ 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.

²⁷¹ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, LGDG, Paris, 2003, p. 71.

identification. La catégorie représentera un ensemble auquel la loi attachera des conséquences juridiques particulières²⁷². 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 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 »²⁷³. 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* »²⁷⁴. S'agissant des auteurs d'infractions culturelles la loi retient un critère de catégorisation qui est celui du construit social.

La loi entreprend régulièrement une entreprise de catégorisation. Pour se faire, ceci implique un relevé des infériorités afin de distinguer les destinataires d'un régime juridique par rapport à un autre. Il semblerait que les infractions culturelles mentionnées participent à l'édiction d'un régime juridique plutôt défavorable à destination de certaines communautés déterminées. L'infraction culturelle dessine sur ses destinataires le stigmate de la différence.

²⁷² 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.

²⁷³ 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.

²⁷⁴ 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

b) Le stigmatisme de la différence

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 soient²⁷⁵. 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 inégalité²⁷⁶. 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 autres²⁷⁷. La stigmatisation d'un individu intervient lorsqu'il présente une variante relative par rapport aux

²⁷⁵ 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.

²⁷⁶ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, (dir) A-J. ARNAUD, LGDJ deuxième édition, Paris 1993, p. 185.

²⁷⁷ 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 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.

modèles offerts par son proche environnement²⁷⁸. 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.

Catégorisation, discrimination et stigmatisation. La loi procède à une catégorisation des individus en s'appuyant ici sur un critère social, ce qui aboutit à un statut spécial (de manière informelle). La catégorisation désigne le stigmaté, celui-ci permettra parfois de justifier un traitement pénal défavorable. A titre d'exemple, les gens du voyage désireux de conserver leur mode de vie traditionnel ont pu être placés, au cours de leur histoire, en situation d'exclusion²⁷⁹. La législation les a souvent assimilés à des vagabonds ou encore à des sans domiciles fixes²⁸⁰. La loi regroupe ainsi dans la même catégorie le marginal ayant rompu tout lien économique et social avec la société et les nomades vivant en accord avec leurs coutumes séculaires²⁸¹. Cette assimilation malheureuse place dans le même registre une communauté soucieuse de perpétuer une tradition et les sans domiciles fixes. En outre, si le stigmaté désigne à proprement parler une marque, les nomades sont marqués. Tout du moins, ils sont désignés par un « carnet de circulation » dont le défaut est passible de trois mois à un an d'emprisonnement²⁸². Il s'agit-là à nouveau d'une sanction pénale, qui trouve son origine dans les caractéristiques sociales inhérentes au groupe des nomades. A ce titre, certains auteurs ont pu parler d'un « contrôle social de la marginalité »²⁸³. Notons enfin que l'incrimination d'occupation illicite du terrain d'autrui s'inscrit en fait dans une loi relative à la prévention de la délinquance. Là encore la loi participe à la stigmatisation des nomades au seul motif que cette population présente une variante par rapport aux modèles offerts par leur proche

²⁷⁸ S. NETTLETON, *The sociology of health and illness*, Polity Press, 2006, p. 95.

²⁷⁹ Rapport de mission du préfet A. DELAMON, au Premier ministre sur la situation des gens du voyage du 13 juillet 1990.

²⁸⁰ Voir en ce sens la loi du 16 juillet 1912 imposant aux gens du voyage ainsi qu'aux vagabonds le même régime juridique.

²⁸¹ V. POPOV, « La conscience ethnique préférentielle des tsiganes », *Etudes tsiganes*, 1992, n°2, p. 38 à 43.

²⁸² Articles 2 à 5 de la loi du 3 janvier 1969 ; n°69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France dans domicile ni résidence fixe.

²⁸³ J-P. LIEGEOIS, « Nomades, tsiganes et pouvoirs publics en France au XXème siècle : du rejet à l'assimilation », n°4/ 1978, *Etudes tsiganes*, p. 177.

environnement²⁸⁴. Au fond, les gens du voyage « n'existent que par défaut à travers le problème que leur présence induit »²⁸⁵. Au fond, l'incrimination d'occupation illicite du terrain d'autrui n'est autre que le reflet de la législation, largement stigmatisante et discriminatoire, relative aux gens du voyage. En ce sens, l'arrêt du Conseil d'État annulant comme contraire au principe d'égalité devant la loi la circulaire du 5 août 2010 visant à faire évacuer de manière prioritaire les campements illicites de *Roms* fournit une illustration du principe selon lequel le respect de la dignité de la personne humaine exige la prohibition des pratiques discriminatoires ou stigmatisantes sur la base d'un critère notamment ethnique²⁸⁶. Cette circulaire litigieuse visait expressément les « Roms » et les discriminait en fonction de leur origine ethnique et pas en fonction d'une catégorie de personnes distincte par son mode de vie²⁸⁷. Cela revenait indéniablement à méconnaître la conception républicaine de la citoyenneté française²⁸⁸.

La loi pénale traduit par certaines infractions, l'idée selon laquelle certains critères socio-culturels peuvent justifier un régime juridique défavorable. La catégorisation des sujets peut engendrer une assimilation de ceux-ci à d'autres sujets entraînant par conséquent une confusion et une association à des représentations faussées de la réalité des situations concernées. Par ailleurs

²⁸⁴ E. GOFFMAN, *Stigma : Notes on the Management of Spoiled Identity*, Prentice-Hall, 1963, p. 95.

²⁸⁵ B. PROVOT, « Nomadisme et résistance », *Etudes tsiganes*, 2004, n°7.

²⁸⁶ CE, 7 avril 2011, Association SOS racisme – Touche pas à mon pote, n° 343387, Lebon 2011. Le Conseil d'État est saisi d'un recours en excès de pouvoir contre une circulaire relative à l'évacuation des campements illicites, qui visait explicitement les Roms.

²⁸⁷ L'article 1 de la Constitution interdit toutes discriminations fondées sur l'origine, la race, la religion, le sexe.

V. sur ce thème la série de condamnations de l'État pour faute lourde pour des contrôles « discriminatoires », Paris, 24 juin 2015, n° 13/24255, n° 13/2461. La prohibition des contrôles dits au faciès (contrôle d'identité et, ceux qui portent sur la régularité du séjour) ; la Cour de cassation exige que les agents compétents s'appuient pour les effectuer sur des « signes d'extranéité » de la personne contrôlée.

²⁸⁸ Conception rappelée, à plusieurs reprises, par le Conseil constitutionnel depuis le début des années 1990 et récemment mise à mal par l'accord de Nouméa ; V. sur ce dernier point, O. GOHIN, « L'évolution constitutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 1999, p. 500.

ces situations, souvent déjà précaires, seront davantage fragilisées par l'application de la sanction pénale.

2) La marginalisation du sujet

De manière plus concrète la répression pénale des rites et traditions constituant le cœur de certaines cultures, entraîne inévitablement la fragilisation de situations déjà délicates. L'éclatement du groupe et la marginalisation du sujet le rendent d'autant plus vulnérable (a). La technique pénale gagnerait à élargir son action au groupe dans son entièreté (b).

a) Les conséquences liées à l'engagement de la responsabilité individuelle du délinquant

La pénalisation renforce la clandestinité des pratiques. La pénalisation des pratiques culturelles a pour conséquence d'accroître la dangerosité des pratiques pratiquées clandestinement. L'une des conséquences de la pénalisation de l'excision est par exemple une excision tardive, organisée lors d'un retour au pays. L'excision sera donc pratiquée à l'adolescence, la rendant d'autant plus douloureuse. Toutefois elle pourra être pratiquée également beaucoup plus tôt, sur des nourrissons. L'enfant sera excisé dès les premières semaines suivant sa naissance. Dans ce cas une légère hémorragie pourra entraîner des conséquences particulièrement graves pour le nouveau-né. Notons que l'excision clandestine se pratique généralement dans des conditions contestables (sans anesthésie, sans asepsie). Elle entraîne également des complications plus ou moins préoccupantes telles que le choc opératoire, l'hémorragie profuse, la septicémie, des lésions de voisinage, des infections locales avec gêne urinaire ou encore des anémies par spoliation sanguine.

L'accroissement de la précarité et éclatement du groupe. L'infraction de polygamie entraîne après sa qualification, le plus souvent une obligation de décohabitation²⁸⁹. Cette obligation a eu des effets inattendus. En effet, le plus souvent, certains hommes divorcent de la première épouse, dans le but de se remarier et d'accueillir une nouvelle épouse, et ce tout en cohabitant

²⁸⁹ Imposée par la loi Pasqua du 24 août 1993, loi n°93-1027 relative à la maîtrise de l'immigration.

toujours avec la première épouse²⁹⁰. C'est-à-dire que l'infraction, loin d'atteindre le résultat recherché, crée un déséquilibre supplémentaire au sein de cette institution, en plaçant la première épouse répudiée en situation d'inégalité face à la seconde épouse. Ensuite, les coépouses résidant sur le sol français ont tendance à demeurer en situation irrégulière, de peur que la régularisation de leur situation les fasse tomber sous le coup de l'infraction pénale. Ceci est d'autant plus problématique dans les cas de violences conjugales car les victimes n'osent pas faire valoir leur droit lorsqu'elles vivent en situation polygamique. Par conséquent, des violences conjugales, domestiques se perpétuent du fait de cette situation de clandestinité qui a été produite par l'infraction pénale. En outre, l'obligation de décohabitation couplée à l'interdiction de la polygamie tend à fragiliser socialement et matériellement les femmes et les enfants concernés. Le processus de décohabitation se heurte au difficile accès au logement, à la réticence des bailleurs de logements sociaux. Notons qu'en général, le chef de famille étant déjà locataire, les bailleurs ne sont pas spontanément enclins à attribuer un logement à une ex-coépouse (peu autonome et donc souvent sans activité professionnelle) accompagnée de ses enfants²⁹¹. Ces difficultés sont d'ailleurs aggravées par la politique nationale de rénovation urbaine²⁹². Les enjeux sont ici de dimension sociale et collective, c'est pourquoi le groupe de travail interdisciplinaire de la Cimade²⁹³ a publié un rapport sur la polygamie intitulé « Polygamie, des femmes et des enfants » en 1990, dans lequel il propose que les coépouses forcées de quitter le foyer familial, accèdent à une structure intermédiaire d'accueil et d'accompagnement. Ce rapport propose également l'attribution d'allocations familiales aux coépouses quittant le foyer familial.

L'effet marginalisant de la législation pénale à l'encontre des divers sujets manifestant

²⁹⁰ Selon le rapport intitulé *Polygamie, des femmes et des enfants*, issu du groupe de travail interdisciplinaire sur la polygamie de la Cimade en 1990.

²⁹¹ L. VAN EECKHOUT, « La décohabitation des foyers polygales implique un suivi social durable », *Le Monde*, 07/09/ 2005.

²⁹² G. PAULINE, « La décohabitation et le relogement des familles polygames : un malaise politique émaillé d'injonctions contradictoires », in *Recherches et Prévisions*, n°94. *Politiques du logement : question sociales*, p. 59-69.

²⁹³ La communauté inter mouvements auprès des évacués, Association de solidarité active avec les réfugiés et les demandeurs d'asile, fondée en 1939.

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 systèmes. 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 dilemme²⁹⁴. 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 pénales²⁹⁵. Lorsque le sujet respecte l'interdit pénal, il prend le risque de se voir rejeté de sa communauté d'origine. 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. En outre, s'agissant de la loi du 11 octobre 2010, celle-ci entraînera 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.

Les femmes, principales victimes. Les femmes subissent la double conséquence résultant à la fois de la répression pénale, puis celle qui résulte de la désapprobation de la communauté. Les sujets féminins se situent généralement en position de dépendance par rapport à l'homme. De par ces configurations sociales propres aux différentes infractions culturelles envisagées, ce sont principalement elles qui perpétuent ces pratiques incriminées dans le but de ne pas risquer de briser

²⁹⁴ CEDH, *SAS c. France*, 1 juillet 2014, requête n°43835/11.

²⁹⁵ CEDH *SAS c. France*, 1 juillet 2014 (§57 et 110) ; n°43835/11.

un lien avec le milieu de survie. Par ailleurs, s'agissant de l'infraction de dissimulation du visage, une femme dissimulant son visage sous la contrainte se verrait tout de même considérée comme étant l'auteure de l'infraction. Celle-ci devra démontrer une cause exonératoire, dont fait partie la contrainte, pour que sa responsabilité pénale ne soit pas engagée. Or, au regard de la jurisprudence, il semble plus aisé de démontrer l'irrésistibilité de la contrainte au stade de la constitution de l'infraction, que de faire état de la réalité de la contrainte exonératoire²⁹⁶.

La répression du fait culturel a pour conséquence d'entraîner la marginalisation des sujets, leur fragilisation et peut conduire à l'éclatement du groupe auquel ils sont attachés. En ce sens, la loi pénale pourrait agir de manière différente notamment en prenant en compte l'aspect communautaire des sociétés génératrices d'infractions culturelles.

b) 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 condamner des individus, sans tenir compte de la complexité de la communauté d'appartenance de l'inculpé »*²⁹⁷. 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

²⁹⁶ Article du 122-2 code pénal.

²⁹⁷ 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.

de l'homme reconnaît explicitement l'aspect foncièrement collectif de la pratique religieuse²⁹⁸. 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* »²⁹⁹.

La responsabilité collective, une notion permettant de s'adapter à la collectivisation des rapports sociaux³⁰⁰. 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 patrilineaires par exemple.

Le fait collectif. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'infraction a été commise avec la coopération de plusieurs personnes. Il s'agit de démasquer et d'individualiser le fait personnel qui

²⁹⁸ L'article 9 protège la liberté de manifester sa religion « individuellement ou collectivement ».

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ 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.

est ainsi enchevêtré dans le fait collectif³⁰¹. La technique pénale aura recours au fait collectif lorsqu'il sera impossible d'établir la part qu'un individu appartenant à un groupe, aura pris à l'action. Parfois les efforts d'individualisation de la responsabilité pénale peuvent laisser impunies des infractions auxquelles certaines manifestations diffusent auront participé³⁰². Par conséquent, le droit pénal reconnaît parfois la participation d'un individu à un fait collectif, en prenant soin cependant d'examiner l'appartenance à un groupe et le rôle joué dans celui-ci.

Les hésitations quant à la possibilité de sanctionner un fait collectif³⁰³. Le principe en matière pénale est celui de la responsabilité pénale du fait personnel³⁰⁴. Ce principe est le corollaire de la fonction rétributive de la sanction pénale. Toutefois l'apport principal de la répression du fait collectif, est qu'elle met l'accent sur l'environnement du délinquant. Ainsi le principe selon lequel : la répression est subordonnée à l'accomplissement personnel de l'acte incriminé, a subi quelques entorses. En effet, dans certaines hypothèses la jurisprudence a sanctionné la pensée coupable³⁰⁵. Certains auteurs ont parlé de spiritualisation du fait personnel³⁰⁶. Dans d'autres cas, l'aspect

³⁰¹ R. MERLE et A. VITU, *Traite de droit criminel, Droit pénal général*, septième édition, Cujas 1997, Paris, p. 662.

³⁰² Voir en ce sens : P. FAUCAONNET, *La responsabilité. Etude sociologique*, E. U. D, 2010, p. 330 et suivantes, pour qui les efforts d'individualisation de la responsabilité aboutiraient à une « exténuation » de la responsabilité qui est pour lui par essence « collective et communicable ».

³⁰³ Il y a lieu de distinguer l'infraction collective de l'infraction commise collectivement. L'infraction peut être individuelle et le fait collectif, cela dépend des cas où la loi prend en considération la pluralité d'auteurs.

³⁰⁴ Crim, 16 déc 1948, *B*, 291 ; Crim, 16 février. 1956, *JCP*, 1956. II. 9304, note de Lestang.

Article 121-1 code pénal : « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

³⁰⁵ Dans certains cas le législateur incrimine le simple fait de prévoir une action de groupe. C'est le cas par exemple de l'association de malfaiteurs (article 450-1 du code pénal : « Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement »), ou encore de la coalition de fonctionnaires dans l'ancien code pénal (articles 87 et 94 ancien code pénal : « si le complot n'a pas été suivi d'un acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution, la peine sera celle de la détention criminelle.. »).

³⁰⁶ C. DUPEYRON, « L'infraction collective », *RSC*, 1973, p. 362.

collectif du fait exige que ne soient pas uniquement sanctionnés les auteurs de l'acte matériel³⁰⁷.

L'appartenance à un groupe. Parfois, le simple fait d'appartenir à un groupe peut entraîner la mise en jeu d'une responsabilité collective³⁰⁸. Ainsi, par le jeu des présomptions par exemple, les tribunaux ont pu engager la responsabilité collective d'un groupe, sans même avoir besoin de démontrer une participation effective de ses membres dans la réalisation de l'infraction³⁰⁹. Enfin, la jurisprudence a parfois pu imputer le résultat d'un fait collectif au *chef du groupe*³¹⁰.

Les participants accessoires à l'infraction culturelle. Pour tous les cas où l'appartenance à un groupe ne suffit pas à engager la responsabilité collective, les coparticipants pourront voir leur responsabilité engagée. La jurisprudence jongle entre plusieurs approches différentes. Elle peut s'attacher au rôle causal de chaque membre dans la réalisation de l'infraction. Elle peut également s'attacher à la *participation morale* de chacun des membres³¹¹. Ces techniques permettent de passer outre l'obstacle résultant de l'absence d'actes matériels constitutifs de l'infraction, et permet d'atteindre les participant secondaires qui ont tout de même un rôle non négligeable dans

³⁰⁷ C'est moins l'acte qui est répréhensible que l'appartenance au groupe. Entre dans cette hypothèses les cas de tapage nocturne ou injurieux causés par un attroupement. Ici la seule appartenance au groupe entraîne la responsabilité des membres. Voir en ce sens Cass. Crim, 26 mai 1882, *D.P.*, 1882.1.438. Ce cas n'est pas sans laisser penser à l'infraction d'occupation sans titre du terrain d'autrui. Voir également en ce sens la loi dite « anti-casseurs » loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

³⁰⁸ Dans des cas précis, l'appartenance à un groupe constitue une infraction spéciale telle que l'association de malfaiteurs par exemple (art 450-1 code pénal).

³⁰⁹ Une présomption de participation est par exemple appliquée aux administrateurs ou membres du directoire des sociétés commerciales dans les hypothèses de délit de distribution de dividendes fictifs, ou l'émission irrégulière d'actions etc, voir en ce sens R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, septième édition, Cujas, 1997, p. 675.

³¹⁰ Une jurisprudence liée à la responsabilité pénal d'un chef de service dans la fonction publique hospitalière, Cass. Crim, 18 novembre 1976, *B.*, 333 ; Paris, 24 février 1983. I. 298, obs Levasseur, *RSC*, 1975, p. 900 ; 1977, p. 336.

³¹¹ La jurisprudence prend en compte le degré de culpabilité psychologique du coparticipant ce qui renvoie à l'adhésion aux buts du groupe auquel appartient le membre concerné.

l'organisation sociale d'un groupe. On pense par exemple aux exciseuses, au *mohel*, aux ministres du culte qui exercent une influence capitale sur la persistance de certains rites (et la manière dont ils sont effectués).

Le complice dans l'infraction culturelle. Le juge peut également user de la notion de complicité afin de mettre en jeu la responsabilité de celui qui a facilité ou provoqué l'action principale par des actes matériels secondaires. Ainsi celui qui aide, qui assiste, qui fournit des moyens pourra voir sa responsabilité engagée en qualité de complice³¹². Notons qu'à travers la qualité de criminelle, le droit pénal parvient à atteindre *l'auteur intellectuel* ou *moral* de l'infraction. Il s'agit en fait du donneur d'ordre à l'exécutant³¹³. C'est d'ailleurs à travers cette qualification que sont d'ores et déjà mis en cause les parents demandant à l'exciseuse d'accomplir l'acte rituel.

L'incrimination n'est jamais vraiment neutre. Ce sont les lois pénales qui déterminent, par le jeu de l'incrimination, quels sont les actes considérés comme étant intolérables. L'inhumanité de ces actes « résulte moins de leur nature intrinsèque que du « label » de la marque qui leur est ainsi attribué plus ou moins arbitrairement »³¹⁴. Il résulte de cela une stigmatisation ainsi qu'une marginalisation des catégories d'individus visées par la loi. Celle-ci brise le lien de dépendance préétabli dans la communauté et ne propose aucune alternative au sujet. Elle ignore la situation dans laquelle elle place l'individu concerné par son action. La précarité et l'isolement d'une partie de la population sont par conséquent accentués. La loi pénale par son action, vient dissoudre le groupe qui constituait un premier appui à l'intégration de nombreux sujets issus de communautés minoritaires. Il en résulte que l'interdiction ne correspond pas à une prise en compte suffisante du

³¹² A. LEGAL, « La notion de coauteur », *RSC* ; 1962, p. 749.

³¹³ Voir en ce sens R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, septième édition, Cujas, 1997, p. 677, qui différencie l'auteur matériel de l'auteur intellectuel, qui est curieusement traité comme complice à travers la loi française (article 121-7 code pénal).

³¹⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Tome I, Cujas, Paris, septième édition 1997, p. 68.

différend culturel. Par conséquent, l'action des pouvoirs publics, se doit de prendre en compte la logique des rapports sociaux propres à la communauté visée par la mesure. Sur ce point, l'infraction collective permettrait de prendre en compte la globalité des rapports sociaux et de mettre en cause une pluralité d'acteurs qui auraient plus ou moins concourus à la réalisation de l'infraction.

Titre II – 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 du consentement justificatif qui, par exemple, est encore en devenir (Chapitre 1). C'est également le cas de la coutume qui emporte quelques interrogations (Chapitre 2).

Chapitre I – La portée justificative de la volonté personnelle

La volonté particulière peut s'exprimer par le biais du consentement (Section I) ou à travers la notion d'autonomie personnelle (Section II).

Section I - Le consentement

Le consentement de la victime n'est, par principe, pas reconnu en tant que fait justificatif par le code pénal (1). Toutefois, le consentement de la victime connaît un élargissement non négligeable de son domaine en droit pénal, ce qui permet de penser à sa possible utilisation en matière d'infractions culturelles (2).

1) Le principe

La place du consentement dans un système pénal légaliste. Etre d'accord, adhérer, approuver, acquiescer, le consentement est un « phénomène psychologique qui traduit une uniformité d'opinion »³¹⁵. 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 1835. Elle 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* »³¹⁶. 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* »³¹⁷. 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 public³¹⁸. Cet argument idéologique est facilement décelable dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle 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

³¹⁵ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, thèse Paris 2002, p.15.

³¹⁶ Cass crim 12 août 1813 et Cass Crim 2 juillet 1835, S., 1835, I.

³¹⁷ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, thèse Paris 2002, p. 19.

³¹⁸ P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *Rev. Science crim.* (4), oct-déc, 1991, p. 701.

des citoyens, et aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite un fait que les lois ont déclaré punissable »³¹⁹.

La protection de la société par certaines incriminations. La violence réprimée par la loi pénale, est toujours une atteinte non consentie. Une atteinte sans violence n'a pas de sens en droit pénal. La violence est une « *manifestation illégitime de la force et constitue en tant que telle l'une des composantes ontologiques du crime* »³²⁰. Ce qui distinguerait les atteintes à l'intégrité corporelle des autres violences (les violences sexuelles par exemple), serait la manière dont cette violence est ressentie par la société. Sur ce point, il convient de mettre en perspective la double dimension de certaines infractions qui peuvent avoir un impact à la fois individuel et collectif. Ainsi l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique est réprimée parce qu'en plus d'être subie par la victime, elle est ressentie par la société comme étant intolérable. Par conséquent, une atteinte consentie reste brutale, de ce fait elle sera réprimée par la loi pénale qui apporte sa protection à la fois à la société et à l'individu qui négligerait ses propres intérêts.

Si ces arguments idéologiques font obstacle à la reconnaissance du consentement en tant que fait justificatif, il s'avère qu'un mouvement contraire émerge, notamment au regard des nombreuses exceptions au principe.

2) L'infléchissement du principe

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 délit de non-recueil du consentement par exemple³²¹)³²².

³¹⁹ Cass crim. 16 novembre 1827, S. 1828, I, 135.

³²⁰ R. Cassin, *Criminologie*, Paris, Dalloz, « Paris », 6^{ème} édition, 2007, n°75 et s.

³²¹ Article L. 209-19 du code de la santé publique.

³²² J-P. DOUCET, *Gaz. Pal.* 30 juillet-1^{er} août 1989, p. 23.

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 contraire³²³. 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 collectif³²⁴. De surcroît, la majeure partie des législations européennes ont accordé une place importante à la notion de consentement³²⁵.

Le consentement recouvre une portée exonératoire lorsqu'il est couplé à la loi³²⁶. 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'infraction³²⁷. 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 1976³²⁸ 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

³²³ B. LEMENNICIER, « Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Droits*, n°13, p. 111.

³²⁴ 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.

³²⁵ 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.

³²⁶ 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.

³²⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, septième édition, 1997, Cujas, p. 449.

³²⁸ 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.

soumet les recherches au consentement de l'intéressé ou les personnes spécialement habilitées³²⁹. De surcroît, un exemple supplémentaire parmi de nombreux autres, est celui de l'euthanasie passive³³⁰ qui bénéficie désormais de l'article 20 du code de déontologie médicale selon lequel : « le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances de son malade »³³¹. Cette disposition confère une fois de plus, une place fondamentale au consentement³³². Quant à la loi du 6 août 2004³³³, 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 »³³⁴. 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* »³³⁵.

La faible justification de la différence de traitement entre l'atteinte à une valeur disponible et l'atteinte à une valeur indisponible³³⁶. Si l'absence de consentement est un élément constitutif de certaines infractions, il n'en est pas ainsi s'agissant de l'atteinte à l'intégrité corporelle. La justification à cette différence de régime serait fondée sur les principes

³²⁹ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

³³⁰ L'euthanasie passive consiste en le fait de ne plus mettre en œuvre tous les moyens thérapeutiques pour assurer la survie du malade.

³³¹ Décret du 28 juin 1979, n°79-506 portant code de déontologie médicale.

³³² 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.

³³³ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

³³⁴ 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.

³³⁵ G. CORNU, « Droit civil », *Introduction, les personnes, les biens*, 9^{ème} édition, 1999, p. 481.

³³⁶ Voir sur ce point J-CL. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 15^{ème} éd, Paris, 2000, n°268, pour qui le viol est une infraction portant sur une valeur disponible, et l'atteinte à l'intégrité corporelle est une action portant sur une valeur indisponible. Sur ce point, X. PIN préconise d'intégrer aux incriminations qui supposent un acte ayant lieu contre le gré de la victime (telles que le viol, le vol ou encore la séquestration), les infractions relatives à l'intégrité physique. X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 49, 2009, p. 99.

d'inviolabilité³³⁷ et d'indisponibilité du corps humain³³⁸. Ainsi, le consentement est exclusif de l'infraction concernant le viol, et non concernant une mutilation corporelle. Ne s'agit-il pas là de deux actes qui constituent une agression corporelle ? En ce sens, la doctrine effectue un parallèle entre la pulsion de violence et la pulsion sexuelle qui animent chacune un acte réprimé par le droit pénal. Cependant un des deux actes peut échapper à cette répression lorsque le consentement lui est donné. En effet, « *personne ne songe à dire par exemple, qu'un acte de pénétration consenti est un acte violent. Pourtant l'acte sexuel, quel qu'il soit, reste un acte lié à une pulsion et une attraction corporelles. Donc de la même façon qu'il n'y a pas viol en cas d'acte sexuel consenti par la personne pénétrée, il ne devrait pas y avoir de violence, en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle consentie par la personne lésée, dès lors que l'acte n'est pas perçu comme brutal* »³³⁹.

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* »³⁴⁰. 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 encadré³⁴¹.

³³⁷ Article 16-1 du code civil.

³³⁸ Article 16-3 du code civil.

³³⁹ X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits*, 49, 2009, p. 82.

³⁴⁰ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Thèse Paris 2002, p. 73.

³⁴¹ 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.

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.

Section II - 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 personnelle³⁴². Ce dernier semble recouvrir un libre épanouissement personnel impliquant le libre développement personnel³⁴³. L'autonomie personnelle confère au sujet de droit la capacité de faire des choix, d'adopter certains modes de vies ou certains comportements³⁴⁴. Selon la Cour, la libre disposition de son corps fait partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle³⁴⁵. Ce principe permet donc au sujet de « poser sa propre norme »³⁴⁶ celle-ci étant essentiellement au service de l'épanouissement personnel de la personne³⁴⁷. 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 Cour³⁴⁸. Puis, en effet, au-delà du principe, la Cour

³⁴² 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 ».

³⁴³ 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).

³⁴⁴ D. ROMAN, « A corps défendant », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1284.

³⁴⁵ 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.

³⁴⁶ M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 49, 2009, p. 3.

³⁴⁷ 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.

³⁴⁸ 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

y a vu un véritable « droit à l'autonomie personnelle »³⁴⁹. Ce concept, qualifié par la doctrine d'hyperindividualiste, s'est exporté vers de nombreux domaines³⁵⁰. 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 inclue « *la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne* »³⁵¹. Ainsi le principe d'autonomie induit que la liberté implique une tolérance à l'égard de préférences singulières³⁵², 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 ethnique³⁵³. 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

important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention » (CEDH, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, 11 janvier 2006, requête n°52620/99).

³⁴⁹ CEDH, *Tysiac c/ Pologne*, 20 mars 2007, requête n°5410/03 et CEDH, *Evans c/ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, requête n°6339/50.

³⁵⁰ 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*).

³⁵¹ CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n°2346/02, (§61).

³⁵² C. PELLUCHON, « L'embarras du juriste et le point de départ de la philosophie », *Droits*, 52, 2010, p. 121.

³⁵³ CEDH, *Tourkiki Enosi Xanthis et al c/ Turquie*, 27 mars 2008, requête n°46221/99, (§56).

personnelle, tel qu'il est parfois appliqué par la Cour, laisse à penser, qu'appliqué à des infractions culturelles, il pourrait aboutir à leur dépenalisation. 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* »³⁵⁴. Il est tout à fait concevable qu'une telle solution soit étendue aux rites anthropophages traditionnels par exemple³⁵⁵.

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 2005³⁵⁶. 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 consenties³⁵⁷. 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 droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie*

³⁵⁴ CEDH, 10 mars 1981, *X. c/ RFA*, requête n°8741/79.

³⁵⁵ 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.

³⁵⁶ CEDH, *K. A et A. D c/ Belgique*, 17 février 2005, requête n° 42758/98 et 45558/99.

³⁵⁷ 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 consentant.

personnelle »³⁵⁸. 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* ». En outre la Cour écarte le droit pénal de ce qui relèverait à la fois de l'intime et du libre arbitre³⁵⁹. Sur ce, deux constats sont à faire. Le premier relève de la puissance du concept d'autonomie personnelle au regard de la solution rendue par la Cour européenne. Le second est que les pratiques sadomasochistes sont désormais libérées de l'emprise de la morale³⁶⁰. Face à ce raisonnement, il est, semble-t-il, loisible de penser que la polygamie ou encore les excisions puissent se voir à leur tour légitimées par la Cour sur le fondement de l'autonomie personnelle. En effet, parce que ces comportements relèvent plus ou moins de la vie privée et donc de la sphère de l'intime, ils pourraient justifier un recul du droit pénal. Ensuite, parce que les considérations morales sont désormais écartées par la Cour européenne, l'argument de l'atteinte à l'ordre public ou aux « *bonnes mœurs* » serait dès lors dénué d'effectivité. Enfin la Cour pose comme unique condition à ces pratiques, le respect de la volonté de la « victime », ainsi elle érige la volonté individuelle en ultime rempart contre les dérives d'autrui³⁶¹.

Alors que le consentement dit justificatif voit s'étendre son champ d'application en droit interne, la notion d'autonomie personnelle a, pour sa part, bel et bien entamé une percée fulgurante qui pourrait dans une certaine mesure profiter aux expressions de l'identité culturelle. Toutefois, une justification légale pourrait également être fournie par la coutume.

³⁵⁸ 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.

³⁵⁹ 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* ».

³⁶⁰ J-P. MARGENAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD. civ* 2005, p. 341.

³⁶¹ J-P. MARGENAUD, « Hymnes à la vie et à l'autonomie personnelle », *RTD. civ*, 2002, p. 858.

Chapitre II – La portée justificative de 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 (Section 1 et 2).

Section I - 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* »³⁶². 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 animaux³⁶³. 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 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-

³⁶² CEDH, *Morice c/ France*, 23 avril 2015, n°29369/10, (§ 124).

³⁶³ C. pén., art. 521-1.

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 locale³⁶⁴. 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 pénal³⁶⁵. Ainsi l'interprétation du terme « local » par les juges a conduit et conduit toujours à de nombreuses discussions³⁶⁶.

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

³⁶⁴ 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.

³⁶⁵ CA Aix-en-Provence, 25 juin 2015, n° 15/00227.

³⁶⁶ 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.

de coutume³⁶⁷. Toutefois une telle conception reviendrait à faire émerger une *opinio juris*³⁶⁸. Curieusement loin d'y rechercher un caractère obligatoire, la Cour de cassation a décidé de vérifier plutôt l'ancrage de la coutume dans les mœurs de la population³⁶⁹. A certains égards, la doctrine a pu décréter que la Cour de cassation aurait une interprétation « sentimentale »³⁷⁰ et laxiste de la tradition taumachique ce qui aurait pour effet d'accentuer l'atteinte de la force juridique de la règle de droit³⁷¹.

La corrida serait d'intérêt général. La coutume doit, selon le Conseil constitutionnel, présenter des raisons d'intérêt général afin de pouvoir bénéficier d'une dérogation à la loi³⁷². Pour justifier l'application dissociée du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a donc recours à la notion d'intérêt général. Pour bénéficier du caractère d'intérêt général, une activité ludique ou distractive doit relever d'une dimension sportive ou culturelle. La corrida relève avant tout d'une dimension culturelle³⁷³. L'intérêt public local de la corrida a conduit la doctrine à dégager

³⁶⁷ 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.

³⁶⁸ 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.

³⁶⁹ Cass. Crim, 8 juin 1994, req. n°93.82549.

³⁷⁰ P. DEUMIER, « La tradition taumachique, source sentimentale du droit », *RTD. Civ*, 2007, p. 57.

³⁷¹ N. MOLFESSIS, « La tradition locale et la force de la règle de droit », *RTD. Civ*, 2002, p. 181.

³⁷² Cons. Const, 21 septembre 2012, n°2012-0271 QPC, « Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « la loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général » (consid. 3).

³⁷³ Comme en témoigne les œuvres de certains artistes tels que Picasso ou encore Hemingway (voir en ce sens *Mort dans l'après-midi*, Paris, Gallimard, 1949 ; ou encore *Le soleil se lève*, Paris, Gallimard, 1949).

un véritable service public de la tauromachie³⁷⁴. Il semblerait en tout cas que l'intérêt général permette d'établir une sélection entre les différentes coutumes prétendant à l'autorisation de la loi. Ce critère devrait être mis en avant davantage, dans la mesure où le critère de la tradition ininterrompue semble peu satisfaisant. En effet, « la répétition de la cruauté dans le passé justifie sa perpétuation à l'avenir »³⁷⁵.

La force de la corrida. Ce n'est peut-être pas toujours la loi qui décide d'accorder une place à la coutume³⁷⁶. La force de la tradition tauromachique démontre en effet qu'il est possible pour une coutume de s'imposer malgré les réticences législatives³⁷⁷. La corrida représente un exemple de la modification de l'état du droit par un fait culturel³⁷⁸. Il s'agit en effet d'une pratique culturelle qui est parvenue à s'imposer aux pouvoirs publics par sa force et qui est véritablement passée outre l'autorisation de la loi. Cette pratique a bénéficié du soutien non négligeable des élus locaux mais également des juges³⁷⁹. En effet, outre les groupes de pression, les juges du Sud-Ouest et du Midi ont fait échec à l'application de la loi Grammont, ce malgré l'opposition constante de la Cour de cassation³⁸⁰. La corrida a également profité du soutien des maires, qui se sont abstenus d'interdire les spectacles, ou qui les ont parfois autorisés. Cette guérilla juridique a perduré durant toute la période pendant laquelle la Cour de cassation a évacué la question culturelle inhérente à

³⁷⁴ G. CLAMOUR, « Service public et tauromachie », in *Mélanges en l'honneur du professeur J-P COLSON, Environnements*, PUG, 2004, p. 10.

³⁷⁵ C. DUBOIS, « La corrida dans l'arène de Montpensier : les Sages jouent au toréadors », *Les Petites affiches*, 27/12/2012, n°259, p. 10.

³⁷⁶ C. LECLERC, « Le Code pénal, le juge et la corrida », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2014/1, p. 183, qui énonce, la « tradition locale ininterrompue comme un fait juridique admis car sociologiquement incontournable ».

³⁷⁷ C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2014/1 (n°36), p. 31, pour qui finalement, la coutume *contra legem*, s'est imposée comme étant source de la loi pénale.

³⁷⁸ C. DUBOIS, « La corrida dans l'arène de Montpensier : les sages jouent aux toréadors », *Les Petites affiches*, 2012, n°259, p. 10.

³⁷⁹ P. ABADIE, « La tradition tauromachique devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2012, p. 616.

³⁸⁰ P. TIFINE, « A propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi », *RFDA*, 2002, p. 496.

cette pratique³⁸¹. Ainsi la réforme de la loi Grammont du 24 avril 1951 fait suite à une longue et tenace bataille juridictionnelle. Cette loi est le symbole d'une véritable capitulation du droit face au fait culturel. La corrida a mis en échec le principe selon lequel la coutume *contra legem* n'aurait pas le pouvoir d'abroger la loi³⁸². La théorie kelsénienne selon laquelle une norme tire sa légitimité de la norme qui lui est supérieure³⁸³ a été balayée par la tradition tauromachique, quand bien même la plus haute juridiction n'eut cessé d'affirmer que l'usage contraire ne pouvait prévaloir sur un texte de loi³⁸⁴.

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 constitutionnel³⁸⁵ ? 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 date³⁸⁶. 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

³⁸¹ Sur ce point, « *de nombreux juges du Sud-Ouest et du Midi de la France ont développé un certain nombre d'arguments, d'ordre strictement juridique* », de façon à faire échec à l'application de la loi, ce qui ne va pas sans poser un problème fondamental du point de vu de la perception de son office par le juge quand bien même il serait fondamentalement *aficionado*, *op. cit.*

³⁸² C. DUBOIS, « La corrida dans l'arène de Montpensier : les Sages jouent aux toréadors », *Les Petites affiches*, 27/12/2012, n°259, p. 10.

³⁸³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 256 et s.

³⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ, 13 avril 1897, S. 1897, 1, p. 401.

³⁸⁵ Comme cela est mentionné par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 septembre 2012, n°2012-271, QPC, *AJDA*. 1770).

³⁸⁶ Comme par exemple le terrain des Moline 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.

totalemment en accord avec le principe de dignité de la personne humaine s'agissant du torero par exemple³⁸⁷.

Certaines pratiques sont parvenues à recevoir l'autorisation de la loi. Il en est ainsi de la corrida pour qui le code pénal, mais également les juridictions à qui l'on a renvoyé le soin d'interpréter la loi, font un accueil favorable à la tradition tauromachique³⁸⁸. Il est dès lors possible de penser qu'il pourrait en être de même de certaines traditions culturelles faisant l'objet d'une infraction pénale. Toutefois, la législation pénale n'est pas toujours aussi favorable à la consécration d'une dérogation destinée à la différence culturelle. En effet, la coutume est un fait justificatif bien établi, auquel le droit pénal laisse pourtant peu de place³⁸⁹. Les combats de coqs, bien qu'exemptés également de l'application de la législation répression, n'ont pas pour autant bénéficié d'un régime juridique aussi favorable que celui des courses de taureaux.

Section II - 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 coqs³⁹⁰. Toutefois la création d'un nouveau gallodrome est punie des peines réprimant les sévices

³⁸⁷ 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).

³⁸⁸ P. SOUBELET, « Corridas : confusion sur la tradition locale ininterrompue », *Recueil Dalloz* 2002, p. 2267.

³⁸⁹ C. LACROIX, « Pas de mise à mort pour l'article 521-1 du code pénal », *AJ Pénal*, 2012, p. 597.

³⁹⁰ 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. ».

graves ou actes de cruauté envers les animaux, alors même que la Cour de cassation reconnaît la possibilité pour les localités de construire de nouvelles arènes, en les intégrant dans un « ensemble démographique » pratiquant les courses de taureaux³⁹¹.

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 »³⁹². 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 vie³⁹³.

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 décision³⁹⁴. Toujours dans le registre lexical, la loi

³⁹¹ 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.

³⁹² B. DE LAMY, « Le cop, le taureau et le Conseil constitutionnel : fable sur la nature », *RSC* 2015, p. 718.

³⁹³ 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.

³⁹⁴ 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

pénale a entendu circonscrire davantage les lieux dans lesquels pourrait être établie une tradition ininterrompue, en faisant usage du terme « localité ».

Une volonté d'encourager la disparition 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 pratiques³⁹⁵, 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 disparition³⁹⁶. 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 parlement³⁹⁷.

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 ».

³⁹⁵ 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 ».

³⁹⁶ J-B SEUBE, « Les coqs au Conseil », *La Semaine juridique Edition Générale*, n°37, 7 septembre 2015, p. 952.

³⁹⁷ 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 ».

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.

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'intolérables³⁹⁸. 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 arbitraire³⁹⁹. Ainsi, il appert que, dans les législations contemporaines, « *on assiste à une « labélisation » intensive, à une véritable crise de « surcriminalisation»⁴⁰⁰. En étiquetant comme criminels de plus en plus d'actes humains, en abusant de la sanction pénale, « on multiplie artificiellement le nombre de délinquants»⁴⁰¹. 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

³⁹⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Tome I, Cujas Paris, Septième édition, 1997, p. 68.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Tome I, Cujas Paris, Septième édition, 1997, p. 68.

d'acculturation⁴⁰². Il semblerait dès lors que l'intégration à la française implique l'uniformité. En effet, l'altérité mène, dans toutes les situations susmentionnées à l'exclusion. Une exclusion à laquelle la loi pénale participe. Le fait culturel est dès lors absorbé par une législation répressive.

D'un point de vue plus global, le refus des différences se matérialise généralement par le refus de leur institutionnalisation. Il en résulte un sentiment d'injustice sociale car en faisant toujours attention à ne pas institutionnaliser les différences, les pouvoirs publics nient la réalité des situations dans lesquelles se situent les individus concernés. La question de la reconnaissance culturelle pourrait voir une issue positive à travers la consécration de nouveaux faits justificatifs. Il s'agirait d'un compromis satisfaisant entre d'une part une place accordée à la différence culturelle, et de l'autre il ne s'agirait que d'une dérogation et non pas de l'affirmation formelle par la loi d'un « droit à la différence ». Au fond, il s'agit surtout de dégager des alternatives à la pénalisation du fait culturel.

Ainsi, la législation pénale a un impact considérable sur la différence culturelle. En traitant de manière identique la déviation mentale et l'appartenance à une culture, la loi renforce certains stigmates et fragilise des situations déjà précaires. Or, il convient de rappeler que selon la Cour européenne des droits de l'Homme, le mode de vie traditionnel, ou encore la diversité culturelle, représentent une richesse essentielle qui nécessite une protection particulière. Cette richesse est également intimement liée à la préservation du pluralisme. Ainsi, la progression dans l'Etat de droit ne peut que consister en faisant la part plus belle aux expressions culturelles quelles qu'elles soient, pourvu qu'elles respectent les droits fondamentaux.

⁴⁰² En ce sens, la politique criminelle s'aligne sur les principales orientations d'autres législations telles que le droit des étrangers.

BIBLIOGRAPHIQUE

OUVRAGES ET THESES

- A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001.
- C. BORIES, *Le patrimoine culturel en droit international*, thèse Paris 2011 Editions A. PEDONE.
- C. DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, *La liberté religieuse en Europe*, Thèse Paris, 2003.
- C. LEVI-STRAUSS, « Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss », *Sociologie et anthropologie*, Paris : PUF, 1966.
- D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in *L'Autre* (dir) M. SADOUN, Presses de Sciences-Po.
- E. MILLARD, *Familles et droit public*, Thèse LGDJ, Paris, 1995.
- E. RUDE-ANTOINE, *L'immigration face aux lois de la République*, Karthala, Paris.
- E. GOFFMAN, *Stigma : Notes on the management of spoiled identity*, Prentice-Hall, 1963.
- F. CARRARA, in *Opuscoli di dirritto criminale*, 1805.
- F. DASSETTO, *La construction de l'Islam européen – Approche socio-anthropologique*, Paris, L'Harmattan, 1996.
- F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*, 2^{ème} éd, LGDJ, 1919, rééd 1995, tome I.
- G. CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés*, LGDJ, 1997, Paris.
- G. CORNU, « Droit civil », *Introduction, les personnes, les biens*, 9^{ème} édition, 1999.
- G. TEBOUL, *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative*, Bibliothèque de droit public, tome 153, LGDJ, 1989, p. 190.

- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.
- H. MOUTOUH, *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, thèse Bordeaux IV, 1996.
- I. GILLETTE-FRENOY, *L'excision et sa présence en France*, Ed GAMS, Paris, 1992.
- J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF/Quadrige, 2004.
- J. CARBONNIER *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10eme édition Paris 2001.
- J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF., 2004.
- J. DUBOIS, « Les impensables de la judiciarisation de l'excision », in Edwige RUDE-ANTOINE (dir), *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Karthala, 1992.
- J. LE GOFF et P. NORA (dir.), *Faire l'histoire*, tome 1, *Nouveaux problèmes*, Paris, Gallimard, 1974.
- J. HUIZINGUA, *Homo Ludens. Essai sur la fonction sociale du jeu*, Gallimard, 1951. Rééd. 1976.
- J. MORANGE, *Les Libertés publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 1804, 4^e éd. 1990.
- J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles 2006.
- M. ELIADE, *Le sacré et le profane*, Paris, Gallimard, 1965, rééd. 1975.
- M. MOUTOUH, *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse (dir) D. DU BOIS DE GAUDUSSON, Bordeaux IV, 1996, Dactylographiée, spéc.
- O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Economica, Paris 2004.
- P. DUPUY et J. PERRAIN, *Ombres et soleils sur l'arène : la tauromachie à travers les âges*, La manufacture, 1988, Lyon.
- P. FAUCAONNET, *La responsabilité. Etude sociologique*, E. U. D, 2010.
- P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013.

R. Cassin, *Criminologie*, Paris, Dalloz, « Paris », 6^{ème} édition, 2007.

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

S. ABOU, *Culture et droits de l'homme*, Hachette, Paris, 1992, coll. Pluriel.

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

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

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

DICTIONNAIRES

Dictionnaire de médecine, Flammarion, abris, 1985.

Le petit Robert, Dictionnaire Le Robert, 2002, Paris.

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

R. AZRIA et D. HERVIER-LEGER, *Dictionnaire des faits religieux*, PUF, Paris, 2010

ENQUETES, ETUDES ET RAPPORTS

C. BEAUCHEMIN, C. HAMEL, P. SIMON (dir) : *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, INED Editions, 2015, 624, pages.

Etude menée par le Conseil d'Etat, 30 mars 2010, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*.

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.

Rapport annuel de l'Observatoire de la laïcité 2013-2014, mai 2014, p. 84.

Rapport de mission du préfet A. DELAMON, au Premier ministre sur la situation des gens du voyage, du 13 juillet 1990.

Rapport intitulé *Polygamie, des femmes et des enfants*, issu du groupe de travail interdisciplinaire sur la polygamie de la Cimade en 1990.

ARTICLES, CHRONIQUES, FASCICULES ET CONTRIBUTIONS AUX MELANGES.

A. ALDEEB ABOU-SAHLIEH, « Raison et religion dans la circoncision masculine et féminine en pays musulmans », *Droit et Cultures*, 1994, n°27, L'harmattan, Paris, p. 159 à 163.

A. AMIN, et M. POUSSIN, « Le rôle du sentiment d'exclusion et des perceptions de la société dans le processus d'identification chez les jeunes français issus de l'immigration », *Les cahiers internationaux de psychologie sociale*, 2008/4, n°80, p. 100.

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.

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, p. 172.

A. LEGAL, « La notion de coauteur », *RSC* ; 1962, p. 749.

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.

A-M. LEROYER, « Voile », *RTD. civ.* 2011. 399.

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

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

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

B. PROVOT, « Nomadisme et résistance », *Etudes tsiganes*, 2004, n°7.

C. CEVELY, « Réflexions sur l'inhumain et le droit », *RSC*, 2005, p 483.

C. DUBOIS, « La corrida dans l'arène de Montpensier : les Sages jouent au toréadors », *Les Petites affiches*, 27/12/2012, n°259, p. 10.

C. DUPEYRON, « L'infraction collective », *RSC*, 1973, p. 362.

C. DUVERT, « Exception culturelle et droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2014/1 (n°36), p. 25.

C. EBERHARD, « Droit, laïcité et diversité culturelle. L'État français face au défi du pluralisme », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 54, 2005, p. 23.

C. LACROIX, « Pas de mise à mort pour l'article 521-1 du code pénal », *AJ Pénal*, 2012, p. 597.

C. LAVIALLE, « La circulation et stationnement des gens du voyage », *JCP*, 1992 Doc 3566.

C. LE BRIS, « La contribution du droit à la construction d'un vivre ensemble : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, 2016/1 n°92, p. 75.

C. LECLERC, « Le Code pénal, le juge et la corrida », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2014/1, p. 183.

C. GROSSHOLZ, « La circoncision infantile en cause : la décision du Tribunal de Cologne du 7 mai 2012 », *RFDA* 2012. 843.

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

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

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

D. VERNIER, « Le traitement pénal de l'excision en France : historique », *Droit et cultures*, 20, 1990, p. 195-196.

E. AUBIN, « L'évolution du droit français applicable aux Tsiganes. Les quatre logiques du législateur républicain », *Études tsiganes*, vol 15, 2001, p. 26.

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.

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

E. AUBIN, « Roms : être ou ne pas être gens du voyage ? », *AJDA* 2014 p. 1280.

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

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, p. 23.

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

G. CLAMOUR, « Service public et tauromachie », in *Mélanges en l'honneur du professeur J-P COLSON*, *Environnements*, PUG, 2004, p. 10.

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

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

G. PAULINE, « La décohabitation et le relogement des familles polygames : un malaise politique émaillé d'injonctions contradictoires », in *Recherches et Prévisions*, n°94. *Politiques du logement : question sociales*, p. 59-69.

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.

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

I. BOEV, « La minorité tzigane en France, entre la non-reconnaissance juridique d'une spécificité ethnoculturelle et la prise en compte du fait du droit à la différence », Contribution au séminaire de l'Association de l'anthropologie du droit, Paris, 17 mai 2000.

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

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

J. CHANTEUR, « Rétribution chez Platon », in *Rétribution et justice pénale* (dir) P. Poncela, PUF, Paris, p. 32.

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.

J. DUBOIS, « Une violence sacralisée – La judiciarisation de l'excision », E. LE ROY et T. VON TROTHA (dir), *La violence et l'Etat. Formes et évolution d'un monopole*, L'Harmattan, Paris, 1981, p. 32.

J. HAUSER, « Droit à l'image et acte usuel de l'autorité parentales », *RTD. civ.* 2012. p. 91.

J. HAUSER, « Vie privée, image du logement et définition du domicile », *RTD. civ.* 2007, p. 87.

J-P. LIEGEOIS, « Nomades, tsiganes et pouvoirs publics en France au XXème siècle : du rejet à l'assimilation », n°4/ 1978, *Etudes tsiganes*, p. 177.

J-P. LIEGEOIS, « Pour une approche politique du nomadisme », *Etudes tsiganes*, n°17, Hommage à Bernard Provot, p. 52.

J. MICHEL, « Le non-renouvellement de la carte de résident à une étrangère résident à une étrangère en situation de polygamie », *AJDA* 2003. p. 851.

J-H PRELOT, « Les religions et l'égalité », *RDP* 2001 p. 738.

J. PENNEAU, « Responsabilité civile d'un médecin ayant pratiqué une circoncision sur un enfant dont le gland s'est nécrosé à la suite de complications », *D.* 1993. 27.

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

J-P MARGENAUD, « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *Dalloz* 2010. 682.

J-P. MARGENAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD. civ.* 2005, p. 341.

J-P. MARGENAUD, « Hymnes à la vie et à l'autonomie personnelle », *RTD. civ.* 2002, p. 858.

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

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.

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

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.

L. RIZZI, « Punir et reconnaître », *Archives de philosophie*, 2003/2 (Tome 66), p. 240.

L. VAN EECKHOUT, « La décohabitation des foyers polygales implique un suivi social durable », *Le Monde*, 07/09/ 2005.

M-C. DE MONTECLER, « Au nom du vivre ensemble, la CEDH admet l'interdiction du voile intégral », *AJDA* 2014. p. 1348.

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

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

M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 49, 2009, p. 8.

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.

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.

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.

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

O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Dalloz*, 2011, p. 1166.

O. GOHIN, « L'évolution constitutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 1999, p. 500.

P. ABADIE, « La tradition tauromachique devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2012, p. 616.

- P. BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, p. 10.
- P. CHRESTIA, « La *burqa* est incompatible avec la nationalité française », *AJDA* 2008 p. 2013.
- P. DEUMIER, « La tradition tauromachique, source sentimentale du droit », *RTD. Civ*, 2007, p. 57.
- P. GOURDON, « Une conséquence inattendue de la modification de l'article 16-3 du Code civil : la légalisation de la circoncision rituelle médicalisée », *Médecine & Droit* 59 (2003), p. 43-48.
- P. SOUBELET, « Corridas : confusion sur la tradition locale ininterrompue », *Recueil Dalloz* 2002, p. 2267.
- P. TIFINE, « A propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi », *RFDA*, 2002, p. 496.
- W. NAUCKE, « Le droit pénal rétributif selon Kant », in *Rétribution et justice pénale*, (dir) P. PONCELA, PUF, Paris, p. 76.
- R. LYBCHABER, « Circoncision, pluralisme et droits de l'Homme », *Dalloz*. 2012. 2044.
- R. ROUQUETTE, « Gens du voyage : accueil et rejet ? », *Dr. adm* 2007 n°10, p. 14.
- R. OLLARD, *Tortures et actes de barbarie*, Folio 372103, Cote 11, 2006, Coll. PE, Mac 333, 222-1 à 222-6-2, Fasc. 20, point 81.
- R. OLLARD et E. GARÇON, Destructures, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes, fascicule unique, *JCI. Pénal Code*, 3 mars 2010.
- S. BRONDEL, « Les députés adoptent une résolution contre la *burqa* », *AJDA* 2010. 985.
- S. FAINZANG, « Excision et ordre social », *Droit et Cultures*, 1990, p. 17.
- V. POPOV, « La conscience ethnique préférentielle des tziganes », *Etudes tziganes*, 1992, n°2, p. 38 à 43.
- Y. MAYAUD, « Violences volontaires », *RSC*, 2008, p. 587.

TEXTES

Constitution du 4 octobre 1958.

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

Circulaire du Ministère de l'Intérieur du 5 août 2010 concernant l'évacuation des campements illicites.

Circulaire d'application du 2 mars 2011 du Premier ministre et la circulaire du 11 mars 2011 du garde des Sceaux.

Convention européenne des droits de l'homme entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

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

Déclarations interinstitutions. Genève : OMS ; 2008 : 22-7. Disponible : <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/fgm/9789241596442/fr/index.html>. Consulté le 29 décembre 2011.

Déclaration de la HALDE n°2008-193 du 15 sept 2008.

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

Délibération de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, en date du 15 septembre 2008 (n° 2008-193).

Délibérations de la HALDE, n° 2007-372 du 17 déc 2007, n° 2009-143 du 6 avril 2009, n°2009-312 du 14 septembre formant un rapport spécial sur le régime applicable aux gens du voyage, n°2010-3 du 25 janvier 2010 et n° 2010-46 du 22 février 2010.

Loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes.

Loi de 1912 relative à la circulation des nomades abrogée par la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969.

Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes.

Loi promulguée en Suède le 1^{er} juillet 1982 prévoyant deux ans d'emprisonnement pour l'auteur d'une excision.

Loi du 16 juillet 1985 promulguée en Grande-Bretagne, réprimant l'excision et condamnant les praticiens coupables d'avoir opéré une intervention sur les organes génitaux, à cinq ans d'emprisonnement.

Loi Besson, loi n°90-449 du 31 mai 1990 tendant à la mise en œuvre du logement.

Loi n°93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration.

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

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

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.

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

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

Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

JURISPRUDENCE ET NOTES

DC QPC, 9 juill. 2010, n° 2010-13 QPC, *AJDA* 2010. 2324 , note E. Aubin ; D. 2010. 2056, entretien S. Slama, et 2011. 1509, obs. A. Leborgne ; Constitutions 2010. 601, obs. O. Le Bot.

CAA Lyon, 20 sept. 1993, *Gaz. Pal.* 28-29 sept. 1994, p. 25, note J. Bonneau.

CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2011 n° 2011/ 325 rendu en Chambre spéciale des mineurs.

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

CAA Nancy, 28-11-2013, n°12NC01317, *AJDA* p. 721.

CAA Versailles 15 juillet 2009, *Mme X*, req n°09VE01053.

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

CA, Paris, 4 février 1959, *JCP* 1960, II, n°11632, note L. de Naurois.

CA Paris, 6 avril 1967, *JCP* 1967, II, n°15100, concl Nepveu.

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

CA Paris 29 septembre 2000, *D.* 2001 1585 note C. Duvert.

Cass 1^{ère} civ, 11 juin 1991, *D* 1991, Jur. P 521 note P. Malaurie.

Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1994, *D.* 1995. IR. 38.

Cass. 1^{ère} civ, 13 avril 1897, *S.* 1897, 1, p. 401.

Cass 1^{ère} civ 26 janvier 1994. *D* 1995 Jur p 226 note C. Choain.

Cass, civ, 1^{er}, 6 juillet 1988, *RCDIP*, 1989, 70, note Y. Lequette.

CE, 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, n° 153686, *RFDA* 1998. 90, concl. V. Péresse.

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

CE, 7 avril 2011, Association SOS racisme – Touche pas à mon pote, n° 343387, Lebon 2011.

CE, 17 janv. 2014, n° 369671, Mme Floréa, *AJCT* 2014. 211, obs. J.-F. Giacuzzo.

CEDH, *A c. RU*, 23 sept 1998, Rec, 1998-VI, (§22).

CEDH, *Bouyid c. Belgique*, Grande chambre, 28 septembre 2015, requête n°23380/09.

CEDH, *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, Requête n°24645/94, 18 février 1999, (§34).

CEDH 13 novembre 2007, *D. H c/ Turquie et al.* n° 57325/00.

CEDH (2^e Section), *Dahlab c. Suisse*, requête n°42393/98, décision du 145 février 2001.

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

CEDH, *S.A.S c/ France*, 1^{er} juillet 2014, n°43835/11, (§139).

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

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

CEDH, 18.1.2001 *Chapman c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom*, no/no. 27238/95.

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, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown*, requêtes n°21627/93, n°21826/93 et 21974/93.

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

CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n°2346/02, (§66).

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

CEDH, 17 février 2005, *K. A et A. D c/ Belgique*, requête n°42758/98, (§83).

Civ 1^{ère}, 26 janvier 1994, n°92-10.838, *D* 1995.226.

Civ 2^e, 17 juin 2010, n°09-15.842, *D*. 2010. 1625, *RTD. civ* 2010. 562 note P. Jourdain.

Civ 2^{ème}, 21 janvier 2016, n°15-10731.

Commission, *Sept personnes c. Suède*, requête n°8811/79, décision du 13 mai 1982, *D.R.*, 29, p. 117.

Conseil constitutionnel, Décision n°2010-613 DC du 7 octobre 2010.

Conseil constitutionnel 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.

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.

Conseil Constitutionnel, décision du 21 septembre 2012, n°2012-0271 QPC.

Conseil Constitutionnel, décision du 31 juillet 2015, n°2015-477 QPC.

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

Crim. 16 novembre 2004, n° 04-85318, inédit.

Crim 12 aout 1813 et Cass Crim 2 juillet 1835, *S.*, 1835, I.

Crim. 19 janv. 2005, no 03-87.210, *D.* 2006, pan. 1200, obs. Galloux, *Dr. pénal* 2005. Comm. 55, obs. Véron.

Crim, 8 juin 1994, req. n°93.82549.

Crim, 10 janvier 2006 inédit, n°05-86.216.

Cass crim. 16 novembre 1827, *S.* 1828, I, 135.

Crim, 26 mai 1882, *D.P.*, 1882.1.438.

Crim. 20 août 1983, no 83-92.616, Bull. crim. no 229.

Crim, 16 déc 1948, *B.*, 291 ; Crim, 16 février. 1956, *JCP*, 1956. II. 9304, note de Lestang.

Crim, 11 janvier 2005 ; *AJP* 2005 p 242 obs M. Redon.

Crim. 9 mai 1990, *Dr. pénal* 1990. Comm. 291 ; Paris, 10 juill. 1987, *D.* 1987, IR 197, *RSC* 1989. 108, obs. Levasseur.

Crim, 18 novembre 1976, *B.*, 333 ; Paris, 24 février 1983. I. 298, obs Levasseur, *RSC*, 1975, p. 900 ; 1977, p. 336.

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

Crim 4 avril 2002, inédit, n°02-80.328.

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.

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

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

Crim. 5 févr. 1979, no 78-91.704, Bull. crim. no 49.

Crim. 6 juill. 1993, no 93-81.989, *Gaz. Pal.* 1993. 2. Somm. 469, obs. Doucet.

Crim. 20 février 1995, no 94-83.049, *Dr. pénal* 1995. Comm. 138, obs. Véron.

Crim. 9 juin 2004, no 03-84.934, *Dr. pénal* 2004. Comm. 173.

Crim 14 juin 1990, Bull. crim. n° 243, *JCP* 1990.IV.338.

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

TA Lyon, 25 juill. 2007, *RTD. civ.* 2008. 99, obs. J. Hauser.

TA Lyon, 12 juin 1996, *D.* 1998, Somm. 16, obs. Julien-Laferrière et p. 304, obs. M. Vasseur ; *JCP* 1997, I, 3996, obs. H. Fulchiron ; *RUDH* 1996, p. 695, note Levinet.

TC, 27 juin 1996, Guignon, n° 1889, *AJDA* 1966. 517, note A. de Laubadère.

Tribunal de première instance de Dordrecht, le 12 janvier 1979, *Nederlandse Jurisprudence* 19/7.

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

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

TGI Toulouse, 7 novembre 2000, *RG* n°1999/05 839.

TGI Paris, 21 juin 1967, *RCDIP*, 1968. 294, note H. Battifol ; *REC. GEN. LOIS*, 1969. 77, note Droz.

CONCLUSIONS

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

CODES

Code civil :

- Art. 3.
- Art. 16-1.
- Art. 13-3.
- Art 371-5.

Code de la santé publique :

- L. 111-2 al. 5.
- L. 111-4.
- L. 209-19.

Code pénal :

- Art. 121-1.
- Art. 121-7.
- Art. 122-2.
- Art 222-13.
- Art 222- à 222-12.
- Art. 322-4-1.
- Art. 433-20.
- Art. 450-1.
- Art. 512.
- Art. 521-1.

Code général des collectivités territoriales :

- L. 2212-2.
- L2215-1.

<u>Introduction</u>	10
<u>Partie I – Les infractions culturelles</u>	15
<u>Titre I - Le fait saisi par le droit</u>	15
<u>Chapitre I – Les infractions culturelles portant atteinte à l’intégrité corporelle</u>	16
<i>Section I – La circoncision</i>	16
1) Un traitement d’exception pour la circoncision	16
2) La nature juridique de l’acte de circoncision	23
<i>Section II – L’excision</i>	27
1) L’excision, « la coupure qui sauve ».....	27
2) La mutilation rituelle à travers le droit pénal.....	30
<u>Chapitre II – Les infractions réprimant l’expression d’une identité culturelle</u>	43
<i>Section I – L’infraction de dissimulation du visage</i>	44
1) Une parade législative	44
2) Une question de société saisie par le droit	46
<i>Section II – L’incrimination d’un mode de vie traditionnel</i>	52
1) Le mode de vie polygamique	52
2) Le mode de vie nomade	55

<u>Partie II – La répression culturelle</u>	67
<u>Titre I – Le droit saisi par le fait</u>	67
<u>Chapitre I – Les effets du facteur culturel sur la répression pénale</u>	68
<i>Section I – L’absence d’intention criminelle</i>	68
1) Les effets du facteur culturel sur la pratique juridictionnelle	69
<i>a Les tentatives d’atténuation de la répression par la pratique juridictionnelle</i>	69
<i>b La coloration particulière du procès culturel</i>	72
2) Les effets du facteur culturel sur les fonctions et les effets de la peine	74
<i>a La mise en échec des fonctions traditionnelles de la sanction pénale</i>	74
<i>b L’effet acculturant de la sanction pénale</i>	76
<u>Chapitre II – Les effets de la répression culturelle dur les délinquants culturels</u>	79
<i>Section I – Du processus de catégorisation à la marginalisation du sujet</i>	79
1) La catégorisation des individus	79
<i>a L’identification des situations par la loi pénale</i>	79
<i>b Le stigmatisme de la différence</i>	82
2) La marginalisation du sujet	85
<i>a Les conséquences liées à l’engagement de la responsabilité individuelle du délinquant.</i>	85
<i>b La nécessité d’élargir la prise en considération du fait culturel à une responsabilité collective</i>	88
<u>Titre II – La possible justification du fait culturel</u>	93

<u>Chapitre I – La portée justificative de la volonté personnelle</u>	93
<i>Section unique – Le consentement</i>	93
1) Le principe	94
2) L’infléchissement du principe	95
<i>Section II – L’autonomie personnelle</i>	99
<u>Chapitre II – La portée justificative de la coutume</u>	103
<i>Section I – L’exemple de la tauromachie</i>	103
<i>Section II – L’exemple des combats de coqs</i>	108
<u>Conclusion</u>	111