



Université Panthéon
Assas Paris II

10 rue Thénard

75005 Paris

JUSTICE ET DIVERSITE CULTURELLE
Rapport de recherche

Anne WYVEKENS

Directrice de recherche, CNRS, CERSA, Paris 2

Avec la collaboration de **Coline CARDI**

Maîtresse de conférences, Paris 8, CRESPPA-CSU

Juillet 2012

Recherche réalisée avec le soutien
de la Mission de recherche Droit et Justice

Convention n° 29.10.06.07

JUSTICE ET DIVERSITE CULTURELLE

Rapport de recherche

Anne WYVEKENS

Directrice de recherche, CNRS

Centre d'études et de recherches de sciences administratives et
politiques, Université Paris 2

Avec la collaboration de **Coline CARDI**

Maîtresse de conférences, Université Paris 8,

Centre de Recherche Sociologique et Politique de Paris

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°29.10.06.07). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

SOMMAIRE

LA JUSTICE ET LA « DIVERSITE CULTURELLE ». AU PAYS DES AVEUGLES ?.....	3
CHAPITRE 1. UNE QUESTION TABOU ?	9
1. Les yeux grand fermés.....	9
2. Tout bien réfléchi... Si vous insistez... ..	19
3. Quand faire c'est ne pas dire	31
4. Une double difficulté.....	41
CHAPITRE 2. CULTURE ET PROCES PENAL.....	51
1. La défense culturelle, rencontre du droit et de l'anthropologie	51
2. Les yeux perdus de Samira.....	62
CHAPITRE 3. DES FAMILLES COMME LES AUTRES ?.....	75
1. La diversité culturelle : valeurs et modes de vie	79
2. La diversité culturelle : venir d'ailleurs	89
CHAPITRE 4. FRANCE-BELGIQUE : DE L'APPLICATION DU DROIT A SA	
PRODUCTION.....	105
1. Des incriminations spécifiques	106
2. La codification du droit international privé	113
CONCLUSION	125
BIBLIOGRAPHIE	129

LA JUSTICE ET LA « DIVERSITE CULTURELLE »

AU PAYS DES AVEUGLES ?

Comment la justice française prend-elle en compte la diversité culturelle ? Est-elle, comme on l'est volontiers en France, « aveugle » aux différences (Tribalat, 2010) ? La « question ethnique » a toujours été abordée en France avec difficulté, quand elle n'était pas purement et simplement éludée. Elle a ainsi pudiquement été qualifiée de « question urbaine » dans le cadre de la politique de la ville – il faut attendre 2011 pour voir publier des chiffres montrant que les banlieues sont habitées essentiellement par des immigrés (ONZUS, 2012). Le débat sur les statistiques dites ethniques en est une autre illustration. On rapporte ces réticences « au credo républicain de “l'indifférence aux différences” et [à] la volonté de rendre moins saillantes les disparités culturelles pour unifier la nation » (Simon, 2008). Quant à la *communauté*, valorisée aux Etats-Unis comme lieu où les individus peuvent puiser une force, elle n'existe en France que sous les traits repoussants du *communautarisme*. On observe la même réticence dans le champ du droit. « Le modèle français se distingue par son attachement à une certaine uniformité juridique, la négation de l'existence juridique des minorités et de la forme collective de leurs droits » (Rouland, 1994).

Aujourd'hui pourtant, les termes du débat se modifient. Là où il était question d'assimilation, on oppose à présent multiculturalisme et universalisme (Ringelheim, 2011, p. 6). Quant au droit, il accorde une importance croissante à l'épanouissement de l'individu, notamment via la protection de droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce contexte pose à nouveaux frais la question du pluralisme normatif et celle des conflits de normes qui pourraient en découler. On voit mieux aujourd'hui que la loi, norme « générale et abstraite », renvoie en réalité à une vision du monde, à des valeurs qui sont celles de la culture ou de la population majoritaire. Elle n'est dès lors pas nécessairement vécue comme légitime, elle n'est même pas toujours connue par les populations minoritaires auxquelles elle s'applique. Dans la vie quotidienne, certaines pratiques – religieuses, alimentaires, vestimentaires – venues d'ailleurs s'accommodent difficilement aux règles, juridiques ou coutumières, en vigueur dans la société d'accueil. En matière pénale, certains comportements interdits et sanctionnés par le droit national sont légitimes ou tolérés au sein d'autres univers

culturels. Plus que jamais, « dès que l'on quitte le terrain de la société théorique pour rejoindre celui de la société réelle, les droits n'apparaissent plus comme correspondants à une norme naturellement là, établie une fois pour toutes » (Bastienier, 2010, p. 299). Même si elle se préfère « aveugle » aux différences, la France et en particulier sa justice peut difficilement aujourd'hui faire l'impasse sur ce type de questionnement.

Le point de départ de la recherche réside dans la lecture de quelques textes majeurs tirés de l'abondante littérature anglo-saxonne consacrée à la défense culturelle (Coleman, 1996 ; Renteln, 2005 ; Volpp, 1994, notamment). Cette stratégie de défense destinée à excuser un comportement incriminé ou à atténuer la responsabilité de son auteur au motif que le dit comportement n'est pas incriminé ou est légitime dans la culture d'origine de l'auteur, repose sur l'idée que, pour appliquer la loi de façon équitable, le juge aurait à prendre en compte un éventuel conflit apparaissant entre la loi pénale du pays d'accueil et des normes ou des valeurs appartenant à une autre « culture ». Posée d'abord dans le domaine pénal, la question peut être étendue à d'autres domaines du droit : on voit bien aujourd'hui comment la dimension culturelle traverse de nombreuses situations de la vie quotidienne. C'est à propos de celles-là que la justice canadienne a forgé la notion d'accommodements raisonnables. « Cette notion, issue de la jurisprudence associée au monde du travail, désigne une forme d'arrangement ou d'assouplissement qui vise à faire respecter le droit à l'égalité, et notamment à combattre la discrimination dite "indirecte" (celle qui, par suite de l'application stricte d'une norme institutionnelle, porte atteinte au droit à l'égalité d'un citoyen) » (Bouchard, Taylor, 2008).

Par contraste, le sujet est étonnamment peu abordé en France. Des entretiens informels avec des magistrats mettent en évidence à la fois l'actualité de la question et son maintien dans l'implicite. Pour quelques affaires largement médiatisées – port du foulard dans les écoles, automobiliste vêtue d'une burqa, annulation d'un mariage pour cause de non-virginité de l'épouse... – les magistrats indiquent – et certains semblent le regretter – que leur pratique en la matière ne fait pas l'objet d'une mise à plat systématique. Ces questions ne sont posées qu'au cas par cas, dans les couloirs des palais de justice, entre magistrats entretenant des liens d'amitié ou de confiance. On n'observe de prise en compte explicite de la dimension culturelle que dans le droit des mineurs. Même là, l'ethnopsychiatrie de Tobie Nathan semble aujourd'hui en perte de vitesse, et l'intermédiation culturelle judiciaire d'Etienne Le Roy (2009) demeure marginale.

La littérature scientifique est également peu abondante sur le sujet. On trouve en France des études sociologiques interrogeant les décisions judiciaires en termes de discriminations (par exemple : Herpin, 1977 ; Jobard et Névanen, 2007 ; Léonard, 2010), des études juridiques portant sur l'application du droit international privé, mais guère de littérature relative à la question de savoir si les différences culturelles, en tant que renvoyant à des normes, des valeurs, des pratiques différentes de celles de la culture majoritaire, ont une place dans l'application du droit. La notion d'accommodements raisonnables n'est abordée chez nous que sur un mode suspicieux. Quant à la défense culturelle, elle semble totalement ignorée. Seuls quelques auteurs belges (Foblets, 1998 ; Van Broeck, 2011 ; Brion, 2010) y consacrent des analyses. De façon plus générale, sur le thème « Droit et diversité culturelle », il faut également aller en Belgique pour trouver un premier débroussaillage en langue française de ce que Julie Ringelheim (2011) qualifie de « champ en construction ».

La dimension culturelle est-elle, peut-elle être, doit-elle être prise en compte par le juge ? Plus précisément, appliquera-t-il le droit de la même manière quelle que soit l'origine, c'est-à-dire quels que soient les valeurs et les modes de vie des justiciables concernés ? Nous avons voulu aller y voir de plus près : interroger les magistrats, les regarder à l'œuvre.

Si notre point de départ était la situation *française* en matière *pénale* (avec le cas emblématique de la défense culturelle), nous avons basé notre démarche sur un double croisement d'éclairages : d'une part, l'investigation d'un terrain *étranger* (belge, en l'occurrence) ; d'autre part, le parti de distinguer aussi peu que possible les aspects *civils* des aspects pénaux. Le choix de la Belgique (région francophone, essentiellement Bruxelles) était motivé par l'intérêt supposé d'une comparaison avec la réalité judiciaire d'un pays à la fois proche – par le contexte légal et judiciaire (code Napoléon, organisation judiciaire proche de la nôtre) – et différent – sur le plan de la prise en compte de la diversité : le pays lui-même est, entre Flamands et francophones, culturellement divisé, il est plus marqué que la France par des influences anglo-saxonnes et, « par contraste avec le modèle républicain français, il a évolué au cours du 20^e siècle vers un modèle dit “consociatif” que sociologues et politistes décrivent comme “pilarisé” » (Christians, 2010, p. 822). A côté de la comparaison géographique, destinée à tester l'hypothèse d'une spécificité française, il nous a d'autre part paru essentiel de ne pas nous cantonner aux seuls aspects pénaux, mais de nous pencher également, et de façon concomitante, sur des questions de droit civil. Les motifs de ce pari sont à la fois d'ordre descriptif (sortir du stéréotype) et de nature

analytique : on fait l'hypothèse que les traitements réservés à l'une et l'autre matière (pénale et civile) sont susceptibles de s'éclairer mutuellement.

Le recueil des données a été réalisé sous deux formes principalement. On a d'une part mené une série d'entretiens semi-directifs avec des magistrats, tant en Belgique (Bruxelles) qu'en France (TGI d'Avignon, Melun, Créteil), tant en matière civile qu'en matière pénale. La juridiction des mineurs a été d'emblée exclue de l'enquête, précisément en raison de l'existence d'une « tradition » de recours à l'ethnopsychiatrie, ayant fait l'objet d'une littérature abondante et trop spécifique par rapport à l'idée que nous avons d'une exploration généraliste de la problématique. Nous nous sommes limitées à deux entretiens avec des magistrats de la jeunesse, l'un en France, l'autre en Belgique. Les autres entretiens ont eu pour interlocuteurs magistrats : en France, un président de TGI, une juge d'instruction, trois magistrats du parquet, deux juges d'instance, deux juges civiles dont l'une était également juge des libertés et de la détention, cinq juges aux affaires familiales, dont deux exerçant en outre comme présidentes de chambre civile chargée de l'état des personnes, une présidente de cour d'assises, deux juges de l'application des peines ; en Belgique, une juge d'instruction, deux juges de paix, une juge des référés civils, deux juges civiles spécialisées dans l'état des personnes, deux magistrats du parquet, un juge au tribunal du travail. Dans chacun des deux pays, on a en outre interrogé un magistrat issu de l'immigration. On a rencontré également des acteurs non magistrats : d'une part en France à l'occasion de l'assistance à un procès d'assises (voir ci-dessous et chapitre 2), d'autre part en Belgique pour approfondir la dimension comparative de l'enquête (voir chapitre 4).

A côté de ces entretiens, dont l'objectif était de mettre à jour les représentations et attitudes des magistrats par rapport à la question de la diversité culturelle, il paraissait essentiel de recourir l'observation des pratiques. Comme nous l'a dit une magistrate à qui nous demandions si l'élément culturel pouvait influencer sa façon de poursuivre : « Là, il faudrait que quelqu'un me voie... »¹. Là également, nous avons voulu couvrir un spectre assez large de situations, en essayant d'éviter tout a priori. Le choix des observations a par ailleurs été fonction des contacts établis avec divers magistrats, facilitant certains types d'accès au terrain. En matière pénale, on a assisté d'une part à plusieurs audiences de commission d'application des peines et de tribunal d'application des peines, à Melun, et d'autre part à un procès criminel devant la cour d'assises de Vaucluse, à la suite duquel des entretiens ont été menés avec différents

¹ Entretien, juge d'instance, ex-substitut, Melun.

protagonistes (présidente, avocat général, avocats de la défense et de la partie civile, interprète). En matière civile, après quelques audiences du tribunal d'instance et de la juridiction de proximité – destinées à appréhender les litiges de la vie quotidienne, mais finalement peu instructives – on a recentré les observations sur les affaires familiales. On doit dès à présent mentionner la difficulté de cet accès à la pratique et le caractère limité des enseignements recueillis : à l'exception des assises où toute la procédure est orale et où on a eu la chance d'assister à un procès présidé de façon particulièrement attentive, les autres audiences, souvent menées au pas de course, n'apprennent pas grand-chose, du moins sur la motivation des décisions. Quant aux dossiers, les magistrats affirment qu'on n'y trouve rien de plus, ce qui paraît plausible lorsque l'on voit la façon dont, même dans un entretien, ils répugnent à aborder la question. Une magistrate belge, pourtant très soucieuse des particularités culturelles, précisera même qu'il est exclu que ce souci apparaisse de façon explicite dans ses décisions. Sans compter le fait qu'il n'aurait été possible d'accéder, en matière familiale, qu'à des dossiers terminés, dont les pièces ont été récupérées par les avocats.

Au terme de cette enquête, on est à la fois insatisfait et... prêt à repartir. Le parti initial, consistant à vouloir couvrir un champ aussi large que possible, a conduit à accumuler une matière considérable, ouvrant un nombre impressionnant de pistes – dont certaines totalement inattendues –, sans pouvoir les explorer de façon approfondie. Le résultat de la recherche n'est en définitive pas surprenant, dans la mesure où l'on avait pour objectif de s'aventurer sur un terrain jusqu'ici non investi, voire de s'attaquer à un « impensé » de la pratique judiciaire. La forme du rapport reflète l'état de la réflexion. Ses différents chapitres présentent, par touches successives, l'évolution d'un questionnement qui s'est déplacé – et diversifié – au fil de l'enquête. On exposera d'abord ce qui a constitué l'étonnement de départ : la difficulté, pour les magistrats, de répondre à la question qui leur était posée, les « évitements » qu'ils multiplient, conduisant à remettre en question le questionnement initial (chapitre 1). Une réflexion sur l'intervention de la dimension culturelle en matière pénale sera ensuite développée à partir d'un procès d'assises illustrant la forme que prend cet évitement dans la pratique. On en proposera une interprétation, puis une autre lecture du procès relancera, sur des bases renouvelées, un questionnement aussi délicat qu'incontournable (chapitre 2). On s'intéressera ensuite au domaine des relations familiales, présenté par les magistrats comme étant le plus susceptible de mettre en jeu une dimension culturelle. La confrontation du discours des magistrats à l'observation d'audiences prolongera un mouvement de

complexification initié à l'occasion du procès pénal : une « culture » moins homogène, un questionnement moins manichéen (chapitre 3). Enfin, s'agissant de la comparaison, on peut d'ores et déjà annoncer qu'aucune différence significative n'est apparue, entre les magistrats belges et les magistrats français, quant à la manière dont ils déclarent aborder les situations marquées par une dimension culturelle. Ce qui prévaut, chez les uns comme chez les autres, c'est à la fois la référence au droit, et la difficulté à aborder le sujet de la diversité. La comparaison trouvera toutefois sa place sur un autre terrain : celui de la *production* du droit. Les entretiens ont en effet enseigné que, tant dans le domaine du droit civil que dans celui du droit pénal, les choix législatifs belges et français divergent. Là aussi, on ouvrira des pistes, à explorer (chapitre 4).

L'absence de la problématique de la prise en compte, par la justice, de la diversité culturelle dans la littérature de langue française se retrouve – à un point qu'on n'imaginait pas – dans le discours des magistrats. Là où on attendait des propos argumentés, la mise en avant de principes, des réponses simples, positives ou négatives, leur première réaction peut se résumer d'un mot : « évitement » (1. Les yeux grand fermés). Ce n'est que dans un second temps, parfois lorsqu'on avance dans l'entretien, mais surtout lorsque l'on passe du registre des principes à l'évocation de situations concrètes, que la parole se libère... jusqu'à un certain point (2. Tout bien réfléchi... Si vous insistez...). Puis, à la question de savoir comment les magistrats traitent ces différentes situations et au nom de quels principes, l'ambivalence réapparaît (3. Quand faire c'est ne pas dire). Les commentaires des magistrats – justifications ou questions – permettent enfin de dégager les deux enjeux problématiques de notre questionnement : définir la culture, se trouver confronté à un choix binaire (4. Une double difficulté).

1. LES YEUX GRAND FERMES

Qu'il s'agisse de la notion même de « diversité culturelle » (1) ou des situations de justice où elle se manifesterait (2), la question posée ouvre un champ où chacun ne se déplace qu'avec moult précautions.

1.1. Vous avez dit « diversité culturelle » ?

Une première constante, un premier étonnement de l'enquête s'avère rétrospectivement éclairer la suite de ses enseignements. Invités à évoquer les circonstances dans lesquelles ils sont confrontés à « la diversité culturelle », rares sont les magistrats qui commencent par interroger cette notion. Une mise au point d'ordre méthodologique / épistémologique s'impose en préalable. Définir

la culture, définir la diversité culturelle... ou laisser le champ ouvert, délibérément ? Le choix en est-il vraiment un ? Pour Patrick Simon (2008), « l'entreprise de description de la racialisation et de l'ethnisation expose le chercheur à des difficultés nombreuses, dont la principale réside dans l'impossibilité de développer un vocabulaire autonome distinct de celui produit par les stéréotypes et les préjugés ». On a « opté » pour la seconde solution, celle de l'ouverture. Si ce parti présentait la faiblesse épistémologique de ne pas autonomiser les catégories de la connaissance par rapport à celles de la pratique, il paraissait de nature à ouvrir largement les pistes d'investigation dans un domaine particulièrement délicat.

Un seul magistrat, sur la trentaine interrogée, nous a renvoyé explicitement la question. « Moi je m'interroge par rapport à ce qu'on entend par le concept de diversité... »². Le propos des autres magistrats oscille entre une évidence implicite – qui dit diversité culturelle, dit culture « musulmane » – et « tirer sur le sujet ». En dire le moins possible... ou le plus possible. Ou encore, parler d'autre chose. Déjà, diverses formes d'évitement. En creux, on peut lire comment les magistrats cherchent à appréhender, mettre au jour, des différences et comment ils pensent la distance sociale qui les sépare des justiciables, un cadre cognitif qui leur permet de donner sens à certaines situations.

Malgré le caractère ouvert de la question de départ, évoquer la « diversité culturelle » équivaut comme une quasi-évidence, dans la toute grande majorité des cas, en Belgique comme en France, à parler de la culture du Maghreb, de la Turquie, de l'Afrique. Bien souvent, en outre, c'est moins de culture au sens large qu'il s'agit que de « culture *musulmane* », dans un propos où culture et religion, comme confondues, se superposent avec une grande facilité. On n'a trouvé sur le terrain aucune trace du phénomène dit de « mondialisation par le haut », qui se serait traduit, en particulier à Bruxelles, par la présence devant les tribunaux de justiciables « eurocrates » susceptibles de présenter des particularités culturelles.

Cette réduction de la diversité culturelle à la culture musulmane n'est pas absolue. Certains magistrats évoquent, outre l'origine géographique et la religion, l'orientation sexuelle, l'appartenance sociale ou professionnelle, voire des

² Juge civil, Bruxelles.

différences observées à un niveau régional³. Cette évocation peut venir relativiser pour les magistrats la question des différences liées à l'origine ethnique et/ou à la religion : ils élargissent le spectre des différences observées et proposent de penser des sous-cultures sur un même territoire.

Une magistrate mentionne ainsi les propriétaires terriens briards :

« Ils arrivent avec leur tenue de paysan, mais ils vous parlent de M. Untel à Bruxelles qu'ils tutoient parce qu'ils font partie de ceux qui organisent la politique agricole commune. On sent qu'on est vraiment là chez eux et que... bon, il faut savoir que c'est des gens importants. C'est un monde, il y a un particularisme » (juge civil, Melun).

La même magistrate évoque ensuite les populations alsaciennes qu'elle a approchées dans un poste précédent, et leur « côté prussien » :

« Dès lors qu'ils étaient confrontés à l'institutionnel, ils ne pouvaient pas donner tort à l'institution » (juge civil, Melun).

Plusieurs magistrats mettront quant à eux l'accent sur la culture des cités, du quartier. Un juge de l'application des peines raconte par exemple comment les justiciables, pour pointer la distance sociale qui les sépare des juges, évoquent moins leurs origines culturelles que leur appartenance au « monde » des cités :

« J'entends souvent : "Mais vous savez, dans les cités, ça se passe comme ça, on ne peut pas faire autrement, ce n'est pas comme vous imaginez, vous êtes dans un autre monde." C'est plus ou moins virulent mais c'est plutôt ça, l'argument, que l'origine ethnique ou nationale ou culturelle » (juge de l'application des peines, Melun).

La culture du quartier, vue par les magistrats, c'est notamment « une certaine loi du silence qu'on ne peut pas briser »⁴. Une juge d'instruction évoquera même des affaires de « tournantes », de jeunes filles « retournant au même endroit avec les mêmes individus », pour illustrer comment « être victime, c'est exister, dans la cité »⁵.

Le milieu homosexuel est également mentionné à plusieurs reprises, à travers des exemples. Une magistrate du parquet se souvient d'une affaire de double meurtre dans le milieu homosexuel – « Ah oui, c'est vrai que ça peut vous

³ A propos de la réduction de la notion de culture à un groupe national ou ethnique, et de l'ignorance des cultures ou sous-cultures d'autres groupes exclus ou marginalisés (classe ouvrière, femmes, homosexuels...) voir Brion (2010).

⁴ Juge de l'application des peines, Melun.

⁵ Juge d'instruction, Melun.

intéresser comme affaire effectivement... »⁶ –, et la raconte alors par le menu. Une autre magistrate, juge civile, se rappelle un couple de travestis désireux de se marier pour que l'un d'eux obtienne la nationalité belge. « Rien à voir avec la diversité culturelle », commence-t-elle... pour se demander néanmoins, ensuite, si ce genre d'union « est contraire à la notion de communauté de vie durable au sens du code civil »⁷. Elle fera finalement droit à la demande. Une présidente de cour d'assises⁸ expliquera, quant à elle, à quel point le fait qu'un homosexuel figure parmi les jurés pouvait lui « faciliter les choses » lorsqu'un procès concerne le milieu homosexuel.

Mais s'il arrive aux magistrats, ou à certains d'entre eux, de mentionner encore d'autres univers culturels, la variété ainsi introduite demeure à la fois subsidiaire (« Ah oui, ça peut vous intéresser... ») et limitée. Tantôt le propos relève de l'anecdote, tantôt il s'agit, comme le formule un jeune parquetier formé à Sciences Po, de « tirer un peu sur le sujet »...

« Cela dit, pour “tirer un peu sur le sujet”... (c'est ma tendance parce que j'ai fait Sciences Po...), la consommation d'alcool et reprendre le volant derrière, c'est presque une dimension culturelle. *[Il évoque Clermont : les gens boivent, boivent beaucoup, trouvent cela normal, sincèrement, et sans aucun recul, et normal aussi de reprendre la voiture ensuite... puisque c'est un coin où on ne peut se déplacer qu'en voiture.]* Oui, il y a une dimension culturelle : la sincérité absolue : “Ah je travaillais, il faisait chaud donc je buvais, du vin quoi...” et leur faire comprendre que même dilué avec de l'eau un litre de vin c'est toujours un litre d'alcool » (parquet, Avignon).

1.2. Quelle étrange question !

S'agissant, ensuite, d'identifier dans leur pratique des situations marquées par une diversité ou une dimension culturelle, les réactions de bon nombre de nos interlocuteurs – du moins leurs réactions initiales, l'entrée en matière de leur propos – furent surprenantes : souvent, l'idée que la diversité culturelle puisse avoir un impact sur les situations dont le juge a à traiter et sur sa façon de les traiter est apparue rien moins qu'évidente. Plusieurs magistrats font visiblement un effort pour se les représenter, d'autres « tournent autour du pot », ou encore

⁶ Substitute, Bruxelles.

⁷ Juge des référés civils, Bruxelles.

⁸ Avignon.

présentent cette question comme un « non-problème ». L'objet s'avère ainsi fuyant, de plusieurs manières.

Une question peu fréquente

Pour certains magistrats, la question de la diversité culturelle n'est pas, dans les faits, une question essentielle. Comme le résume ce magistrat du parquet en poste en France : « Ce n'est pas vraiment un phénomène sur lequel on s'interroge tous les jours »⁹. L'affirmation se trouve corroborée par quelques-unes des observations que nous avons réalisées. Ainsi, des audiences de commission de l'application des peines ou de tribunal de l'application des peines, où comparaissent de nombreux détenus d'origine étrangère, ne font apparaître aucune remarque ni interrogation particulière liée à un quelconque facteur culturel. Cela est apparu d'autant plus étonnant que la magistrate qui nous avait permis d'observer ces audiences avait insisté, dans l'entretien réalisé avec elle, sur cette dimension. Il en va de même lors des audiences d'affaires familiales, où les justiciables d'origine étrangère sont également nombreux : on y constate rarement des allusions à la « culture » de ceux-ci.

Une juge civile formule le même constat, qu'elle assortit d'un début – allusif – d'interprétation :

« Le problème n'émerge jamais en tant que problème, moi je ne l'ai pas constaté. [...] On sait bien implicitement que l'origine a un rôle mais ça ne fait pas problème de ne pas le mettre dans le débat et ça ne fait pas non plus problème de le mettre dans le débat sous l'angle anecdotique en disant “Mais bien sûr, comme il est maghrébin, tu penses bien que... ceci cela.” » *Elle précise* : « On anticipe instinctivement des comportements auxquels on a déjà eu affaire et dont on a l'expérience, mais ça n'est jamais un facteur qui intervient officiellement dans nos prises de décision. »

Ainsi, à en croire cette magistrate, la dimension culturelle ne serait jamais formulée explicitement : elle serait une clé implicite (« instinctive » même, pour reprendre ses propres termes).

Dans ce contexte, l'entrée en matière d'une juge aux affaires familiales, statuant également en matière d'état des personnes, fait figure d'exception. Reliant affaires familiales et populations d'Afrique du Nord, la véhémence de sa

⁹ Parquet, Avignon.

réponse renvoie directement au jugement de valeur qu'elle porte sur la dite culture :

« ... chargée de tout le contentieux familial, mais également du contentieux relatif à l'état des personnes : la filiation, les annulations de mariage... Donc, dans le cadre des litiges qui nous sont soumis, évidemment qu'on est confrontés à la diversité culturelle. Peut-être plus spécialement aussi dans la région, où il y a quand même pas mal de populations qui viennent d'Afrique du Nord. [...] Là où la diversité culturelle éclate le plus, c'est vraiment dans l'aspect des populations d'Afrique du Nord, avec des... comment dire, des approches du mariage, de la filiation qui ne sont pas les nôtres, enfin avec, je trouve, des archaïsmes qui nous reviennent en pleine figure. [...] Dans le contentieux purement familial, dans les divorces, on voit... alors là toute la pesanteur de la tradition culturelle... musulmane, disons, où parfois, on a l'impression... moi, j'ai des audiences de conciliation, il y a des situations où on a l'impression qu'on est revenu à des situations archaïques dans la situation de l'homme et de la femme » (juge aux affaires familiales, juge de l'état des personnes, Avignon).

Une question secondaire

Si la diversité culturelle n'est pas une question essentielle, c'est surtout, pour bon nombre de magistrats, qu'elle est secondaire par rapport à une autre question, bien plus importante à leurs yeux : la question sociale. Ils mettent alors en avant la précarité des justiciables. L'argument est formulé soit dès le début de l'entretien pour atténuer d'emblée l'importance des différences culturelles et invalider le questionnement, soit en cours d'entretien, pour relativiser l'influence de la culture au regard de la classe et souligner les liens entre immigration et désaffiliation. Ainsi cette juge d'instruction bruxelloise explique :

« Il y a de nombreux aspects où la multiculturalité ne joue aucun rôle. C'est la grande majorité des cas. Il y en a une minorité où il y a une composante multiculturelle, et là, elle est au cœur du problème. Mais c'est rarissime. Et il s'agit plus d'une relation de classe que d'une question multiculturelle. Dans un premier temps, dans le monde entier, les riches sont très bien entre eux, et les pauvres sont toujours aussi pauvres. A mon avis, l'élément culturel n'est pas le plus important. [...] La grande question, c'est "Qu'appréhende le droit pénal ? Quelles sont les populations qui arrivent dans le filet pénal ?" Ce sont les pauvres, on le sait depuis longtemps, ce n'est pas à vous, sociologue, que je l'apprendrai » (juge d'instruction, Bruxelles).

De même, un magistrat par ailleurs engagé dans des mouvements syndicaux déclare : « Nous, c'est avant tout un tribunal des pauvres »¹⁰. Et une juge d'instance, après avoir longuement évoqué les contentieux liés aux crédits revolving (rebaptisés « crédits revolver ») explique que « le juge d'instance, c'est avant tout le juge des pauvres, c'est de la cancérologie sociale »¹¹.

La diversité sociale renvoie alors non seulement à une dimension économique mais également à la « culture » entendue au sens d'éducation, de formation.

« Moi je suis assez sensible à une population qui est, qu'on croirait être... à laquelle on ne peut pas appliquer le terme de diversité culturelle... Je suis assez sensible à cette capacité de personnes à réagir, en fait qui sont en déficit de formation, d'encadrement, d'encadrement familial, d'encadrement scolaire, etc. et qui arrivent à l'âge adulte complètement euh... voilà » (juge d'instance, Avignon).

« Cette pluralité culturelle se confond avec une pluralité sociale, malgré tout. [...] Celui, quelle que soit sa culture, qui maîtrise le discours juridique a beaucoup plus de chances de s'en sortir qu'un autre » (juge civil, Avignon).

Parlons d'autre chose

A côté de ces réponses « négatives », diverses réponses positives peuvent également être analysées comme des formes d'évitement. Elles déplacent la question. Un magistrat introduit ainsi sa réponse en évoquant la diversité (ou plutôt l'absence de diversité) observable chez les magistrats eux-mêmes :

« Le corps des magistrats ne présente pas de diversité, et de moins en moins. Cette approche de la diversité de la société française doit aussi s'analyser par rapport à "qui donne la réponse". Que ce soit sur un plan social ou culturel, il y a une identité très monolithique du recrutement des magistrats. [...] Donc à la fois socialement, ce sont des personnes issues de la même bourgeoisie moyenne et il y a très peu de gens issus de la diversité. Ça pose quand même question » (juge civil, Avignon)

Ce déplacement se retrouvera en cours d'entretien chez d'autres magistrats qui évoqueront la diversité culturelle qui s'introduit peu à peu chez les acteurs de la justice (avocats, jurés...), tout en soulignant que le corps des magistrats (en

¹⁰ Juge au tribunal du travail, Mons.

¹¹ Juge d'instance, Melun.

France comme en Belgique) reste assez homogène quant à son recrutement social et ethnique¹².

Une autre forme d'esquive consiste à développer, pour inaugurer l'entretien, un discours de principe vantant la « richesse » de la diversité culturelle. Autre façon de déminer un propos ressenti comme « à risques » ? C'est ainsi qu'un juge de paix, après avoir évoqué sa fonction, a développé longuement un discours très construit autour des bienfaits de la diversité culturelle :

« La diversité culturelle va avec l'augmentation du niveau culturel des gens. [...] Et je peux vous garantir que, quel que soit le niveau social, le niveau intellectuel est beaucoup plus élevé chez les gens qui ont voyagé : ils savent quelque chose, ils ont compris beaucoup plus de choses, ils sont beaucoup plus habiles. Ça, c'est une chose qui me paraît frappante, y compris quand c'est des familles maghrébines qui n'ont pas de sous. Quel que soit le niveau social, je constate que le niveau de savoir et d'ouverture est beaucoup plus grand » (juge de paix, Bruxelles).

Cela n'empêchera pas la diversité évacuée de se manifester malgré tout, comme dans cette affaire d'urbanisme évoquée par la même magistrate pour illustrer les joies des expertises sur les lieux, où elle développe sans s'en apercevoir des considérations sur les particularités... à l'évidence culturelles d'un des protagonistes, un Chinois.

Parfois, la diversité culturelle prend, dans les discours, la forme d'une liste d'exemples de contentieux ou d'affaires comportant une dimension internationale, que le magistrat disqualifie lui-même, au fur et à mesure, comme n'étant pas « multiculturels ». C'est ce qu'on observe dans cet entretien réalisé avec un juge d'instruction : elle évoque tour à tour plusieurs contentieux, apparemment en lien avec la diversité culturelle, pour invalider, dans la même phrase, leur caractère culturel :

« Le développement de l'entraide judiciaire, c'est de l'international, plus que du multiculturel. [...] Il y a aussi la traite des êtres humains. Est-ce que ça relève de la multiculturalité ? C'est plutôt un phénomène transfrontalier. [...] Et puis, il y a ces bandes organisées qui écument l'Europe. Venues des pays de l'Est. Là, on est dans du macro-criminel, du macro-économique. [...] Les trafics de stupés... c'est de l'international, mais pas pour autant du multiculturel » (juge d'instruction, Bruxelles).

¹² C'est le caractère récurrent de ces propos qui nous a conduits à mener, en Belgique et en France, deux entretiens avec des magistrats issus de l'immigration.

L'objet alors se trouve « brouillé » par sa multiplicité plus que par sa rareté.

Un autre type de propos, enfin, renverse en quelque sorte la question initiale, la disqualifiant cette fois en évoquant des situations dans lesquelles la diversité culturelle est invoquée de façon jugée abusive. Parfois par les justiciables eux-mêmes – violences conjugales ordinaires déguisées en crimes d'honneur –, mais parfois aussi par des responsables politiques, comme dans un exemple d'affrontements entre jeunes de quartier rebaptisés « escalade communautaire » par le ministre de l'Intérieur, en visite sur les lieux pour l'occasion¹³.

*

« Question tabou », dira une magistrate.

« Cette indifférence à l'égard des différences culturelles... elle est délibérée, elle est voulue, elle est intimement liée à notre histoire de la laïcité, au fait qu'on doit être clivé entre les convictions personnelles, religieuses [...] et puis la citoyenneté ou le travail. Là, il y a un clivage auquel on est confronté dans la justice comme on y est confronté ailleurs, mais ça a à mon avis plus d'impact évidemment dans la justice. Moi j'irais jusqu'à dire, et ça n'engage que moi, que ça fait l'objet d'un tabou, même dans nos conversations entre nous, c'est du non nommé. Avec 80 ou 90 % de nos collègues, quand on évoque telle affaire, telle difficulté, la connotation culturelle n'est pratiquement jamais spontanément évoquée, et personnellement je sens que cela ne se fait pas de l'évoquer » (juge civil, Melun).

Pourquoi taire, éviter, contourner la question ? Les magistrats eux-mêmes donnent à ces évitements un début d'explication, les uns en termes de principe, d'autres en évoquant les interactions avec les justiciables.

Certains formulent une affirmation de principe : si la question ne se pose pas, c'est parce qu'on refuse de la poser, ou qu'on ne peut pas la poser, au nom, en effet, d'une conception républicaine de l'égalité entre les justiciables quelle que soit leur origine. C'est une question qu'on ne se pose pas « par pli culturel »¹⁴, dira un magistrat. Une autre magistrate l'explique :

« Il est vrai que je ne me suis jamais posé la question en tant que telle parce que mon point de vue, qui est celui a priori de la loi, c'est qu'en France on ne fait pas de différence en fonction des origines culturelles, sociales, quelles qu'elles soient. Donc c'est vrai que dans l'absolu c'est une question qui est difficile à se poser parce qu'au contraire, l'objectif est d'appliquer la loi à tous quels qu'ils soient et

¹³ Parquet, Avignon.

¹⁴ Parquet, Avignon.

donc voilà, ce n'est pas forcément une question sur laquelle je me suis beaucoup penchée mais peut-être justement parce que j'ai plutôt essayé d'en faire abstraction » (juge de l'application des peines, Melun).

A cette explication s'en ajoute une autre, de nature plus pragmatique, parfois fournie par les mêmes magistrats : s'ils évitent soigneusement d'aborder la dimension culturelle, c'est parce qu'ils redoutent que leur propos soit mal interprété ; en d'autres termes ils ont peur d'être taxés de racistes. Ainsi, une magistrate du parquet, à Bruxelles, à propos de violences liées à l'honneur, ou la magistrate précédente, évoquant une situation beaucoup plus ordinaire où la simple mention de la nationalité du justiciable provoque un soupçon.

« Je ne pense pas avoir mentionné [*le fait que ce type de violences est toléré dans leur pays d'origine*], non, parce que je n'ai pas envie de stigmatiser, d'avoir des propos qui pourraient être mal pris par la défense. [...] *Elle insiste* : Je vais éviter, à tout prix, d'en parler, parce que je ne sais pas comment ça pourrait être pris, d'une façon contraire à l'état d'esprit dans lequel je suis » (parquet, Bruxelles).

« La nationalité, par exemple, peut être un point très sensible avec des gens fragiles psychologiquement. Donc si on ne fait pas attention – alors que pour nous ça n'a aucune importance, mais véritablement aucune – tout à coup, parce que on aura dit “Alors vous êtes né en Tunisie. Vous êtes toujours de nationalité tunisienne ?”... Là, ça part et on a beau dire “On a juste lu la fiche pénale, ça n'a pas d'importance, simplement on l'a dit parce que ça fait partie de votre situation...”, il va y avoir la croyance que parce que n'étant pas de nationalité française, nous on aura telle attitude et ainsi de suite... et on n'arrive plus à sortir de ça » (juge de l'application des peines, Melun).

Une autre explication restera ici à l'état d'hypothèse. Elle est suggérée par la façon plus engagée dont le débat public formule la question de la « concurrence » entre dimension culturelle et dimension sociale. Jean-Louis Amselle (2011) pointe ainsi le danger qu'il y a selon lui – pour la gauche – à « oublier » le social au profit du culturel : « Transmuter le social en culturel, abandonner le terrain des luttes économiques au profit de l'affirmation d'identités ethniques et raciales, semble donc être une caractéristique majeure d'une gauche multiculturelle et postcoloniale qui risque à ce jeu d'occuper une position symétrique et inverse de la droite et de l'extrême droite “républicaine”. » De même, Gérard Mauger (2011) réagit à la parution du rapport Kepel (2012) : « ...l'importation du modèle multiculturel anglo-saxon n'est pas sans écho. Métamorphosant la question sociale en question raciale, elle conduit à substituer à une vision du monde social divisé en classes celle d'une mosaïque de communautés ethnicisées et, ce faisant, à renforcer les divisions au sein des

classes populaires. » L'évitement, face à la question de la diversité, serait-il plus marqué chez les magistrats engagés à gauche ?

2. TOUT BIEN REFLECHI... SI VOUS INSISTEZ...

Si l'objet semble insaisissable – ou brûle les doigts – au premier abord, il n'en fait pas moins parler les magistrats interrogés. C'est au travers d'exemples tirés de leur activité que les magistrats donnent peu à peu chair à un sujet a priori tabou. On observe alors comment ils « encodent », chacun à sa manière, les situations qui sont, à leurs yeux, marquées par une dimension culturelle. De la même manière que, ne disposant pas d'une définition toute faite de « la culture », ils étaient conduits à cerner la diversité culturelle tantôt en la réduisant à sa manifestation la plus actuelle (les « musulmans »), tantôt par approximations successives, de même l'identification des caractères distinctifs d'une culture donnée peut-elle procéder aussi bien du recours au stéréotype que de la mise en œuvre d'une « expertise », plus ou moins développée, qu'ils se fabriquent en matière culturelle, au gré de leur curiosité ou de leur formation respectives. Au malaise (suscité par la question abstraite) succède, quand on commence à évoquer la pratique, un ensemble hétéroclite d'exemples. Où l'on voit comment la parole se libère quand on passe du registre théorique au registre pratique. Où l'on observe aussi les premiers déplacements par rapport à la problématique initiale. Les situations marquées par un élément culturel existent bel et bien. Mais pas nécessairement là où on les attendait. Et pas non plus exactement dans les termes de la littérature anglo-saxonne.

Des propos des magistrats on a en effet pu dégager deux catégories de situations. La première, attendue, est relative au *fond*, au type d'affaires marquées par une diversité culturelle ; mais elle se décline en des termes plus complexes que ceux du conflit de normes tel qu'il se présente en particulier dans la défense culturelle, lequel s'avère relativement marginal (1). L'autre procède d'un déplacement vers des enjeux que l'on qualifiera de *forme*, où l'on voit la diversité culturelle marquer non plus le fond de l'affaire ou son existence, mais la façon d'être ou de penser des justiciables et, en conséquence, le *déroulement du processus judiciaire* (2).

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

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

En matière pénale

« Dans les affaires criminelles, contrairement aux idées reçues, les populations d'origine étrangère ou avec des origines culturelles très différentes sont minoritaires » (présidente de cour d'assises, Avignon).

Une juge de l'application des peines note, à partir de son expérience en charge d'un centre de détention, l'absence d'incidence de la dimension culturelle sur le type d'acte, ou sa fréquence, du moins en ce qui concerne les homicides. Les conflits de normes, en d'autres termes des situations où les justiciables se trouvent en infraction avec la loi du pays d'accueil parce qu'ils ont pratiqué une action supposée être imposée ou tolérée par leur culture d'origine, situations qui pourraient faire l'objet d'une défense culturelle (excision, crimes d'honneur), les « grands classiques » de la littérature anglo-saxonne, n'apparaissent que comme des phénomènes marginaux, et ne sont en outre pas toujours évoqués spontanément. Quant au pénal ordinaire, comme l'indique par exemple un substitut français,

« Le gros du délinquant qu'on a à gérer, il n'y pas d'explications de décalage culturel entre ses valeurs et la société française. [...] Ce que nous rencontrons, ce sont moins des personnes confrontées à un conflit de normes que des individus dépourvus de respect pour quelque norme que ce soit » (parquet, Avignon).

Les magistrats évoquent parfois une catégorie d'exemples qui se situe en réalité en deçà de l'idée de conflit de normes et renvoie à une forme de culturalisation de certaines infractions. C'est celle des *délinquances caractéristiques de certains groupes*. Il s'agit ici d'une simple observation statistique : celle de l'association entre un type de délinquance et un groupe « culturel ». Le plus souvent, l'observation se limite à un constat. Selon certains, par exemple, à Bruxelles les bandes urbaines et la délinquance associée sont le fait de jeunes originaires de l'ex-Congo belge, les escroqueries sont une spécialité des Africains...

Le constat n'est en effet que rarement accompagné d'une hypothèse explicative. Une magistrate précise qu'elle a cherché à en savoir plus à propos des bandes urbaines : problème d'identité, lui a répondu le psychiatre consulté. Plus anecdotique, le délit d'usurpation d'identité serait fréquent chez les Comoriens.

« Le marqueur d'une origine n'apparaît pas de façon très immédiate sauf dans des cas très particuliers. J'ai travaillé à Marseille, il y avait des délinquances caractéristiques de certains groupes. Par exemple les Comoriens : l'usurpation d'identité et la prise de fausse identité. Culturellement, l'état civil n'existe pas chez eux, ils ont un état civil parce qu'il a bien fallu en créer un mais on sait très bien qu'ils sont plus attachés à la communauté du village, ils n'ont pas de nom de famille, uniquement un prénom. Ça les aide sans doute beaucoup à adopter un autre nom que le leur » (parquet, Avignon).

Quant aux *conflits de normes*, l'exemple le plus classique, celui de l'excision, n'est presque jamais évoqué par les magistrats. En Belgique, ces affaires ne sont pas portées devant la justice. C'est notamment ce que nous expliquait une juge d'instruction belge : si elle connaît bien le problème, c'est moins en tant que magistrate que parce qu'elle milite par ailleurs sur ces questions. Elle avance un certain nombre de raisons pour lesquelles ces affaires – qui existent – ne sont pas « visibles » au sein des tribunaux :

« Il y a plusieurs facteurs. D'un côté le désintérêt (par ignorance) des autorités judiciaires et policières. Il y a un problème de formation. D'autre part le fait que c'est un tabou au sein des communautés qui pratiquent les mutilations, parce qu'il y a une conscience de l'interdit. Même au pays, on n'en parle pas. Ça se fait, mais on n'en parle pas. [...] Donc le tabou fait qu'on ne dénonce pas, et comme la police n'a pas d'action proactive... on en arrive à se poser la question de savoir si ça existe ou pas, finalement, ici. Mais c'est difficile à imaginer quand on connaît le taux de prévalence dans les pays d'origine : 98 % là-bas, comment est-ce que cela pourrait ne pas exister du tout ici ? » (juge d'instruction, Bruxelles).

Une autre magistrate belge ajoutera que le phénomène est beaucoup moins fréquent en Belgique qu'en France, étant donné les caractéristiques religieuses de l'immigration africaine : « Les Africains, ici, sont catholiques, nos missionnaires ont fait du très bon travail... »¹⁵. La situation est un peu différente en France, où les magistrats évoquent, quand on les interroge précisément, l'une ou l'autre affaire.

¹⁵ Parquet, Bruxelles.

Il en est de même (la rareté) pour les « crimes d'honneur » ou les « violences liées à l'honneur » (en lien parfois avec des mariages forcés). On notera que cette rareté judiciaire contraste avec l'attention dont ces phénomènes font l'objet, dans divers registres, en France comme en Belgique. On se souvient des allusions qui furent faites à l'excision, en France, pendant l'été 2010, parmi les comportements qui justifieraient la déchéance de nationalité¹⁶. En Belgique, un appel d'offres de recherches a été lancé en juin 2010 par le ministère de l'Intérieur sur le thème des violences liées à l'honneur.

En France, une juge de l'application des peines évoque le cas d'un Turc, condamné pour avoir organisé, sur ordre de son père, l'assassinat d'un homme qui, s'estimant injustement licencié par le père, avait traduit celui-ci devant les prud'hommes et l'avait injurié dans la rue¹⁷. En Belgique, une juge d'instruction évoquait, au tout début de l'enquête une affaire criminelle susceptible de relever du crime d'honneur :

« Il faut être très prudent. Il y a en ce moment un dossier très médiatisé à Charleroi, le meurtre de Saadia. Une jeune Pakistanaise qui a – qui aurait, présomption d'innocence – été assassinée par son frère, un complot qui aurait été ourdi par toute la famille... Le juge d'instruction, jusqu'ici, n'est pas du tout convaincu qu'il s'agisse d'un crime d'honneur »¹⁸ (juge d'instruction, Bruxelles).

Sans qu'il s'agisse à proprement parler de crimes d'honneur au sens de résultat d'un conflit de normes, à propos de ce type de situations les magistrats mettent en évidence comme étant d'ordre « culturel » l'importance de la famille, *le caractère familial, collectif des situations* – associé ou non à la préservation de l'honneur de celle-ci.

« Oui, j'ai quand même eu un dossier, où effectivement le type avait été bien, bien amoché. La victime avait eu énormément de jours d'incapacité, ils l'avaient vraiment bien arrangé et puis... c'est là qu'on voit l'aspect culturel, c'est vraiment toute la famille qui s'y met, ce n'est pas le père. Chez nous on pourrait à la limite avoir un père belge qui irait casser la gueule au copain de sa fille parce qu'il estime qu'il n'est pas assez bien, mais là... la mère était descendue avec des bâtons, le père, il y avait les frères, etc., donc c'était vraiment un truc... Là on sent l'aspect culturel » (parquet, Bruxelles).

¹⁶ Discours dit de Grenoble, de N. Sarkozy.

¹⁷ Juge de l'application des peines, Melun.

¹⁸ L'affaire sera jugée en novembre 2011, et la dimension de crime d'honneur retenue au titre de circonstance aggravante (*cf.* chapitre 2).

« Ce qu'on a peut-être plus dans les familles maghrébines, c'est justement, le rôle de la famille. C'est très communautaire. Les violences vont être traitées sur un mode communautaire, c'est-à-dire que tout de suite c'est clanique. C'est famille, belle-famille, tout le monde arrive, tout le monde s'en mêle, tout le monde essaie d'intervenir. Alors que les violences conjugales entre personnes d'origine française, c'est vraiment une forme de huis-clos. Voilà, c'est la différence que j'ai pu repérer » (juge d'instance, autrefois au parquet, Melun).

L'importance accordée à l'honneur apparaît au cœur d'un certain nombre de situations qualifiables pénalement. Les infractions en question sont commises non pas en réparation ou en punition d'une atteinte à l'honneur, mais pour prévenir ou dissimuler celle-ci, généralement liée à des questions d'ordre sexuel. Pour un magistrat du parquet d'Avignon, il s'agit même de l'exemple type d'infraction marquée par la dimension culturelle :

« ...le contentieux d'ordre sexuel, des plaintes pour viol, pour corruption de mineur, qui en réalité sont des sur-réactions de familles qui sont restées dans un modèle où il ne peut pas y avoir de relations sexuelles avant le mariage et surtout pas de relations sexuelles des mineurs... et qui étant les responsables civilement du mineur vont déposer plainte » (parquet, Avignon).

L'honneur est, comme ici, souvent envisagé en lien avec l'état des rapports sociaux de sexe tels qu'ils sont pensés pour les cultures du Maghreb. Plusieurs magistrats ont fait état de situations analogues. Le lien avec le crime d'honneur est rapidement établi par un autre magistrat du même parquet :

« Les tabous sur la sexualité, ça oui. Et qui peuvent avoir toutes sortes de conséquences. Je n'en ai pas vu ici, mais on a vu ailleurs des gamines maghrébines qui consentaient à des sodomies pour ne pas être déflorées. On a dû vous en parler, ça c'est quand même culturel, la relation à la virginité. Quand j'étais à Strasbourg, on a eu vraiment des crimes d'honneur entre guillemets, où on tuait une fille parce qu'elle avait eu des relations sexuelles avant mariage. Les frères... Ça, j'en ai vu, dans la communauté turque de l'Alsace. C'était dans les années 1990. Les Turcs pouvaient être d'une grande violence... pour des questions d'honneur » (parquet, Avignon).

La notion de conflit de normes, une fois explicitée, donne également lieu à l'évocation d'autres exemples, moins extraordinaires. Ainsi, le rapport à la consommation de produits stupéfiants – cannabis, khat... – interdite en France et en Belgique alors qu'elle est licite et courante dans le pays d'origine.

« Quand on voit ces cafés à Molenbeek¹⁹ avec tous ces hommes – il n’y a que des hommes, bien sûr – qui tapent la carte en fumant leur joint... quel mal ça fait ? » (juge d’instruction, Bruxelles).

Même observation au parquet d’Avignon :

« Encore quelque chose qui peut être intéressant sur le plan de la diversité : c’est la banalisation de l’usage de haschich dans le milieu maghrébin. On a beau leur dire que c’est interdit par la loi, en tous les cas l’usage, ils revendiquent, ce n’est pas intégré, ça. C’est plus la tradition » (parquet, Avignon).

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

« Il y a aussi des domaines où la question est de savoir si ça joue ou pas, notamment le domaine familial. L’idée que les hommes marocains battent plus souvent leur femme, par exemple. Est-ce que le facteur culturel joue ? Ou est-ce que c’est un préjugé ? [...] Pour moi il n’y a pas de dimension culturelle là-dedans, sauf exception. Mais une question sociale, oui » (juge d’instruction, Bruxelles).

Une juge d’instance, interrogée sur ce point précis, commence par nier toute différence culturelle :

« J’ai vu des femmes dans des milieux culturels aisés être victimes, être dans des situations de domination, ne pas parvenir à s’en sortir... et puis des petites nanas maghrébines arriver à rendre un pain parce qu’on venait de leur coller une baffe, en gros » (juge d’instance, Melun).

Invitée à confirmer qu’elle ne voit pas de différence, elle répond :

« Il doit y en avoir mais... je me trompe peut-être mais je n’ai pas l’impression. Alors il y a forcément une histoire de culture parce qu’il y a des cultures machistes, avec une domination de l’homme sur la femme, ce qu’on peut voir assez classiquement dans des cultures type maghrébine, voire africaine, où le petit garçon est vraiment porté aux nues par rapport à la petite fille ou des choses comme ça. Mais ce n’est pas chez les Africains où j’ai vu le plus de violences conjugales. Je dirais que c’est... entre Français de souche – quand je dis Français

¹⁹ Quartier de Bruxelles à forte population immigrée.

de souche c'est simplement pour que ce soit explicite – et vraiment par rapport à des populations maghrébines » (juge d'instance, Melun).

Un seul magistrat se montrera plus affirmatif. Parlant de la population maghrébine de son ressort, mais sans se prononcer sur la fréquence respective des faits de violences selon les cultures, il évoquera « un discours sur les violences à l'égard des femmes et des enfants [qui] heurte sacrément [ses] valeurs »²⁰.

En matière civile

Le champ du droit civil est présenté de façon quasi unanime comme susceptible d'offrir sensiblement plus matière à investigation. Un distinguo est toutefois opéré : ce sont les affaires d'état des personnes, et plus particulièrement les affaires familiales, qui peuvent être marquées par les questions culturelles. Quand il s'agit de crédit à la consommation, de loyers impayés, de contrats ou de responsabilité civile, la question ne se pose pas. Les juges opèrent ainsi une partition entre ce qui relèverait d'une justice « technique », où la différence culturelle n'aurait aucune incidence, et une justice plus « humaniste » centrée sur la personne et moins légaliste, qui obligerait les magistrats à penser les différences.

« J'ai notamment une audience, ce qu'on appelle le civil pur, où j'ai du droit des contrats, de la responsabilité, etc. Là, la diversité culturelle elle n'existe quasi pas, les juges qui ne font que ça ne sont quasi jamais confrontés à la diversité culturelle. »

Ces propos sont confirmés par les observations réalisées aux audiences de tribunaux d'instance et de juridiction de proximité. Conflits entre bailleurs (particuliers ou sociétés HLM) et locataires, entre fournisseurs et clients de téléphonie mobile, entre des artisans et leurs clients, problèmes de mitoyenneté... la « diversité » se manifeste uniquement à travers les noms des parties – on voit une auditrice de justice s'appliquer à les prononcer correctement, souriant quand elle n'y parvient pas²¹ – et à travers la non-maîtrise ou la maîtrise insuffisante de la langue française par certains justiciables.

Pour les questions d'état des personnes, à l'inverse, comme le soulignent plusieurs magistrats, la dimension culturelle est essentielle.

²⁰ Juge civil, Avignon.

²¹ Observation, tribunal d'instance, Avignon.

« L'accès, c'est toujours la personne, donc fatalement on se pose des questions qu'on ne pose pas lorsqu'il s'agit d'une récupération de créance. On voit les choses tout à fait différemment et on se heurte à plus de diversité culturelle, certainement. Notamment dans la conception du mariage. Suivant les cultures, ça peut varier. Ici, ça fait partie du débat : il faut poser la question » (juge civil, état des personnes, Bruxelles).

« Je pense que les phénomènes culturels ressortent beaucoup plus dans le domaine de la famille, des enfants... les adoptions... [...] La nécessité de prendre en compte ces phénomènes est beaucoup plus grande dans des domaines qui touchent la vie familiale, de couple, disons l'environnement social » (juge d'instruction, Melun).

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

« Un juge des enfants doit statuer sur "qu'est-ce qu'un enfant en danger ?". La loi ne définit pas le danger. [...] Selon nos propres concepts on va mettre la barre plus ou moins haut et on va dire danger ou pas danger. C'est en fonction, à un moment donné, d'une appréciation normative des situations. Donc là on est au cœur de l'approche culturelle. On n'est pas que des gens qui sont la bouche de la loi » (magistrat du siège, ancien juge des enfants, Avignon).

Dans ce domaine, c'est souvent la conception du rapport entre hommes et femmes qui est soulignée par les magistrats. Ou encore, comme au pénal, l'enjeu est l'honneur de la famille. A Bruxelles, une juge de la jeunesse donne ainsi l'exemple des autorisations à mariage. L'autorisation du juge – obligatoire lorsque l'un des époux n'a pas atteint l'âge de 18 ans – ne peut être accordée que pour un motif grave. Il arrive que le motif grave invoqué soit que la jeune femme est enceinte, et serait déconsidérée dans la famille si elle accouchait avant d'être mariée.

D'autres contentieux reposent, de façon plus large, sur une façon différente de concevoir les relations conjugales et familiales. Une magistrate belge évoque la difficulté que pose, en matière de pension alimentaire après divorce, la priorité que les Maghrébins donnent à leurs parents sur leurs enfants. Elle évoque alors une forme d'incompréhension de leur part devant les lois belges et les décisions judiciaires :

« Lorsque le débiteur d'aliments veut payer des montants dérisoires pour ses enfants, arguant qu'il verse de l'argent à ses parents restés au pays, je dois rappeler que pour les obligations alimentaires, dans le cadre de la hiérarchie des

aliments, ce sont les enfants qui l'emportent. Mais ce n'est pas compris » (magistrat du siège, Neufchâteau).

*

On observera toutefois qu'une autre problématique intervient, quand il est question d'état des personnes et de droit de la famille : celle de l'application du droit international privé. Le droit international privé est « le droit spécial applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales » (Mayer, Heuzé, 2007, p. 2). Si les situations auxquelles ce droit est applicable peuvent de toute évidence être marquées par une dimension de diversité culturelle, l'hypothèse envisagée est différente de celle qui fait l'objet de notre problématique de départ. Le conflit de normes, dans ce cas, n'oppose pas une norme juridique et une norme culturelle. La question qui se pose est strictement juridique, technique : il s'agit de déterminer, dans des situations comportant un « élément d'extranéité », et dès lors susceptibles de voir s'appliquer concurremment plusieurs *droits nationaux*, lequel de ces droits devra être retenu par le juge. Le DIP est un droit inter-nations, lié au fait qu'il peut être nécessaire de reconnaître dans un ordre juridique (national) quelque chose qui provient d'un autre ordre juridique (national). Le DIP n'est pas destiné à gérer la diversité culturelle, mais à gérer la diversité des ordres juridiques nationaux. Comme le résume Jean-Yves Carlier (2011, p. 700), « il y va d'extranéité nationale, non d'étrangeté culturelle ».

Les deux problématiques ne sont néanmoins pas dépourvues de rapports entre elles. On l'a dit, les situations requérant l'application du droit international privé sont par définition de nature à comporter des éléments de « diversité culturelle » qui pourront, ou non, être pris en compte par le juge dans sa décision. Par ailleurs, la « science du conflit en droit » développée par le DIP peut inspirer le règlement des conflits internes dus à la diversité culturelle (Carlier, 2011, p. 700). Enfin, la tolérance à un droit étranger pourrait conduire à des revendications nouvelles : ainsi, l'application du droit « musulman » marocain à un Marocain en vertu d'une règle de DIP pourrait conduire un Français ou un Belge d'origine marocaine à revendiquer de se voir appliquer le droit « musulman »²².

²² J.-Y. Carlier, intervention au colloque « Droit et diversité culturelle », Louvain-la-Neuve, 6 novembre 2009.

2.2. « Culture » et processus judiciaire

Là où on recherchait des *contentieux* marqués par ou issus de la diversité culturelle, et où la récolte s'est avérée à la fois moins importante et plus complexe qu'attendu – pour des raisons qui ne sont pas seulement statistiques – les entretiens avec les magistrats ont mis en évidence une autre catégorie de situations « à dimension culturelle » : celles où une différence de culture, d'origine, produit des effets sur le *déroulement du processus judiciaire*. Ils observent ici des différences qu'ils identifient comme culturelles dans l'attitude, la façon de parler, de raisonner des justiciables, et l'influence qu'elles peuvent avoir sur l'interaction.

Ils notent ainsi que, parfois, le rapport à la justice se déroule sur fond de *référence à d'autres types de régulation* : « Les Africains, ce sont des gens qui n'ont pas envie qu'on leur donne tout de suite tort », observe une juge d'instance²³, rejointe par une juge de paix belge :

« Il me semble qu'en Afrique, le concept de conciliation non seulement est plus développé que chez nous, mais c'est même à mon sens la seule forme de justice qu'ils connaissent. Autrement dit, la notion même d'imposer une décision, ça ne marche pas chez eux : on négocie et on continue à négocier jusqu'à ce qu'on arrive à un accord » (juge de paix, Bruxelles).

Parfois, c'est l'attitude d'un prévenu à l'audience, et plus précisément sa *façon de se positionner par rapport à l'acte* qui lui est reproché, qui retient l'attention :

« J'ai déjà été confrontée à la question de la diversité culturelle dans les attitudes du prévenu à l'audience. [...] Le substitut qui entend une personne qui se remet en cause, limite larmoyant, qui dit qu'il regrette, sera plus enclin à requérir une peine un peu plus faible que si on a face à nous une personne totalement fermée, qui ne parle pas, qui se montre de façon assez rude. Maintenant, j'ai constaté qu'il y a des gens qui peuvent tout aussi bien avoir pris conscience de la gravité des faits, et qui peuvent être beaucoup moins expressifs » (parquet, Bruxelles).

Cette magistrate donne l'exemple des gens des pays de l'Est :

« Ce sont des gens qui sont assez fermés, et ça ne signifie pas pour autant qu'ils n'aient pas de regrets par rapport aux faits qu'ils ont pu commettre » (parquet, Bruxelles).

²³ Juge d'instance, Melun.

Elle évoque ensuite les personnes originaires d’Afrique du Nord :

« Quand ce sont des gens qui sont religieux, qui croient, ils ont beaucoup plus de mal à passer aux aveux. Il y a une espèce de refus de la reconnaissance du fait, par rapport à la honte par rapport à la famille » (parquet, Bruxelles).

Autre difficulté « culturelle » de positionnement par rapport à la justice, repérée par les magistrats : *la relation à des femmes magistrates*. Nombreuses sont les magistrates à en faire la remarque. Une juge de l’application des peines²⁴ se dit consciente de la difficulté que représente, pour un Maghrébin, le fait d’évoquer son délit – plus encore quand il s’agit d’une infraction à caractère sexuel – face à une femme. Une juge de paix relève que les mesures en matière de divorce sont plus difficiles à faire admettre à certains hommes, « d’autant plus que je suis une femme »²⁵. Une juge des libertés et de la détention observe :

« Lorsque j’interviens comme JLD et que je sais qu’avant moi le procureur de la République, le juge d’instruction ont vu la personne déférée et que les deux sont des femmes, moi je suis la troisième femme, je sais qu’un arabo-musulman va très mal le vivre » (juge civil, JLD, Melun).

Une autre caractéristique fréquemment évoquée par les magistrats comme « culturelle » est la *répugnance* que manifestent les justiciables d’origine maghrébine à *l’idée de consulter psychologues ou psychiatres*. Là, également, l’observation est récurrente. Une juge belge de la jeunesse le formule sans fioritures :

« Pour les familles maghrébines, ça, c’est de la sorcellerie. Et donc les faire adhérer à ça, c’est compliqué » (juge de la jeunesse, Bruxelles).

Une magistrate belge d’origine marocaine est plus nuancée :

« Pour des personnes d’origine marocaine, ouvrir la porte à une assistante sociale, aller voir un psychologue, c’est tabou dans cette société. Mais bon, c’était tabou aussi il y a vingt ans en Belgique » (magistrat du siège, Neufchâteau).

D’autres magistrats y associent la difficulté qu’auraient « ces populations » à pratiquer l’introspection, à se remettre en question, voire, comme cette juge aux affaires familiales, à « entrer dans des logiques responsabilisantes » telles que celle de la médiation.

« Ils sont un peu... hermétiques. Le sens de nos interventions, actuellement, est d’aller de plus en plus vers la médiation familiale, de renvoyer les gens à leur responsabilité parentale. Et ça, ça ne passe pas. [...] “Le juge, il sait.” On voit ça

²⁴ Juge de l’application des peines, Melun.

²⁵ Juge de paix, Bruxelles.

aussi chez des gens qui ne sont pas de cette origine. Mais je trouve que là, particulièrement, ça n'avance pas. Je ne sais pas pourquoi, c'est comme ça. [...] Et puis pas d'introspection... Parce que la médiation familiale, c'est ça. La médiation familiale, c'est d'abord faire en sorte que le couple dialogue autour de l'intérêt des enfants et donc souvent il faut en passer par résoudre le conflit de couple, enfin mettre les enfants en dehors du conflit de couple. Donc ça revient un peu à ce que je vous disais au début, l'impossibilité de dialoguer... Bon, c'est peut-être d'autres modes relationnels, je n'en sais rien » (juge aux affaires familiales, juge de l'état des personnes, Avignon).

La *question de la langue*, bien que rarement évoquée de façon spontanée par les magistrats, peut également jouer un rôle crucial dans le déroulement d'un procès. On peut vouloir la qualifier de purement technique, plutôt que de culturelle. Elle renvoie – les magistrats le soulignent volontiers – à un problème de moyens. Mais elle est aussi éminemment culturelle, en particulier lorsque la procédure est orale, à partir du moment où on prend en compte la façon dont une langue ne « parle » pas de la même manière qu'une autre et que même l'office d'un interprète n'assure pas le caractère parfaitement nuancé de la communication. Si les magistrats n'abordent pas le sujet, l'assistance à un procès d'assises nous a permis de mieux apprécier cet enjeu. La présidente de la cour déclarait :

« Je pense que l'interprète oblige à poser des questions plus claires, oblige à des réponses plus claires et plus simplifiées et donc supprime une part de nuance dans la communication qu'on a normalement avec quelqu'un qui parle la même langue » (présidente de cour d'assises, Avignon).

Enfin, cas de figure limite, il y a « *ceux qu'on ne voit jamais au tribunal* ». Certains groupes culturels se caractérisent par leur faible taux de recours aux juridictions. C'est le cas, nous disent les magistrats, des gitans et des Asiatiques.

En ce qui concerne les gitans, plusieurs exemples illustrent la façon dont les contentieux sont traités à l'intérieur de la communauté, qui a ses règles, ses juges et qui tient la justice étatique à distance autant qu'elle le peut. A Avignon, la présidente de la cour d'assises évoque une affaire de « braquage ayant mal tourné », dans laquelle « tout s'est arrangé à l'intérieur de la communauté gitane » : les victimes ne se sont pas constituées partie civile, ne sont pas venues témoigner, ne sont même pas venues au verdict. « Ils règlent leurs histoires entre eux. Il y a des règles, un code, un juge. » « Le système familial ou culturel est plus fort que le système judiciaire. »

Une autre affaire est narrée par un substitut, qui commente de la même manière : « Ça reste souvent réglé en interne et même quand on intervient, si on n'intervient pas de la manière attendue... »²⁶.

Le même constat d'absence devant la justice s'applique aux affaires familiales, ainsi qu'en témoigne une JAF qui s'étonne presque, en le faisant :

« *Vous n'en voyez jamais (des gitans) ?* – Oh mais non ! Non, non, mais maintenant que vous le dites, c'est vrai qu'on n'en voit jamais. Les enfants doivent être pris en charge par les grands-mères, les couples ne viennent pas » (juge aux affaires familiales, Avignon).

Les populations asiatiques sont mentionnées, elles aussi, par une juge d'instance. Elles se caractérisent également par leur absence : « Je ne sais pas où ils sont... je n'en vois pas non plus souvent au palais de justice... je ne sais pas où est cette population-là. » Cette magistrate donne l'exemple d'une affaire d'escroquerie, où « quand ils ont compris que ça allait faire l'objet d'une instruction, les gens se sont rétractés et ne sont pas venus témoigner »²⁷.

A Bruxelles, enfin, une magistrate évoque la relative absence de la communauté congolaise dans le cadre du contentieux du divorce :

« ...ça ne se fait pas d'aller chez le juge : on règle ça à l'amiable, entre soi, avec des sages, des amis de la famille considérés comme plus anciens et plus sages et qui écoutent tout le monde et qui essaient d'arranger. Un des anciens juges de paix d'Ixelles, mon prédécesseur, me disait : “En fait j'ai un concurrent officieux qui siège dans les galeries de Matonge²⁸” » (juge de paix, Bruxelles).

3. QUAND FAIRE C'EST NE PAS DIRE

Lorsque les magistrats sont – malgré tout – confrontés à des situations qu'ils encodent ou perçoivent comme marquées par une « différence culturelle », qu'en font-ils ? Plus exactement, que disent-ils de leur façon de faire ? Comme le soulignait une magistrate, avant de répondre à la question : « Là, il faudrait que quelqu'un me voie. Parce que moi, le regard que j'ai sur moi, sur ma façon de poursuivre... il me faudrait un gros travail d'analyse que je n'ai pas fait »²⁹. On

²⁶ Parquet, Avignon.

²⁷ Juge d'instance, Melun.

²⁸ Quartier « congolais » de Bruxelles.

²⁹ Juge d'instance, Melun.

ne rend compte ici, en effet, que du *discours* des magistrats sur leur pratique professionnelle. Comment abordent-ils la diversité culturelle ? Leur façon d'agir, leur façon de juger se trouve-t-elle modifiée ? Ont-ils à ce propos une position de principe ? Repère-t-on d'un côté des universalistes – tous les justiciables sont égaux, la loi est la même pour tous et doit être appliquée de la même façon à tous – et, de l'autre, des relativistes, considérant que l'équité commande de prendre en compte la différence ?

Il serait *a priori* tentant de proposer des idéaux-types de posture professionnelle ou de magistrat. Mais cela reviendrait à gommer, donc à perdre toute la complexité qui se dégage des entretiens : en effet, si on peut relever des éléments de discours qui renvoient tantôt à l'un, tantôt à l'autre de ces positionnements, si certains magistrats se placent clairement d'un côté ou de l'autre, on recueille surtout des propos malaisés, éclatés, parfois contradictoires, ou encore banalisateurs, révélateurs d'une difficulté à prendre clairement position : manque de pertinence de la question ? ou plutôt difficulté à l'aborder sereinement à la fois « en théorie » et dans la pratique ?

La réponse apparaît plus simple, dépourvue de réticences, quand il s'agit de prendre en compte des éléments culturels influant sur les interactions, le déroulement de la procédure. On retrouve à ce sujet des variations classiques de profils de magistrats plus ou moins attentifs à la dimension humaine. La prise en compte d'éléments culturels se trouve alors en quelque sorte banalisée, même si certains magistrats y sont plus sensibles que d'autres (1). Les choses se compliquent, en revanche, lorsque la question porte sur la décision à prendre et la façon dont, éventuellement, le facteur culturel y sera intégré. On recueille alors un discours hybride, des propos souvent contradictoires, nouvel indice du malaise généré par la question (2).

3.1. Les interactions : « Il y a le droit et il y a le reste... »

Lorsqu'aux dires des magistrats la diversité culturelle a un impact non sur la nature de l'infraction ou du contentieux mais sur le déroulement de la procédure, leur discours n'a rien de malaisé. Pas de tabou ici. Le fait même d'évoquer ce type de situations est indissociable de leur prise en considération : c'est parce qu'ils y sont sensibles qu'ils en parlent. Mais s'ils sont attentifs, c'est autant (ou plus ?) à des enjeux de communication qu'à la reconnaissance d'une spécificité culturelle : il s'agit de « rendre l'audience supportable », de « faire

accepter la décision », voire simplement de manifester, à sa manière, une forme de courtoisie. La dimension interactionnelle et même éducative de la justice est ici mise en avant. Rien que d'assez banal, en somme, donc facile à évoquer. Tous les magistrats ne prêtent pas la même attention à ces questions. Ceux qui les évoquent proposent de multiples exemples, qui sont autant de formes de prise en compte, dans l'interaction, de la différence.

L'origine des justiciables conduit certains magistrats à *modifier leur façon de s'exprimer et de mener les débats*. Ainsi, plusieurs d'entre eux disent se rapprocher du mode de la palabre lorsqu'ils ont affaire à des justiciables d'origine africaine. Une juge civile française explique par exemple que la *temporalité* même de l'audience s'en trouve modifiée :

« Une audience avec une famille africaine, c'est plus long, il faut laisser parler, il faut prendre des éléments. Et puis finalement la décision, elle se fera, on en sortira bien, mais c'est plus long et moins... moins cartésien qu'avec des populations françaises et même, je dirais, occidentales. Il y a le droit et il y a le reste. Moi, je vais juger en droit, mais il faut quand même leur donner l'impression que j'ai bien entendu le reste. Et si je veux que ma décision soit acceptée, il faut que je leur dise : "Oui, j'ai entendu le reste, mais..." » (juge civile, Melun).

Ce souci d'adaptation ne change toutefois en rien la nature de la décision, motivée, elle, par le droit. La magistrate le précise : « J'ai entendu le reste, mais... ». On note le même type de raisonnement chez cette juge de paix belge :

« Ce que je faisais souvent, avant, c'était prononcer les jugements "sur les bancs", comme on dit : je jugeais tout de suite. Je ne le fais plus jamais. Aujourd'hui, je note, j'essaie de comprendre et je dis : "Bon, je vais réfléchir" et je prends les dossiers et je juge après. Pourquoi ? Parce que justement, il y en a qui ne lâchent jamais prise, il y en a qui ne lâchent ja-mais prise [*elle insiste et hausse le ton*] et donc c'est une façon d'arrêter, de dire : "J'ai bien compris ce que vous m'avez dit, j'ai tout noté, maintenant je vais réfléchir." Même si je sais ce que je vais décider, parce que souvent il n'y a pas matière à discussion : quand on conteste et qu'on n'apporte aucune preuve de tous les récits mirobolants qu'on fait, je ne peux pas faire grand-chose d'autre que de dire que ça n'est pas établi ! » (juge de paix, Bruxelles).

Autre exemple de modification du déroulement d'une procédure, une juge d'instruction a un jour accepté de ne pas interroger sur des questions de nature sexuelle une femme maghrébine lui ayant expliqué qu'il était interdit aux musulmans d'aborder ces questions en période de rattrapage de ramadan. « Pour

moi, dit la juge, c'est de droit. C'est comme une raison médicale, comme une personne qui se fait opérer »³⁰.

A ce propos, aucun des magistrats interrogés ne s'est prononcé de façon catégorique dans le sens d'un refus d'admettre, à l'audience ou dans leur cabinet, une femme « voilée ». Tout au plus certains se demandent-ils quelle serait leur réaction s'ils se trouvaient face à une femme portant le voile intégral.

« Le voile, je n'ai jamais eu. J'ai une collègue qui a expulsé une dame voilée de sa salle d'audience. Moi, je trouvais ça déplacé. Je ne regarde même pas. On est là pour autre chose. Sauvegarder le logement est autrement plus important. [...] J'ai aussi des juifs, avec leur... petit chapeau noir, j'ai oublié le nom. Ça ne me regarde pas. Je ne suis jamais intervenue sur ce chapitre-là » (juge de paix, Bruxelles).

La question s'est toutefois posée lors du procès d'assises auquel nous avons assisté : la présence d'une jurée voilée a suscité des inquiétudes chez l'avocat général. Craignant que cela puisse conduire à invalider la décision de justice, il s'est demandé un temps s'il ne fallait pas récuser cette jurée maghrébine. Il dira ensuite s'être félicité de sa présence : par son origine elle avait selon lui apporté un éclairage spécifique à certains éléments du procès – en l'occurrence l'attitude de la partie civile.

Prendre en compte la diversité, c'est aussi *aborder autrement certains thèmes*. Plusieurs femmes magistrats observent qu'elles « prennent plus de gants » pour évoquer avec les justiciables d'origine maghrébine les questions d'ordre sexuel. C'est le cas, par exemple, d'une juge de l'application des peines :

« Pour eux, parler avec des femmes de choses d'ordre sexuel, c'est vraiment très, très compliqué. Et pour autant on l'exige de la même façon, donc là on ne fait pas de différence. Du coup, la seule différence c'est dans la façon de le dire, de l'expliquer. [...] Si j'ai devant moi un homme, disons turc, de 60 ans, qui a été condamné pour des faits de viol sur sa fille, qui nie absolument, c'est sûr que je vais prendre plus de gants pour lui parler de ça. Je vais commencer par lui dire que je suis obligée de lui parler de cela, que je n'ai pas le choix, que ce n'est pas agréable pour personne, que ce n'est facile pour personne mais que je suis obligée de lui poser des questions sur ce qui s'est passé [...] Voilà, en tout cas je vais prendre plus de gants parce que j'ai le sentiment à tort ou à raison que ce sera encore plus insupportable pour tout le monde » (juge de l'application des peines, Melun).

³⁰ Juge d'instruction, Melun.

La suite de l'entretien montrera ici un lien entre « prise en compte de l'attitude » et « décision » : si, selon cette magistrate, on attend des « Franco-français » une certaine réflexivité, lorsque les détenus d'origine maghrébine parviennent à s'exprimer sur les atteintes sexuelles pour lesquelles ils ont été condamnés, elle se montre plus clémente ou, en tout cas, dit opérer un traitement quelque peu différencié :

« Pour celui-là [...] je considérerai que c'est un gros effort et que cet effort il faut que j'en tienne compte d'une certaine façon comme étant plus important que pour quelqu'un d'autre franco-français qui a entendu parler des psy, etc. » (juge de l'application des peines, Melun).

La prise en compte de la dimension culturelle peut également intervenir au niveau de *l'écoute, de l'interprétation des attitudes des justiciables*. Etre attentif aux variations culturelles dans l'expression (mutisme ou réserve, absence d'expression de regret, absence d'aveu...) est jugé important par certains magistrats. Une magistrate du parquet, à Bruxelles, fait preuve à cet égard d'une sensibilité particulière. La « réserve » des gens originaires des pays de l'Est, l'absence d'aveux chez les justiciables maghrébins sont des attitudes qu'elle observe, tente de comprendre et auxquelles elle estime important d'adapter sa propre attitude.

« Les gens des pays de l'Est, par exemple, sont des gens qui sont assez fermés, et ça ne signifie pas pour autant qu'ils n'aient pas de regrets par rapport aux faits qu'ils ont pu commettre. Donc ça, c'est aussi, je pense, un élément à avoir en tête à l'audience, plutôt que de se dire : "Celui-là, il ne dit pas un mot, il prend des grands airs, etc., ça veut dire qu'il ne regrette pas ce qu'il a fait." Eh bien non, il faut aussi tenir compte de l'origine culturelle, parce qu'il y a des cultures dans lesquelles on regarde plus facilement dans les yeux, on est plus enclin à s'épancher, et il y a d'autres cultures où on a tendance à être plus refermé sur soi et ça ne signifie pas pour autant... »

« Par exemple aussi, au niveau de tout ce qui est Afrique du Nord, quand ce sont des gens qui sont religieux, je veux dire qui croient, etc., ils ont beaucoup plus de mal à passer aux aveux, par exemple. Il y a une espèce de refus de la reconnaissance du fait, par rapport à la honte à l'égard de la famille, par rapport... Et ça aussi, forcément, en tant que substitut, on n'apprécie pas beaucoup, on préfère quelqu'un qui reconnaît les faits qu'il a commis. Mais c'est quelque chose dont il faut tenir compte » (parquet, Bruxelles).

Dans ces hypothèses, la dimension culturelle est bel et bien prise en compte par les magistrats. Cette prise en compte fait néanmoins l'objet d'une relative banalisation, dans la mesure où elle est associée d'abord à un souci de « faire passer le message ». On constate une attention à l'autre différent, une

reconnaissance de la différence. « Quelque chose de l'ordre du multiculturel » s'insinue dans le traitement judiciaire, mais par la petite porte en quelque sorte, sur un mode mineur, sans qu'il soit question d'aller jusqu'à appliquer le droit différemment. Ce n'est rien d'autre que « faire son métier de magistrat », rien de nouveau, rien d'extraordinaire.

3.2. La décision : des mots et des actes

On ne peut, bien sûr, dissocier totalement le déroulement de l'interaction de la prise de décision. Un magistrat attentif aux déterminants culturels de l'interaction peut, on l'a vu, se montrer plus « ouvert » sur la question de la prise en compte du culturel dans la décision. Mais c'est loin d'être toujours le cas : « il y a le droit et il y a le reste »... Et de manière générale, lorsqu'il s'agit d'évoquer l'impact éventuel d'un élément culturel sur le *contenu* de la décision, les propos des magistrats sont sensiblement plus complexes. A côté des hypothèses – plutôt rares – de « délit culturel » ou de « défense culturelle », diverses situations posent la question de savoir si la loi nationale peut s'appliquer différemment – sous-entendu de façon plus indulgente (on y reviendra) – à une situation en raison d'une particularité culturelle. Les réponses des magistrats se caractérisent par leur ambivalence. Un « non » plus ou moins catégorique ou un « oui » presque aussi catégorique peuvent, l'un et l'autre, se trouver immédiatement suivis d'un propos contraire (a, b). Ou encore, un propos théorique relativement ferme se trouve ensuite partiellement ou totalement démenti par l'évocation de la façon dont le magistrat a abordé une situation concrète (c). En d'autres termes, sous des formes diverses, la tendance dominante semble être, pour les magistrats, à ne pas adopter de positionnement tranché face à ce qui représente pour eux un dilemme à résoudre.

Non, mais...

L'ambivalence est repérable d'abord dans les propos généraux. A la question de savoir s'il est juste, possible, imaginable, opportun, de moduler la réponse judiciaire en fonction d'éléments cultures, les magistrats n'apportent pas toujours, pas souvent, une réponse catégorique.

Celle qui consiste à affirmer appliquer la loi de la même manière à tous, sans tenir compte de la dimension culturelle, est la plus fréquemment entendue.

La plus emblématique est sans doute celle de cette magistrate du parquet. Son « non » de principe est des plus fermes. La loi a un caractère universel.

« Moi, je suis très attachée à l'universalité de la loi. Il ne s'agit pas de transiger sur les principes légaux, républicains, qui doivent être la base commune, les règles communes de la vie en société dans un pays. Donc il n'y a pas du tout d'idée de classer, d'avoir un traitement de faveur, d'être plus indulgent par rapport à une communauté. [...] C'est-à-dire qu'entre un mari franco-français violent et un mari français d'origine maghrébine violent, j'aurai exactement le même traitement. Si je dois envoyer en comparution immédiate, j'enverrai les deux en comparution immédiate » (parquet, Avignon).

Cette position de principe est toutefois aussitôt nuancée dans le même entretien, par la prise en compte de la fonction pédagogique de la répression.

« La difficulté, c'est peut-être dans le message, parce que la justice se doit d'être pédagogique, expliquer pourquoi c'est grave. Une difficulté en termes de message à être compris » (parquet, Avignon).

La magistrate prend l'exemple d'un père, pratiquant un droit de correction brutal... pour éviter que son fils de deux ans devienne délinquant.

« Est-ce que les juges – il faudrait leur demander – tiennent compte, en termes de degré de responsabilité pénale, du substrat éducatif que les mis en cause ont reçu ou n'ont pas reçu ? Peut-être. Je prends un exemple idiot : le vol d'un vêtement par un enfant défavorisé va être traité d'une certaine manière, on va pouvoir indiquer qu'il a des circonstances atténuantes parce qu'il ne peut pas s'acheter le vêtement. Le vol d'un vêtement par un enfant de bourgeois, on ne va pas pouvoir donner ce substrat, cette explication. [...] C'est un peu pareil à mon avis pour les passages à l'acte violents. On verra aussi la capacité de comprendre, d'intégrer la règle, de chacun. Ça fera que les peines pourront être un peu modulées. Un peu, parce que... je ne pense pas que ce soit très différent, ça va pouvoir se jouer à quelques... divisions près. [...] On pourra peut-être baisser d'un cran si on peut avoir la certitude de la prégnance d'une culture différente qui rend plus difficilement assimilable » (parquet, Avignon).

On voit assez nettement dans cet extrait d'entretien un phénomène fréquemment rencontré lors de l'enquête : les discours oscillent, parfois dans une même phrase, entre l'affirmation du traitement égalitaire, au nom de l'universalisme, et la nécessité de prendre en compte des éléments culturels, renvoyés du côté de l'individualisation de la peine.

Même oscillation dans cet entretien mené avec une juge civile qui fut magistrate du parquet. A la question de savoir si elle poursuivait de façon

différente les infractions à dimension culturelle, elle répond : « Je n'ai pas l'impression, mais je n'en sais rien. J'ose espérer, mais après... »³¹

Le « non » de principe est, là aussi, immédiatement suivi d'un « mais » adversatif.

« Après, on tient forcément compte de la personnalité quand on poursuit, inévitablement, mais de la même manière que je vais tenir compte de la personnalité du jeune parce que ses parents viennent de divorcer, qu'il a 18 ans, que... [...] En fait c'est toujours en global, mais forcément je regarde la situation globale des gens, voilà, ça fait partie du pack. Alors le fait que les gens ont des cultures ou des origines différentes, forcément, ça fait partie de leur personnalité, c'est un tout, on ne peut pas l'exclure mais après, qu'est-ce qu'on en fait, on essaie de s'adapter... voilà, ça fait partie aussi des éléments dont on tient compte pour prendre la décision » (juge d'instance, Melun).

On observe là ce qu'on va retrouver fréquemment, un mouvement d'avancée et de recul, qui est aussi un mouvement de banalisation, une sorte d'annulation de la référence au culturel : oui, on en tient compte, mais pas autrement que d'autres éléments de situation ou de personnalité.

Une juge d'instruction l'expose à sa manière, exemple à l'appui. Ici, les choses sont apparemment d'une grande simplicité. Pour elle, la prise en compte de deux principes apparemment contradictoires – « des règles générales pour tous et prendre en compte le particularisme de chacun » – ne pose pas de problème particulier. Elle règle le problème par un raisonnement juridique très construit, au terme duquel tout est simple. Tout procède de la distinction entre deux questions : celle de la culpabilité et celle du choix de la peine. Répondre à la première question est, selon elle, « une démarche presque purement scientifique, presque mathématique ». Il s'agit de vérifier l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. Dans l'exemple de l'excision, qu'elle reprend, on a l'élément matériel – un acte de violence entraînant une mutilation permanente –, l'élément intentionnel – l'acte a été pratiqué volontairement –, et l'élément légal – il s'agit d'un acte incriminé par la loi. « Donc boum, c'est une infraction, la personne est coupable. » Elle précise :

« Là, à mon sens, le magistrat ne peut pas dire tout d'un coup : “Ah oui, mais il l'a fait parce que c'est sa culture, il a été élevé avec des valeurs qui ne sont pas les nôtres...” A ce moment du raisonnement intellectuel d'un magistrat, l'aspect culturel ne peut pas intervenir, même sur l'aspect intentionnel, parce que l'aspect

³¹ Juge d'instance, Melun.

intentionnel, c'est la volonté de faire l'acte, ce n'est pas le mobile, ce n'est pas les raisons qui peuvent expliquer à chaque individu le pourquoi il a été amené à faire ceci ou cela » (juge d'instruction, Melun).

La « défense culturelle » ne peut avoir sa place que dans la réponse à la seconde question, celle du choix de la peine.

« Forcément on ne va pas appréhender l'infraction de la même manière si c'est une mère qui a fait exciser sa fille que... une espèce de serial violeur qui arrache le clitoris de toutes ses victimes. [...] Et ça, fondamentalement ça intervient tous les jours. Oui, à chaque fois qu'on a un aspect culturel dans notre pratique, nécessairement on le prend en compte » (juge d'instruction, Melun).

La distinction est nette, entre ce qui relèverait du « scientifique », de l'objectif – l'infraction a-t-elle été commise ? –, où l'élément culturel ne peut pas intervenir, et ce qui relève de l'individualisation de la sanction.

Un juge de l'application des peines tient le même propos, sur un mode mineur. Il ne s'est jamais posé la question de la différence : « l'objectif est d'appliquer la loi à tous quels qu'ils soient ». Puis il poursuit, moins assuré mais néanmoins conscient que le principe d'égalité... n'est qu'un principe :

« Après, ce qui est difficile dans ces situations... enfin je parle en mon nom, mais par exemple on a quand même envie, enfin au-delà de ce que je disais, l'égalité parfaite pour tous, enfin l'égalité parfaite pour tous ça ne veut pas dire appliquer mécaniquement exactement la même chose pour tous, ça veut dire essayer de le faire de façon juste et pour le faire de façon juste, il faut forcément tenir compte des particularités individuelles, enfin, individualiser certainement la réponse et donc tenir compte des spécificités individuelles... » (juge de l'application des peines, Melun).

La plus belle illustration de cette ambivalence « négative » est sans doute cette entrée en matière d'un juge des enfants :

« Pour moi, la diversité, c'est quelque chose qui ne me préoccupe pas du tout, mais en même temps les problématiques sont tellement individuelles et les systèmes familiaux tellement uniques... la diversité culturelle apparaît tellement dans toutes les familles, que j'ai toujours l'impression que j'en fais comme Monsieur Jourdain fait de la prose » (juge des enfants, Avignon).

Oui, mais...

A l'inverse des premiers, quelques magistrats affirment qu'il est inconcevable pour eux de ne pas prendre en considération les éléments culturels des affaires qui leur sont soumises.

« [...] aux assises, quand on a des populations d'origine culturelle différente, je ne vois pas comment un juge peut zapper ça, c'est sûr que ça compte. On doit juger de toute façon en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité des auteurs. Les circonstances et la personnalité, c'est forcément lié à la culture, à l'éducation, à la façon dont la vie de ces accusés-là s'est tricotée, c'est une évidence. Je ne dis pas que c'est atténuant ou aggravant, c'est explicatif. Il faut comprendre. Et pour comprendre, si cette dimension-là existe, je ne vois pas comment on peut faire l'impasse » (présidente de cour d'assises, Avignon).

Dans le propos de cette magistrate, c'est bien sur l'acte – et pas uniquement sur la peine, qu'il s'agit de s'interroger. Elle l'illustre en évoquant une histoire précise. Il s'agit de violences au sein d'un couple mixte. Les disputes avaient notamment pour enjeu la présence du chien dans le logement. Au cours du délibéré, un juré d'origine marocaine fera observer que, dans la culture d'Afrique du Nord, les chiens ne vivent pas à l'intérieur des maisons.

« C'est dommage qu'il ne l'ait pas dit à l'audience. C'est un détail, mais c'est intéressant quand même. [...] Donc quand il y a des gens d'origine, de culture différente, c'est obligé qu'on parle de ça. Sinon je ne comprends pas. Au moins vérifier si le passage à l'acte s'inscrit dans une dimension culturelle » (présidente de cour d'assises, Avignon).

La même magistrate ajoute cependant aussitôt :

« La dimension culturelle, elle est explicative. Maintenant, la loi doit s'appliquer, la loi de notre société, et les valeurs fondamentales et humanistes de notre société doivent être protégées » (présidente de cour d'assises, Avignon).

Des principes à la pratique... oui et non

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

Une juge de paix belge affirme en introduction qu'« on ne traite pas de façon particulière les affaires où apparaît une différence culturelle ». Ensuite, au fil des exemples, sa proposition se vérifie... ou non. S'agissant des « mesures urgentes et provisoires » en cas de crise conjugale, elle déclare appliquer l'article 223 du code civil « de la même manière pour tout le monde », donnant l'exemple de maris, l'un italien, l'autre maghrébin « tous les deux assez machos, refusant de payer un “devoir de secours”. Je leur ai dit “Vous êtes venu habiter en Belgique, moi j'applique la loi belge”. »

Par ailleurs, sans états d'âme, elle définit les droits de visite en tenant compte des fêtes religieuses.

« Les droits de visite, je les décide dans le respect des fêtes religieuses. Pourquoi pas ? C'est leur vie. Je n'ai pas à imposer un schéma qui n'appartient qu'à moi. Le ramadan, c'est une réalité pour beaucoup de gens, donc pourquoi ne pas en tenir compte ? » (juge de paix, Bruxelles).

Et elle évoque, dans la foulée, l'intervention qu'elle a réalisée à la demande d'un couple de femmes homosexuelles.

« J'ai organisé le droit de visite de leur enfant. Une des deux a bien voulu payer, à l'époque c'était 5000 FB, l'autre a accepté le droit de visite. C'était le tout début... et la salle d'audience était tétanisée. Mais pourquoi briser un équilibre ? Je n'ai pas à m'immiscer là-dedans. Pour moi ça ne pose pas de problème » (juge de paix, Bruxelles).

4. UNE DOUBLE DIFFICULTE

Les commentaires dont les magistrats assortissent leurs réponses à la question – normative – qui leur est soumise font apparaître la double difficulté que celle-ci leur pose. D'une part la définition de la culture (1), d'autre part un choix apparemment impossible (2).

4.1. « La » culture : entre stéréotypes et bricolage

L'attention portée à l'élément culturel conduit les magistrats à évoquer les outils qui sont à leur disposition pour l'appréhender. Il s'agit à la fois d'identifier une éventuelle dimension culturelle dans une situation et de trouver les moyens, le cas échéant, de l'appréhender au mieux. On l'a dit, l'encodage de situations comme relevant d'une « autre » culture est propre à chaque magistrat. Chacun se constitue une forme d'« expertise », plus ou moins élaborée, certaines représentations relevant du stéréotype, d'autres d'une attention ou d'une connaissance plus approfondie. Il s'agit pour eux d'encoder et de donner sens aux situations. Les magistrats font généralement état du peu de formation dont ils disposent à cet égard.

« On n'est pas forcément très outillé. Tenir compte d'une différence culturelle, ou ce qu'on suppose être une différence culturelle, ça implique quand même de la

connaître et puis de l'apprécier à bon escient et je pense qu'on a parfois des représentations qui ne sont pas forcément exactes dans un sens ou dans l'autre » (juge de l'application des peines, Melun).

Sans doute l'Ecole nationale de la magistrature prévoit-elle, dans son programme de formation continue, d'aborder le thème de l'islam. Plusieurs magistrats mentionneront cette possibilité. L'impression qui domine est que le souci de formation relève avant tout de l'individu. « Ceux qui vont aux formations sont ceux qui en ont le moins besoin », affirme ainsi une magistrate pénaliste. Une autre précise :

« On a une petite formation continue, mais ça relève de la culture personnelle du magistrat. Il n'y a rien qui nous impose aujourd'hui de connaître des faits culturels ou même religieux, il y a l'intérêt personnel du magistrat, c'est tout. Ses lectures, ses propres lectures, les conférences où il peut aller. Finalement, on finit par apprendre un peu sur le terrain : tel dossier, on découvre, on prend un livre... qui nous emmène sur un autre livre. Mais il n'y a pas dans notre formation, à part en formation continue, de temps où on peut rencontrer des gens, appréhender certains phénomènes » (juge d'instruction, Melun).

Que les magistrats soient a priori attentifs ou non à la dimension culturelle, celle-ci peut s'imposer à eux. Quels sont alors les outils auxquels ils ont recours pour aborder ce qui leur apparaît comme une difficulté ? De la même manière qu'ils évoquent, de façon très globale, leur « métier », les magistrats mentionnent les outils classiques qui sont à leur disposition pour mener à bien leur mission. Qu'il s'agisse du domaine pénal ou de celui des relations familiales, ils font fréquemment appel soit à des experts, psychologues ou psychiatres, soit à des médiateurs. Les ressources sont a priori plus généralistes que spécialisées. Les disciplines plus spécialisées, telle l'ethnopsychiatrie, semblent avoir perdu de l'attrait qu'elles avaient dans les années quatre-vingt-dix, sans que l'on ait très bien identifié le sens du mouvement. Certains magistrats, comme cette juge d'instruction belge, disent « être revenus » de cette approche.

« J'étais très branchée ethnopsychiatrie il y a vingt ans. J'ai évolué dans l'autre sens. A cause des excès : on va renfermer les gens dans leur particularisme » (juge d'instruction, Bruxelles).

D'autres déplorent l'absence de telles ressources. C'est le cas d'une juge d'instruction française, saisie d'un dossier d'excision :

« J'aurais bien aimé saisir un psychologue... euh spécialisé dans un fait culturel particulier, et malheureusement on n'a pas de spécialité de ce genre-là, alors que ça existe. J'ai téléphoné ici et là, c'était un peu empirique » (juge d'instruction, Melun).

Et souvent, il semble en effet qu'un certain « bricolage » soit de mise. Des conseils sont glanés entre magistrats, sans toutefois qu'une véritable « mise à plat » soit organisée : les magistrats échangent peu, si ce n'est dans le cadre de relations où l'amical s'ajoute au professionnel. Une jeune magistrate belge se souvient comment elle a commencé à s'interroger sur l'attitude des prévenus à l'audience :

« La question de l'attitude, c'est en revenant d'une audience, c'est en parlant avec une collègue plus expérimentée, que je lui dis "Celui-là, je ne comprends pas son attitude à l'audience, etc." Et elle m'a dit "De quelle origine il est ?" Et s'en est suivi une discussion et du coup je me suis dit que, effectivement, il fallait faire attention à ce genre de choses » (parquet, Bruxelles).

Parfois, c'est la police, avec sa connaissance de la population au quotidien, qui contribue à l'appréhension fine d'une situation. Une juge d'instance se souvient de l'époque où elle était au parquet. Une jeune fille d'origine turque dépose de multiples plaintes contre un homme qu'elle accuse de violences. Elle a le dos lardé de coups de couteau. Mais les policiers ont des doutes. C'est grâce à eux que la situation sera non seulement élucidée mais également maîtrisée dans ses effets sur la communauté locale :

« Les policiers disaient "ce n'est pas possible"... la personne effectivement était ultraconnue des services de police, "mais on ne le voit pas en train de faire ça" [...] Et puis on avait toute la communauté turque qui commençait à monter en puissance. [...] On a fini par faire faire une expertise psychiatrique de la jeune fille et puis j'ai fait venir le légiste qui m'a dit "Non, ce n'est pas possible, c'est elle qui s'est donné ces coups d'entaille dans le dos. [...] En fait c'était une jeune fille qui n'était pas bien par rapport à ce qu'elle pouvait vivre dans son milieu en France et sa façon de s'exprimer, ça avait été ça. C'est ce que m'avait expliqué la psychologue. Donc là on est vraiment dans du... Et comment on gère ça ? Parce qu'il faut avoir les outils, il faut décrypter... La chance qu'on a eue dans ce dossier, c'est qu'au niveau du commissariat, les officiers de police judiciaire connaissaient bien leur population, arrivaient à canaliser la communauté turque en disant "Eh bien non, il va falloir que vous essayiez de prendre du recul, de la distance", calmer le père et puis en même temps voir du côté du mis en cause ce qu'il en était exactement, essayer de travailler aussi par rapport à la jeune fille pour essayer... tout ça... on arrivait quasiment à des émeutes, hein, dans une toute petite ville, c'était assez compliqué à gérer » (juge d'instance, Melun).

Un magistrat du siège déplorera, quant à lui, la pauvreté de l'environnement intellectuel plus général. Il se souvient de l'époque où « des conceptualisations plus larges », comme le discours féministe, « aidaient à appréhender les

situations individuelles ». Ce n'est plus le cas aujourd'hui, notamment sur les questions culturelles.

« Actuellement, il n'y a pas de relais intellectuel, idéologique, dans des livres, dans des médias, qui devienne un peu dominant, d'autres cultures, et donc c'est plus difficile, on n'est pas trop aidé par des réflexions. [...] Aujourd'hui, sur des questions comme le voile, on est presque obligé de choisir, [...] alors qu'avant il y avait des discours culturels qui n'étaient pas de l'ordre d'une exclusion de l'autre. Et quelque part ça nous aidait » (juge civil, Avignon).

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

4.2. Egalité ou équité ? Un choix impossible ?

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

La force du droit

Le refus de « prendre en compte la diversité culturelle » s'appuie, le plus souvent, le plus aisément, sur le principe de *l'égalité des justiciables devant la loi*. Dans cet extrait d'entretien, la position de la magistrate est claire : sans parler explicitement de « défense culturelle », elle pointe les risques d'une application différenciée du droit et du relativisme : selon elle, on laisserait une trop grande liberté d'appréciation au juge et on contribuerait finalement à produire des inégalités devant la justice :

« On ne peut pas dire que pour telle raison culturelle l'infraction n'est pas constituée, parce que ça voudrait dire qu'on autorise certains de nos justiciables à commettre ce qui objectivement constitue pour d'autres une infraction. Donc là il y aurait une rupture de l'égalité devant la loi, un problème de sécurité juridique [...] et puis ça pourrait soumettre aussi au bon vouloir du juge, ça pourrait ouvrir les portes à l'arbitraire : qui dirait que dans tel cas on a le droit, pour quelles raisons ? » (juge d'instruction, Melun).

Dans une situation plus « exotique », mais assez illustrative, une juge d'instance s'est trouvée face à un justiciable juif brandissant la Torah :

« J'ai dit : “Bon, d'accord, rangez votre Torah. Ici, c'est le droit français, c'est la République française. On est tous citoyens, et la loi est la même pour tous, ce n'est pas une loi personnelle, c'est une loi générale” » (juge civile, ex-juge d'instance, Melun).

On a là, à l'état brut, un exemple mise en concurrence entre la loi nationale et une norme « culturelle », en l'occurrence les préceptes de la religion juive. Le magistrat tranche sans la moindre hésitation en faveur de la loi française, applicable sans distinction à tous les justiciables.

C'est également au nom de l'égalité, implicitement, que certains magistrats considèrent que le fait de se trouver sur le territoire (belge ou français) justifie à lui seul l'application de la loi du pays d'accueil.

« J'ai tendance à dire que, une fois qu'on vit en Belgique, il faut accepter les règles sociales belges. Un mariage c'est un mariage. On n'est pas marié si on est passé devant l'imam alors qu'on n'est pas passé devant l'officier de l'état civil. On peut avoir une autre optique, mais alors on vit dans la marginalité. On ne peut pas jouer comme ça. [...] Les gens doivent bien se rendre compte qu'une fois qu'on arrive dans un autre pays, eh bien, il faut peut-être refaire un engagement pour que ça passe. [...] C'est peut-être un choc... un choc de réalités, moins que de cultures, parce que quand ils sont arrivés ici ils ont dû s'adapter à des tas d'autres choses aussi » (juge civile, état des personnes, Bruxelles).

Le refus de prendre en compte un élément culturel peut également être justifié par le *caractère universel des valeurs* que protège la loi nationale. C'est particulièrement le cas en matière pénale, lorsque la vie ou l'intégrité physique d'une personne est en jeu. Dans ces hypothèses, la dimension culturelle peut même induire un accroissement de la sévérité du magistrat. Une magistrate du parquet évoque, par exemple, une affaire de crime d'honneur, qui fut jugée « avec sévérité » :

« Attendez ! Sacrifier la vie d'une jeune femme pour des principes aussi rétrogrades ! Il n'y avait pas de compassion, pas de complaisance. Parce qu'il y a

des choses sur lesquelles on ne peut pas transiger. C'est pour ça que je vous parlais d'universalité des valeurs : le respect de la vie humaine, de l'intégrité physique, vous ne pouvez pas transiger. A la limite, je peux comprendre même le statut inférieur de la femme, mais le respect de la vie et le respect de l'intégrité physique, il me semble que ce sont des fondamentaux qui devraient présider à toute culture » (parquet, Avignon).

Même type de discours, également sur un crime d'honneur, au parquet de Bruxelles :

« C'est certainement l'aspect culturel qui détermine que ça prend de telles proportions. Mais à l'audience je suis la partie poursuivante, et un truc comme ça, ça ne passe pas. Parce que même si on peut accepter la diversité culturelle et si ça peut expliquer certains comportements (pas les excuser, mais les atténuer dans une certaine mesure), il y a quand même des cas où... voilà, on est sur le territoire belge, il y a des lois belges qui s'appliquent à tout le monde et on ne règle pas ses problèmes comme ça. [...] On ne se fait pas justice à soi-même chez nous. Donc j'avais été quand même assez dure dans mes réquisitions, parce que, comme je vous disais, la victime avait eu énormément de jours d'incapacité, ils l'avaient vraiment bien arrangée » (parquet, Bruxelles).

Pour une juge d'instruction, plus généralement :

« ...le relativisme culturel est pour moi lié à un manque de confiance dans nos propres valeurs. Parce qu'au fond, les gens aspirent en gros à la même chose. Bien sûr, il ne faut pas spécifier trop ces "mêmes choses", mais vivre, bouffer, être en sécurité, avoir des enfants... il est difficile de dire que ce ne sont pas des valeurs universelles » (juge d'instruction, Bruxelles).

Un troisième argument, pas toujours évoqué explicitement, apparaît parfois à l'arrière-plan ou en complément des deux premiers : celui de la *supériorité de la loi du pays d'accueil*, par rapport à une norme ou une pratique culturelle considérée comme archaïque. Evoquant l'excision, une magistrate du parquet se montre à cet égard particulièrement catégorique.

« Ce sont des pratiques absolument barbares, et au niveau de la justice française il faut avoir un message sans complaisance. Je ne peux pas admettre ça. A la limite, qu'il y ait peu de conscience, qu'il y ait une banalisation par habitude, par tradition, dans les pays... mais les étrangers qui viennent sur notre territoire, pour la plupart, connaissent nos principes et d'ailleurs c'est pour ça qu'ils y viennent. Ils viennent au nom de l'égalité, la liberté, la fraternité. Et donc ils ne peuvent pas ignorer qu'on va être dans le respect des droits de l'homme, le respect du corps, le respect de l'intégrité. Je n'ai pas de doute là-dessus » (parquet, Avignon).

Le propos est plus fréquent pour les affaires familiales, en particulier lorsqu'il s'agit de la condition féminine. On retrouve ici une forme d'homogénéisation de la culture maghrébine (confondue avec la religion musulmane), présentée comme machiste et dégradante pour les femmes. Le système judiciaire belge ou français est dans ce cas présenté par les juges comme un moyen, un instrument de l'émancipation féminine au nom d'un « féminisme républicain » (Guénif-Souilamas, Macé, 2005), repris par les magistrats. Contre le « garçon arabe » et la « fille voilée », la justice et la loi garantiraient la promotion de la figure libérée et positive de la femme d'origine maghrébine émancipée.

En matière de parentalité, à la question de savoir au nom de quoi elle prend en compte telle ou telle norme, une juge aux affaires familiales explique en particulier comment sa position renvoie aux luttes des femmes :

« Oui, oui... mais c'est parce que moi je suis un magistrat français. Et puis je suis une femme d'une certaine culture, je vois tout ce qu'ont fait les femmes avant nous. Et quand je vois arriver un barbu, et deux petits enfants, des époux qui ne savent pas pourquoi ils se séparent... [...] De toute façon l'approche de notre droit positif est celle d'une pacification des relations familiales, celle de la coparentalité et celle de la médiation familiale (qui bientôt va être obligatoire) et celle du droit des enfants. C'est celle-là, l'approche de notre droit positif, donc... voilà. Moi je pense qu'en ce qui concerne les enfants on ne peut pas avoir d'autre approche » (juge aux affaires familiales, Avignon).

On peut entendre le même type de discours à Bruxelles. Il s'agit ici pour une juge d'organiser l'hébergement d'enfants de parents séparés marocains. Ceux-ci proposent un hébergement chez les grands-parents. Le commentaire de la magistrate sur la décision qu'elle prend, en appui sur le droit belge, illustre bien l'appréciation réservée qu'elle porte sur des pratiques familiales identifiées comme propres à la culture marocaine, mais associées à un « avant » par hypothèse dépassé.

« Moi, je statue sur base du droit belge et je ne peux pas tenir compte de...

– Vous ne pouvez pas tenir compte de quoi ?

– Eh bien, dans le cas d'un hébergement, par exemple, je ne vais pas tenir compte... je vais tenir compte de la possibilité pratique : quand on a des parents qui travaillent tous les deux, ils font appel à des grands-parents, ça me paraît tout à fait normal. Mais lorsque cet hébergement correspond à une délégation de l'autorité parentale, je suis moins d'accord de le faire. Je peux parfaitement comprendre qu'il y ait un échange, je veux dire... que la cellule familiale est beaucoup plus élargie, c'est ce qu'on vivait avant... Donc quelque part je ne vais

pas revendiquer que notre modèle est meilleur, mais je suis quand même un peu perplexe » (juge de la jeunesse, Bruxelles).

Le métier de magistrat

Lorsque les magistrats développent un discours d'ouverture, ou simplement d'attention à l'élément culturel, ils l'argumentent le plus souvent en renvoyant à leur *métier de magistrat* : individualiser, comprendre, faire comprendre, en sont les éléments centraux. En France comme en Belgique, interroger les juges sur l'éventuelle prise en compte de la dimension culturelle dans leur manière de rendre la justice les conduit inmanquablement à une posture réflexive sur leur pratique. C'est alors moins la diversité culturelle qui est questionnée – elle apparaît à la marge – que l'acte de juger lui-même. « C'est difficile parce qu'en fait c'est sur l'essence de notre métier que vous nous interrogez finalement ! »³²

Et, en effet, notre question de départ a conduit la plupart des magistrats interviewés à s'exprimer de façon détaillée sur leur pratique en général, s'éloignant parfois assez nettement de la dite question. La posture de magistrats pénalistes évoquant des affaires criminelles en constitue un exemple élémentaire : la dimension culturelle intervient souvent, mais sa prise en compte, qui n'est imaginable qu'au moment de la détermination de la peine, n'est au fond qu'une illustration de la façon dont les uns et les autres mettent en œuvre le principe d'individualisation de la sanction. « C'est un élément de personnalité parmi d'autres », expliquent-ils souvent, avant de se lancer dans un discours plus général sur la justice et sur leurs (bonnes) pratiques.

Le même discours est tenu en matière civile : on met en avant la nécessité de faire du « cas par cas » : « Une famille n'est pas l'autre, et c'est vraiment en fonction des éléments qui me sont fournis par les parties, ça c'est clair », expliquait par exemple une juge civile belge, traitant essentiellement d'affaires familiales³³.

Cette variété, et sa prise en compte, sont en outre fréquemment présentées comme un aspect positif, enrichissant, du métier de magistrat, ainsi que l'indique par exemple cette pénaliste :

« C'est vraiment tout ce qui fait la richesse de notre métier, parce que d'un dossier à l'autre l'aspect culturel justement change complètement le dossier. Ça peut être

³² Juge de l'application des peines, Melun.

³³ Juge des référés, Bruxelles.

les mêmes faits mais avec des personnes et un contexte totalement différents. C'est tout l'intérêt de notre métier, c'est qu'on n'a pas deux dossiers qui sont similaires » (juge d'instruction, Melun).

*

On pourrait dire, reprenant cette dualité, que quand il s'agit de prendre en compte la diversité, c'est un peu comme si le magistrat devait occuper les deux positions à la fois : celle de garant des principes – égalité, universalité – *et* celle d'application de la loi au cas par cas. Deux positions qui, dans ce domaine, apparaissent bien souvent incompatibles. On les voit se rencontrer, de façon récurrente, notamment dans les débats ou colloques relatifs aux accommodements raisonnables. A une intervention appelant la cour européenne des droits de l'homme, ou parfois le législateur, à poser des principes de référence, en succède généralement une autre, à base empirique, qui montre comment les choses se règlent – souvent avec facilité et de façon satisfaisante – sur le terrain³⁴. Le décalage entre discours et pratiques, récurrent sur ce sujet, est manifeste, mais il présente, s'agissant des magistrats, la particularité de s'exprimer à chaque fois dans la bouche d'une seule et même personne. On en trouve quelques exemples éloquentes dans le discours de plusieurs magistrats qui, au lieu du « oui, mais » ou du « non, mais » empruntent une voie plus balancée, dont le thème central réside non plus en une position de principe, mais en une *difficulté*. Le propos est parfois général, comme chez cette juge de l'application des peines :

« Instinctivement, j'aurais tendance à dire que notre métier à nous, il est justement d'être capable de reconnaître cette différence et d'en tenir compte si c'est nécessaire mais de juger de façon égale malgré ça, ce qui est très compliqué, d'arriver à faire tout à la fois » (juge de l'application des peines, Melun).

Elle le reformule, plus loin dans l'entretien :

« Je vois plus ou moins que c'est culturel, je réagis mais j'essaie de le faire sur un mode non culturel » (juge de l'application des peines, Melun).

La même difficulté est exprimée par un autre magistrat en des termes plus imagés, à propos des violences conjugales dans la population maghrébine qu'il a à traiter au tribunal correctionnel :

³⁴ Ainsi, récemment à Bruxelles, au cours d'un colloque consacré à « L'accommodement raisonnable de la religion en Belgique et au Canada. Comparaison des contextes juridiques, sociaux et politiques » (Université libre de Bruxelles, 26-27 avril 2012).

« Il y a un discours sur les violences à l'égard des femmes et des enfants et [*rire embarrassé*] il me heurte sacrément, par rapport à mes valeurs, par rapport à la loi, c'est interdit, j'ai du mal à l'entendre. Et quelque part il faut que je l'entende. [...] Je vous donne un exemple, le type qui me dit : "Elle le méritait" – là je caricature – "elle ne voulait pas mettre le voile" ou "elle est rentrée trop tard, la soupe était froide et donc je lui ai mis une belle rouste", quelque part il est dans une logique... [*rire*]. En plus, parfois, ils se demandent ce qu'ils font là, et souvent on a la femme qui dit : "Excusez-moi, j'ai porté plainte parce que... c'est le médecin, mais je veux rester avec lui et... je l'ai mérité." On est dans deux discours, à la limite la victime comme l'auteur [*rire*], qui donnent envie de dire : "Bon écoutez, allez vous cogner ensemble et puis..." On se dit : "Qu'est-ce que je peux dire ?" Faire de la pédagogie en un quart d'heure, une demi-heure, une heure ? Ce n'est pas évident. [...] Et souvent ça finit par une sanction, qui n'est pas comprise. [...] Il y a des fois, ils repartent ensemble et je me dis : "Elle va prendre un autre coup parce qu'il a pris trois mois avec sursis ou un truc comme ça" » (juge du siège, Avignon).

Le dilemme devant lequel les juges peuvent se trouver est particulièrement bien mis en évidence dans cet extrait d'entretien. En témoignent les rires gênés et fréquents du magistrat, en témoigne également la série de questionnements rapportés ici au discours indirect, qui traduisent bien l'embarras du juge.

Si on ajoute à cela que rien n'est moins clair que le contenu de telle ou telle « culture », on comprend mieux les évitements, les attermoiements qui caractérisent les entretiens avec les magistrats. Question tabou, peut-être (on y reviendra), mais déjà, question mal posée. Doublement mal posée : invitant à choisir entre deux voies, de façon binaire, et, en outre, basée sur une définition de la culture qui implicitement est « totalement autre », et de ce fait trop facilement assimilable à « menaçante », à travers une homogénéisation du côté de l'archaïsme, et donc du machisme.

Comment la diversité culturelle intervient-elle, comment est-elle prise en compte dans le procès pénal ? Au-delà des discours – malaisés, on l’a vu – des magistrats, est-il possible, par l’observation des pratiques, de confronter la réalité judiciaire française aux théories anglo-saxonnes de la défense culturelle ?

L’entretien réalisé avec la présidente de la cour d’assises de Vaucluse a été suivi, sur sa suggestion, de l’observation d’un procès d’assises, que nous avons complétée par des entretiens menés avec ses principaux acteurs judiciaires (présidente, avocat général, avocats de la défense et des parties civiles, interprète). L’ensemble des matériaux recueillis montre, en actes cette fois, le malaise que le questionnement suscite et les interrogations qu’il recouvre. Il interroge également la façon dont la défense culturelle a été théorisée outre-Atlantique : les éléments empiriques obligent à nuancer, au moins pour le cas français, ces thèses (l’argument culturel peut jouer de façon beaucoup plus ambivalente) et conduisent à reformuler et déplacer le questionnement.

Nous allons donc d’abord rappeler le contenu et les enjeux de la notion de défense culturelle, tels qu’ils sont présentés dans la littérature qui a servi de point de départ à notre problématique et commentés par les magistrats interrogés (1). Nous relaterons ensuite ce procès, présenté par la présidente de la cour d’assises comme « susceptible de présenter une dimension culturelle » (2). Cela nous permettra, dans un dernier temps, de reformuler le questionnement, après en avoir mieux identifié les impasses (3).

1. LA DEFENSE CULTURELLE, RENCONTRE DU DROIT ET DE L’ANTHROPOLOGIE

La notion de défense culturelle est une approche de la question de l’impact de la culture sur la délinquance qu’il convient de distinguer d’une autre problématique, à la fois plus large et différente, celle du lien entre immigration et délinquance. Il ne s’agit pas ici d’établir un lien causal entre la qualité d’immigré et une propension à la commission d’actes de délinquance, comme le fait un certain discours politique, ni de tenter d’invalider cette hypothèse (cf. par ex. Mucchielli, 2012). Il ne s’agit pas non plus de dépasser le « déni des cultures »,

et de « considérer l'origine culturelle et les parcours migratoires comme des déterminants importants de la situation présente » des quartiers sensibles (Lagrange, 2010), même si, on le verra, certains des enseignements de la recherche recouperont ce dépassement. La défense culturelle, dont on va préciser la définition, apparaît sur le terrain de la justice pénale, dans des situations individuelles, comme une stratégie judiciaire (1.1) fondée sur une prise en compte des acquis de l'anthropologie (1.2).

1.1. La défense culturelle : une stratégie judiciaire

L'expression « défense culturelle » (*cultural defense*) a été utilisée pour la première fois, et longuement discutée, dans une note de la *Harvard Law Review* datée de 1986. Ce premier texte n'en donne pas une définition formelle détaillée. Il s'ouvre sur la description de la situation susceptible de faire l'objet de ce type de défense : *“The values of individuals who are raised in minority cultures may at times conflict with the values of the majority culture. To the extent that the values of the majority are embodied in the criminal law, these individuals may face the dilemma of having to violate either their cultural values or the criminal law.”* Suivent deux exemples de ces « conflits de cultures », que l'on retrouvera dans la plupart des articles consacrés à la défense culturelle : celui d'une Américaine d'origine japonaise accusée du meurtre de ses enfants alors qu'elle avait tenté un « oyako-shinju » – un suicide parent-enfants –, façon traditionnelle japonaise, pour une femme trompée, de sauver son honneur ; et celui d'un Hmong vivant aux Etats-Unis, poursuivi pour l'assassinat de sa femme, commis au nom du droit « culturel » de l'époux à tuer son épouse adultère. L'introduction de l'article se termine comme suit : *“Should cases like these proceed to trial, the defendants may attempt to raise an affirmative defense based on their cultural backgrounds – a “cultural defense”.”*

On trouve une définition plus technique de la défense culturelle dans des articles ultérieurs. Ainsi, Leti Volpp (1994) la définit-elle comme *“a legal strategy that defendants use in attempts to excuse criminal behavior or to mitigate culpability based on a lack of requisite mens rea”*, « une stratégie de défense destinée à excuser un comportement incriminé ou à atténuer la responsabilité de son auteur sur la base d'un défaut d'élément intentionnel », lié au fait que le dit comportement n'est pas incriminé ou est légitime dans la culture d'origine de l'auteur. Pour Doriane Lambelet Coleman (1996, p. 1094), il s'agit de présenter la *“cultural evidence as an excuse for the otherwise criminal*

conduct of immigrant defendants” à partir de l’idée selon laquelle “*the moral culpability of an immigrant defendant should be judged according to his or her own cultural standards, rather than those of the relevant jurisdiction*”.

Dans cette acception de la défense culturelle, développée et discutée par des auteurs comme Doriane Lambelet Coleman (1996), Sarah Song (2005), Leti Volpp (1994), il s’agit essentiellement de situations qualifiables de « crimes d’honneur » au sens large, l’honneur en question étant dans la majorité des cas celui de l’homme. On notera que d’autres auteurs, au premier rang desquels Alison Dundes Renteln (2005), ont de la défense culturelle une conception plus large, incluant le droit de la famille (autorité parentale...), des affaires civiles d’indemnisation (dommage lié à la religion), ou encore le droit d’asile (type de danger couru par une personne demandant l’asile)³⁵.

Ces différents travaux, essentiellement juridiques, inscrivent la défense culturelle dans un ensemble de thèmes de théorie du droit pénal : « Nul n’est censé ignorer la loi », égalité de tous devant la loi, retour sur les justifications de la sanction pénale (dissuasion, punition, protection des victimes...), risque d’un droit pénal éclaté, etc. Sur le plan de la technique juridique, on y voit que l’élément culturel peut être introduit à différents stades de la procédure, y compris – selon certains – en amont même du déclenchement des poursuites.

La défense culturelle s’inscrit explicitement aux Etats-Unis dans le cadre d’un débat plus large, largement ouvert à l’époque, portant sur le multiculturalisme : “*this larger debate concerns whether there is and should be a unifying American culture that guides our institutions, including the justice system, or whether the United States is and should be a culturally pluralistic nation in all respects, including the law*” (Coleman, 1996, p. 1094). La défense culturelle strictement pénale est à l’origine de ce que Doriane Lambelet Coleman (1996) appelle « le dilemme des libéraux » : le choix entre une individualisation fondée sur le multiculturalisme, une prise en compte de la différence, d’un côté, et l’égale protection des victimes (femmes en l’occurrence), de l’autre. Deux traditions libérales se trouvent opposées, l’une émergente, l’autre ancienne : l’approche orientée vers la défense (individualisation), qu’elle qualifie de postmoderniste, où la « sensibilité multiculturaliste » vient se greffer ; le principe de non-discrimination selon lequel l’Etat doit une protection égale à tous contre les comportements criminels. Soit on prend en compte le facteur culturel, c’est-à-

³⁵ Voir également, plus récemment, Foblets, Renteln (2009). L’ouvrage donne un bel aperçu de ce que l’on récolte quand on évoque soit la défense culturelle, soit l’appréhension de la dimension culturelle par la justice, y compris des situations sans rapport avec le pénal.

dire, dans les exemples évoqués, le sexisme, pour atténuer (voire exclure) la responsabilité de l'auteur d'une infraction, dans une démarche qui est à la fois individualisatrice et basée sur le refus de l'ethnocentrisme. Soit on privilégie la protection – et l'égale protection – des victimes [potentielles], en refusant la défense culturelle. Soit on est progressiste-individualisateur, soit on est progressiste-féministe.

Abondante dans le monde anglo-saxon, inexistante en France, la littérature relative à l'impact de la culture sur les questions pénales n'est pas totalement absente de la littérature continentale, où elle commence à se faire une petite place, en Belgique notamment. Selon Jeroen Van Broeck (2001), toutefois, on parlerait plus volontiers de « délits culturels » que de « défense culturelle ». La Belge Marie-Claire Foblets est la première à aborder le sujet dans un article de 1998 intitulé « Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante ». Deux types de situations, explique-t-elle, peuvent donner lieu à des conflits de culture : l'annexion ou la colonisation d'un territoire d'une part, l'immigration d'un groupe culturel vers le territoire d'un autre groupe d'autre part. A partir de là, le délit culturel est « un acte qualifiable de criminel ou à tout le moins de déviant, mais posé sans autre intention que celle de ne *pas* violer une norme du groupe d'appartenance ». Plus largement, on a affaire à des « conduites dont l'élément déviant ou anormal constitue une forme distinguée des autres formes de déviance par le fait que ces conduites supposent l'existence de normes de conduite *héritées de cultures (légalés ou non légalés) qui violent les normes de conduite spécifiquement définies par le droit pénal* ».

Après les analyses de l'anthropologue et juriste Marie-Claire Foblets et du magistrat Jeroen van Broeck, la défense culturelle a fait l'objet de travaux plus récents (Brion, 2010 et 2011 ; Huybrechts, 2011 ; Foblets & Renteln, 2009). Fabienne Brion (2011, p. 848) reprend la définition d'Alison Renteln (2004, p. 6) : « La “défense culturelle” vise à donner aux justiciables qui sont réputés appartenir à une minorité culturelle et sont renvoyés devant les juridictions pénales la possibilité de faire valoir que leur conduite est normée par un code culturel minoré et qu'il convient de s'y référer pour apprécier les faits qui leur sont reprochés. Plaidée avec succès, elle permet d'atténuer ou d'éviter la peine qu'ils auraient dû encourir au motif qu'ils ne savaient pas que leur acte violait la loi ou qu'ils se sentaient contraints de le poser. » Sans entrer dans des développements plus détaillés, tels que la distinction entre « simple tactique » ou « doctrine spécifique » (Brion, 2011, p. 848), entre définition substantielle et formelle (Van Broeck, 2001, p. 29), ou la liste des différents moments où l'élément culturel peut intervenir comme élément à décharge – ignorance de la

loi, excuse de provocation, circonstance atténuante... (Huybrechts, 2011) –, on constatera d’une part que sur le terrain les magistrats n’abordent que rarement cet aspect juridique, d’autre part que, bien souvent, l’élément culturel qu’ils évoquent viendra à charge plutôt qu’à décharge pour l’auteur de l’acte incriminé.

Une seule magistrate – qui avait visiblement préparé ses réponses à l’entretien – a développé un raisonnement juridique concernant la défense culturelle. De la même manière que Marie-Claire Foblets (1998, p. 211), elle distingue deux moments dans le traitement pénal de la dimension culturelle d’une infraction : les conditions juridiques *d’existence* de l’infraction (élément légal, élément matériel, élément moral ou intentionnel) et le stade de la *peine* et de son individualisation. Toutefois, là où Foblets admet la possibilité que l’élément culturel affecte l’existence de l’élément moral de l’infraction, cette magistrate considère qu’il ne peut intervenir qu’au stade de la détermination de la peine. Il ne s’agit pas de nier l’*existence* du délit, mais uniquement d’en atténuer les *conséquences*. On reprend ici, *in extenso*, le raisonnement de cette magistrate :

« Il y a un petit point qui permet de faire la conjonction entre ces deux principes – des règles générales pour tous et prendre en compte le particularisme de chacun –, c’est qu’en fait en tant que magistrat au pénal on a deux grandes questions à se poser : la première, c’est celle de la culpabilité et la seconde, c’est celle du choix de la peine : c’est là que peut s’articuler ce qu’on appelle la défense culturelle. Parce qu’en réalité la première question c’est presque une question scientifique, c’est-à-dire qu’on va devoir vérifier si par rapport aux faits on retrouve les éléments constitutifs d’une infraction [*l’élément matériel, l’élément intentionnel (la volonté de faire l’acte), et l’élément légal*]. Là, on a une démarche presque purement scientifique, presque mathématique. Si on prend par exemple l’excision, on a bien des actes de violence, on a bien un acte qui est interdit... ces actes de violence ont été faits volontairement, il existe un texte qui prévoit que les violences volontaires qui entraînent une mutilation permanente c’est une infraction, donc boum, c’est une infraction, la personne est coupable et là, à mon sens, l’aspect culturel ne peut pas, dans la pratique d’un magistrat, intervenir, on ne peut pas dire tout d’un coup “Ah oui mais il l’a fait parce que c’est sa culture, il a été élevé avec des valeurs qui ne sont pas les nôtres...”. A ce moment du raisonnement intellectuel d’un magistrat, à mon avis l’aspect culturel ne peut pas intervenir, même sur l’aspect intentionnel, parce que l’aspect intentionnel, c’est la volonté de faire l’acte, ce n’est pas le mobile³⁶, ce ne sont pas les raisons qui peuvent expliquer pourquoi l’individu a été amené à faire ceci ou cela. Par contre, dans la deuxième partie de la question, le choix de la peine, là, à mon avis, les

³⁶ Dans ce sens, voir Robert (2010, p. 292).

éléments d'appréciation, puisqu'on doit apprécier le quantum de la peine par rapport à la personnalité, c'est là où la défense culturelle peut intervenir, parce que forcément on ne va pas appréhender l'infraction de la même manière si c'est une mère qui a fait exciser sa fille que... une espèce de sérial violeur qui arrache le clitoris de toutes ses victimes. C'est là où l'aspect culturel peut intervenir... c'est dans l'appréhension de la peine, dans l'appréciation de ce qui va être compréhensible pour lui, de ce qu'on va lui signifier aussi par cette décision-là... là, oui, ça intervient » (juge d'instruction, Melun).

A noter qu'on retrouve ici une distinction souvent faite par les juges quand ils évoquent une éventuelle prise en compte, dans leurs décisions, de la diversité culturelle. Ils proposent régulièrement une partition entre d'une part ce qui relèverait du raisonnement technique, « scientifique », pour reprendre les termes de cette magistrate qui évoque ici à la fois la réalité de l'infraction et de son intentionnalité ; et d'autre part ce qui relèverait davantage d'un travail humaniste et individualisant, ici l'appréciation de la peine et son explication aux justiciables. C'est de la même manière qu'ils distinguent les différents espaces de la justice (au civil par exemple, le droit des contrats d'un côté, la régulation de la famille de l'autre, *cf.* chapitre 1). Une magistrate du parquet, s'exprimant quant à elle sur le principe d'un traitement plus indulgent, le situe également, le cas échéant, au niveau de la peine, après avoir mis en avant l'argument de l'égalité des justiciables devant la loi :

« Donc il n'y a pas du tout d'idée de classer, d'avoir un traitement de faveur, d'être plus indulgent par rapport à une communauté. En tout cas pour la poursuite, pour le traitement judiciaire du parquet certainement pas. [...] Si on veut faire évoluer les gens, il faut affirmer les principes républicains qui sont universels. Et bien affirmer l'égalité de traitement. Après, qu'on module à la marge sur une peine parce qu'il y a un degré de responsabilité qui est un peu inférieur de l'un par rapport à l'autre, oui. Mais ça n'empêchera pas du tout les poursuites, ça n'influera pas sur le mode de poursuite, sur le type de réquisitions, ça sera peut-être le quantum. [...] Que le tribunal, au nom de la personnalisation des peines, tienne compte de l'origine culturelle des prévenus pour mesurer leur responsabilité, ça ne me semble pas absurde non plus. Sans forcément aller jusqu'à excuser, absoudre, relativiser à l'extrême. [...] *Mais pas au niveau des poursuites ?* [...] Non, parce que sinon il y aurait deux catégories de justiciables, ceux qui rendraient des comptes à la justice et pas les autres » (parquet, Avignon).

Si cette argumentation a la faveur des magistrats interviewés, il arrive aussi que soit plaidée l'absence d'élément intentionnel. C'est l'option qu'adoptaient certains avocats, en Belgique, en matière d'excision. Et c'est la raison pour laquelle la Belgique a créé une incrimination spécifique des mutilations génitales

féminines : l'existence de l'infraction n'est alors plus à établir, ou du moins l'élément culturel n'est plus susceptible d'être invoqué à ce stade, mais uniquement au stade de la détermination de la peine³⁷.

1.2. Aspects anthropologiques

Admettre ou non une « défense culturelle » implique de s'interroger sur la notion même de « culture » et son impact sur l'infraction commise. La littérature – anglo-saxonne et continentale – aborde cette question de façon relativement détaillée. Ainsi Van Broeck (2001), qui reproche à la littérature sur le sujet de n'adopter trop souvent qu'une approche pragmatique, casuistique, déclare vouloir « contribuer à une théorie générale des délits culturels et de la défense culturelle ». « *The main point will consist in constructing a conceptual scheme that will enable anyone confronted with the problem of offences possibly caused or motivated by culture, to recognise these acts as such.* » Près d'une trentaine de pages sont consacrées à cet examen, avant que l'auteur en vienne à la notion de défense culturelle. Examen théorique d'abord, à partir d'une définition du délit culturel, dont il détaille longuement, exemples à l'appui, chacun des termes (culture minoritaire et culture dominante, système légal, infraction, culture, groupe culturel...). Approche pratique, également, avec une méthode de raisonnement en trois étapes : l'auteur invoque-t-il un élément culturel ? l'élément en question est-il reconnu par le groupe de référence ? qu'en est-il de cet élément par rapport aux normes de la culture dominante ?

On trouve une méthode du même type chez Alison Dundes Renteln (2005). Trois points sont à vérifier : l'auteur appartient-il bien au groupe culturel en question ? La tradition ou la norme à laquelle il se réfère est-elle réellement en vigueur dans ce groupe ? L'auteur a-t-il été influencé par cette tradition lorsqu'il a commis l'acte incriminé ?

Lorsqu'ils sont confrontés à des difficultés de ce type, nos magistrats sont, en effet, parfois bien embarrassés.

« On a souvent, au niveau des abus sexuels commis sur des enfants, des infractions où on nous explique que c'est en réalité une découverte de la sexualité qui appartient au père... Alors ça aussi c'est compliqué, parce qu'on ne sait pas si c'est vrai ou pas : est-ce que c'est un moyen défensif ou est-ce que c'est vrai ?

³⁷ Cf. chapitre 4.

C'est là où on doit faire des investigations, rechercher de la documentation sur le pays... On peut même à la rigueur imaginer de désigner un expert » (juge d'instruction, Melun).

Ils ont généralement recours à un tiers, tantôt expert, tantôt médiateur. Mais les ressources sont maigres, comme en témoigne la même magistrate, à propos d'un dossier d'excision :

« J'aurais bien aimé saisir un psychologue euh spécialisé, on va dire dans un fait culturel particulier et malheureusement on n'a pas de spécialité de ce genre-là, alors que ça existe. J'ai téléphoné ici et là, c'était un peu empirique » (juge d'instruction, Melun).

Une autre juge d'instruction déclare quant à elle avoir changé d'avis à propos de ce type d'expertise, jugée trop culturaliste. Son propos éclaire le positionnement réservé que développeront plusieurs magistrats sur l'opportunité de prendre en compte de tels éléments.

« J'étais très branchée ethnopsychiatrie il y a vingt ans. J'ai évolué dans l'autre sens. A cause des excès... on va renfermer les gens dans leur particularisme » (juge d'instruction, Bruxelles).

1.3. Face au dilemme

La question posée par les auteurs anglo-saxons étant de savoir s'il convient d'institutionnaliser la défense culturelle, ceux-ci sont divisés quant à la façon de résoudre le dilemme. Doriane Lambelet Coleman oppose à la défense culturelle un refus de principe : pour elle, *dans ce domaine*, les intérêts de la victime l'emportent sur ceux de l'accusé, même si ce faisant on s'oppose au multiculturalisme et à son refus de l'ethnocentrisme. Ses arguments sont au nombre de quatre : 1) le droit pénal offre déjà au défendeur des opportunités substantielles lui permettant soit d'établir son innocence, soit d'obtenir une peine réduite ; 2) cette défense déforme le droit pénal, réduisant la protection de la victime et laissant le défendeur « en-dehors des structures sociales plus larges » ; 3) elle emporte le risque d'une balkanisation du droit pénal, ce qui n'est pas cohérent non seulement avec les objectifs de la loi, la protection de *tous* les membres de la société, mais également avec les droits humains et civils contenus dans le 14^e amendement (Equal Protection Clause) ; 4) une prise en compte de la culture qui conduit à de tels résultats discriminatoires n'est pas une bonne chose pour un système judiciaire déjà marqué par une histoire raciste et sexiste.

Sarah Song (2005) propose une position intermédiaire. Rejeter en bloc la défense culturelle conduit à refuser à l'accusé d'avoir accès aux mêmes moyens de défense que quelqu'un du groupe culturel majoritaire (pour qui on essaiera de voir s'il n'a pas soit commis une erreur de fait, soit été provoqué... ce qui implique la prise en considération d'éléments culturels), donc à ne pas garantir l'égalité entre les membres des différents groupes culturels. Accepter en bloc cette défense peut conduire non seulement à reconnaître en droit les pratiques sexistes des cultures minoritaires mais aussi – elle a au préalable souligné que la culture majoritaire n'est pas dépourvue de machisme – s'incliner devant les valeurs patriarcales du droit américain, et donc ne pas garantir l'égalité entre les sexes.

Alison Dundes Renteln (2005) développe une position voisine, quoique déplaçant l'accent vers une acceptation de principe de la défense culturelle – qui peut s'expliquer par la conception plus large qu'elle en a. Les différences culturelles doivent être prises en considération dans les procédures judiciaires, parce que la culture influence les perceptions et les actions des gens. En fait la différence culturelle n'est qu'un facteur parmi d'autres quand il s'agit de pratiquer l'individualisation. Il s'agit donc d'abord de garantir le droit à un procès équitable, la liberté de religion, l'égle protection de la loi. Mais il importe aussi de mieux délimiter l'acceptation de cette défense, afin d'éviter les abus qu'elle peut engendrer, en appréciant le risque éventuel de porter atteinte à d'autres droits (comme la protection des femmes et des enfants) (*cf.* les mutilations sexuelles). C'est ce qu'elle appelle « le refus de la défense culturelle sur des bases normatives ». Elle suggère alors d'en faire une politique, et pour aller « vers une jurisprudence transculturelle juste, correcte », de former les juges, de repérer les experts, d'établir des règles pour leur intervention.

Au chapitre des préconisations, Foblets se situe délibérément, en 1998, dans le camp de la reconnaissance de la diversité. Elle en tire deux voies de réponse. La première est de nature pédagogique : si la responsabilité pénale est individuelle, il ne faut pas ignorer la dimension collective de la responsabilité en matière de délits culturels, puisque certains d'entre eux (ainsi l'excision) sont commis essentiellement pour éviter d'être exclu de la communauté. Il convient, en conséquence, d'éduquer les communautés. L'autre piste consiste à passer du registre judiciaire au registre législatif : la pénalisation ne résoudra pas le problème. Il faut « commencer par accorder aux auteurs des actes incriminés un statut de sujet de droit à part entière », c'est-à-dire « [faire] d'eux des porteurs de droits et d'obligations clairement balisés par et dans l'ordre juridique interne de la société d'accueil » ... « se donner un code renouvelé de comportements, qui

intègre le plus grand nombre possible de normes de conduite. C'est de la reconnaissance de la diversité que dépend, aujourd'hui, plus que jamais, l'avenir de nos sociétés ».

Fabienne Brion (2010), elle, se situe tout aussi catégoriquement dans le camp de la condamnation de la défense culturelle. Son principal argument réside dans le danger de stigmatisation qu'elle comporte. Tout en se décrivant comme militante d'une politique de reconnaissance de la diversité, Brion estime que celle-ci n'a pas sa place dans le domaine du droit pénal, un domaine particulier qui n'a pas « vocation à fonctionner comme un espace de reconnaissance des personnes ».

Quant aux magistrats que nous avons rencontrés, s'agissant du cas particulier de la défense culturelle au sens strict, rares sont ceux qui y voient un « dilemme ». Le choix ne se situe pas entre « prendre en compte » l'élément culturel, facteur explicatif ou atténuant, au nom d'une ouverture à la diversité, ou ne pas le prendre en compte, au nom de l'égalité devant la loi. Le clivage se situe entre les magistrats qui attribuent à l'élément culturel un rôle « explicatif », sans toutefois aller – en général – jusqu'à l'excuse, sans être catégorique... et ceux pour lesquels le facteur culturel va justifier, non un surcroît d'indulgence, mais un accroissement de la répression.

La culture permet de comprendre :

« Pour moi ça ne peut pas justifier, ça ne peut pas excuser, mais disons que ça donne une explication. Donc certainement, ce sont des éléments dont il faut tenir compte quand on monte un dossier ou quand on va le défendre à l'audience. On peut peut-être mieux comprendre, par exemple, qu'une personne d'origine turque qui est sans aucun antécédent ait à un moment donné pété les plombs, si vous me permettez l'expression, et a été massacrer un type de son quartier parce qu'il avait insulté sa sœur ou sa belle-sœur ou sa mère. On va peut-être pouvoir le comprendre plus facilement et, du coup, étant donné que le droit pénal est axé sur la personnalité du prévenu, estimer que c'est peut-être une circonstance atténuante et que ça permettra de requérir une peine moins forte qu'on n'aurait requis à l'égard de quelqu'un d'autre. Donc c'est vrai que ce sont des éléments dont on tient compte, je pense, ou en tout cas peut-être pas consciemment, mais je veux dire qu'on est quand même au courant de certaines pratiques dans certains milieux, dans certaines cultures et ça influe clairement sur la lecture d'un dossier » (parquet, Bruxelles).

« On doit juger de toute façon en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité des auteurs... Les circonstances et la personnalité, c'est forcément lié à la culture, à l'éducation, à la façon dont la vie de ces accusés-là s'est tricotée,

c'est une évidence. Je ne dis pas que c'est atténuant ou aggravant, c'est explicatif. Il faut comprendre. Et pour comprendre, si cette dimension-là existe, je ne vois pas comment on peut faire l'impasse » (présidente de cour d'assises, Avignon).

Quand on comprend, on a moins peur...

« Il faut mettre ça en relief en le confrontant aux règles qui sont celles de notre société. Mais on est effectivement, là, dans l'explicatif, qui permet de comprendre le passage à l'acte. On pourrait dire que c'est plutôt atténuant pour l'accusé. Parce que ce qui a sens pour un individu et pas pour un autre, c'est quelque chose d'important. [...] A partir du moment... où on explique, où ça peut avoir un sens, ce n'est plus crapuleux, ce n'est plus gratuit... ça paraît moins dangereux, moins déroutant, et en cela c'est atténuant, sur la peine. Parce qu'il n'y a rien de tel qu'un acte qui n'est pas compréhensible, qui est fou, ça fait peur. Quand ça fait peur, c'est normal, ça tombe plus fort. Ça peut avoir un effet atténuant sur la peine, parce que ça donne un sens à l'acte, ça enrichit la réflexion sur le sens de ce passage à l'acte » (présidente de cour d'assises, Avignon).

Mais cette prise en compte a des limites : la visibilité, la crainte d'une mauvaise interprétation, le malaise.

« *Dans vos réquisitions, vous avez mentionné cette dimension-là ?* Je ne pense pas l'avoir mentionné, non, parce que je n'ai pas envie de stigmatiser, d'avoir des propos qui pourraient être mal pris par la défense. Donc, ça non, pas du tout. [...] Et moi je vais éviter, à tout prix, d'en parler, parce que je ne sais pas comment ça pourrait être pris, d'une façon contraire à l'état d'esprit dans lequel je suis. Donc non. » (parquet, Bruxelles)

« La problématique entre les Turcs et les Kurdes, par exemple. Il y avait pas mal d'incidents [...] Après le deuxième ou troisième, je me suis arrêtée en me disant "Je vais aller voir ce qui est à l'origine de tout ça"... Ça n'intervient jamais à l'audience, je n'en fais jamais état mais ça m'aide parfois à comprendre qu'un Turc va être un peu plus vif ou plus agressif par rapport à la réaction d'une personne de telle origine parce qu'il y a ça derrière, c'est irrationnel, c'est impalpable, mais c'est là quand même. Donc voilà, je vais avoir cette démarche-là et peut-être qu'un collègue ne l'aura pas. Et il n'y aura pas une ligne de ça dans mon jugement, et il ne faut pas qu'il y ait une ligne de ça dans le jugement » (magistrat du siège, Neufchâteau).

De l'autre côté, aucune indulgence, bien au contraire. Ainsi, cette magistrate du parquet, répondant à la question de savoir comment sont jugés les crimes d'honneur :

« Avec sévérité. Ah oui ! Attendez, sacrifier la vie d'une jeune femme pour des principes aussi rétrogrades... Pas de compassion, pas de complaisance » (parquet, Avignon).

La même, à propos de l'excision :

« Je trouve que ce sont des pratiques absolument barbares, et qu'au niveau de la justice française il faut avoir un message sans complaisance. Je ne peux pas admettre ça » (parquet, Avignon).

2. LES YEUX PERDUS DE SAMIRA³⁸

Le procès d'assises auquel nous avons assisté, et dont nous relaterons d'abord les faits (2.1.) tels que présentés lors des audiences et par nos informateurs, permet d'aller plus loin.

Les différents éléments de terrain recueillis amènent d'une part à relativiser les usages de la défense culturelle (2.2) : l'argument culturel est rejeté comme moyen de défense de l'accusé. Il s'agit, disent ses avocats, de redonner à celui qu'on présente comme un « monstre » le statut d'être humain. La culture est évacuée, c'est la passion qui sera plaidée, présentée comme universelle. Au-delà, on saisit comment la culture, plutôt que d'être perçue comme un élément qui viendrait atténuer la responsabilité de l'auteur, fonctionne au contraire comme un élément à charge, ce que certains entretiens avec d'autres magistrats ont pu confirmer. Parce que renvoyé du côté de la barbarie ou de l'archaïsme, notamment quand il est question des rapports hommes-femmes, l'argument culturel ne fonctionne pas comme stratégie judiciaire.

D'autre part, ce procès, en plus de relativiser les usages ou les effets de la défense culturelle sur la scène judiciaire française, conduit à déplacer la question (2.3). Au travers de l'affaire et de son jugement, loin des discours d'essentialisation, c'est une culture hybride qui se donne à voir. Ce n'est pas tant un choc des cultures qui opposerait un « eux » à un « nous » qui est mis en scène que la façon dont les trajectoires migratoires influent sur les manières de penser et d'agir.

³⁸ Titre d'un article paru dans *La Provence* au moment du procès.

2.1. Les faits

En janvier 2010, c'est sur la suggestion de la présidente de la cour d'assises de Vaucluse que nous assistons au procès de Mohamed H. Il s'agit d'un procès en appel. Voici la manière dont la magistrate nous présente l'affaire :

« Il a pris 30 ans. Il a arraché les yeux de sa femme, un drame de la séparation : elle voulait le quitter, il lui arrache les yeux. A la demande des avocats, j'ai demandé une nouvelle expertise, en demandant au psy d'essayer de me dire s'il y avait quelque chose de culturel... » (présidente de cour d'assises, Avignon).

L'affaire serait donc intéressante à suivre dans la mesure où l'acte commis comporte – peut-être – une dimension culturelle. La présidente nous a donné son point de vue général sur l'importance que peut revêtir, pour le juge, la dimension culturelle : non pas l'origine d'un conflit de normes, qui viendrait excuser l'acte, mais plutôt un élément de personnalité, susceptible de l'éclairer³⁹.

Résumé des faits : Mohamed H., l'accusé, est un Marocain d'une trentaine d'années. Samira B., son épouse, est marocaine également. Ils sont originaires de la même petite ville. Toutefois Samira vit en France, avec sa famille, depuis l'âge de 13 ans, alors que Mohamed a passé son enfance et sa jeunesse au Maroc entre sa mère et ses cinq sœurs aînées : le père, travaillant en France, dans le Gard, depuis 1969, n'a jamais souhaité y faire venir sa famille, parce que – c'est ce que retient l'enquête de personnalité réalisée lors du premier procès –, « en France les femmes sont trop libres et elles commandent ». Le mariage a été arrangé, en France, entre les familles : l'oncle de Samira a présenté au père de celle-ci le père de Mohamed, un contrat de mariage a été passé devant notaire, comportant un dot de 23 000 F. Les jeunes gens ne se connaissent pas mais l'un et l'autre se plient à la tradition. Pour Mohamed, il s'agit en outre d'obtenir le moyen d'émigrer en France, « pour construire quelque chose, pour avoir une vie meilleure »⁴⁰. Ils communiquent par lettres et ne se rencontreront pour la première fois que le jour du mariage, célébré au Maroc en juillet 1997. La nuit de noces se déroule dans des conditions difficiles qui seront longuement détaillées à l'audience. La jeune épouse séjourne quelques mois dans la famille de son mari, avant de regagner Nîmes, où elle vivait et travaillait. Mohamed l'y rejoint en 1998, à la faveur d'un visa touristique qu'il obtient au moment de la coupe de monde de football. Après avoir passé un an dans la famille de Samira, ils

³⁹ Voir p. 63.

⁴⁰ Extrait de l'enquête de personnalité.

s'installent ensemble dans un appartement à Nîmes. Samira travaille (à partir de 2001 elle est cuisinière dans un restaurant de fruits de mer), c'est elle qui assure l'essentiel des revenus du ménage, alors que Mohamed, en situation irrégulière, additionne de façon plus ou moins suivie les « petits boulots » : travaux des champs, coups de main sur les marchés. Sa situation l'empêche, par ailleurs, de retourner au Maroc rendre visite à sa mère. Les relations conjugales se dégradent assez rapidement : violences, tensions autour du problème de l'obtention du titre de séjour, de l'absence de grossesse, puis suspicions réciproques de tromperie. La jeune femme séjourne de plus en plus souvent chez ses parents et finit par entamer une procédure de divorce. Une audience de non-conciliation a lieu en novembre 2002 au consulat du Maroc.

Les faits objet du procès se déroulent le 2 juillet 2003, lorsque Samira vient, avec sa jeune sœur, nettoyer l'appartement commun où le couple n'habite plus et dont elle a résilié le bail. Elle y trouve son mari. Il tente d'abord de lui imposer un rapport sexuel. La suite est difficile à « raconter » de façon à la fois brève et suffisamment précise. On se contentera ici de reproduire, extraits de deux rapports des experts psychiatres, ce qu'en dit Mohamed : « L'acte a été déclenché par ces mots : “Je l'ai fait. Et alors ?” Elle fixait les yeux sur moi et là, c'est parti. » « Je lui ai arraché les yeux parce qu'elle m'a dit droit dans les yeux qu'elle me trompait. »

Acte monstrueux. Lors du premier procès, qui s'est tenu en juillet 2006 devant la cour d'assises du Gard, Mohamed H. a été considéré, et jugé, comme un monstre. Après une rapide enquête de police, il est mis en examen du chef de « actes de torture et de barbarie, en l'espèce l'énucléation des deux yeux, avec ces circonstances que l'infraction a été commise par le conjoint de la victime et a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, en l'espèce la cécité »⁴¹. Un procès éclair qui se referme sur une condamnation à 30 années de réclusion criminelle. Pourquoi l'appel ? Mohamed H. ne nie pas les faits, il a conscience de leur gravité, de leurs conséquences. Il reconnaît sa culpabilité. Mais il veut un procès équitable, « un vrai jugement », selon ses propres mots.

⁴¹ Extrait de l'ordonnance de mise en accusation.

2.2. Tout sauf une défense culturelle

Le procès H. est le théâtre d'une sorte d'écartèlement : alors qu'il est truffé de références à « une autre culture », la défense va s'évertuer à évacuer le culturel pour plaider l'acte de nature passionnelle. Tout, sauf une « défense culturelle » à l'anglo-saxonne. L'inverse, même, d'une telle défense.

L'ordonnance de mise en accusation s'ouvre sur cette phrase :

« Mohamed H. et Samira B. ont contracté un mariage d'avance condamné parce que enserré entre les rigueurs archaïques de la tradition et une modernité dont aucun d'eux n'a intégré, loin s'en faut, les données, de la même manière. »

Préparant le procès, la présidente de la cour d'assises s'interroge : l'acte commis par Mohamed H. peut-il, d'une manière ou d'une autre, être rapporté à la culture de celui-ci ? Cette éventuelle dimension culturelle est-elle de nature à exercer une influence sur la décision à prendre concernant l'accusé ? Elle est, dit-elle, « allée voir sur internet ». Elle a ordonné en ce sens une nouvelle expertise.

La dimension culturelle est omniprésente. Elle sera évoquée ou apparaîtra à de multiples reprises, explicitement ou implicitement : à propos de l'acte lui-même, des éléments susceptibles de l'éclairer (à défaut de le comprendre), ou encore du contexte général de l'affaire. Outre la mention du mariage arrangé, entre deux futurs époux qui ne se rencontreront que le jour de la cérémonie, la description de la nuit de noces fera l'objet de témoignages nombreux et détaillés. La question des rapports hommes-femmes est d'emblée mise sous le signe d'une « tradition » qualifiée d'archaïque. On parlera aussi d'ensorcellement, d'un marabout que Samira aurait consulté lors d'un de ses séjours au pays. Quant à l'acte lui-même, un expert psychiatre s'étonnera de la multiplicité des références au regard, que ce soit dans le discours de l'accusé ou dans les propos des autres protagonistes. Le mot *charia* sera prononcé, dans un autre témoignage.

Tradition (ou archaïsme), machisme, importance du regard, *charia* et marabout : problématisés ou non, parfois stéréotypiques, les ingrédients ne manquent pas qui pourraient conduire à mettre en œuvre une forme de défense culturelle. On sait, sans en connaître le détail, que telle a été la défense pratiquée en première instance. Il ne s'agissait pas d'une défense culturelle au sens où l'auteur aurait été pris dans un conflit de normes, ni d'attribuer au geste lui-même une quelconque signification culturelle, mais plutôt de tenter de donner un sens à l'acte, à sa violence, à travers une certaine façon, « culturelle », de

concevoir les rapports hommes-femmes. L'avocate de la partie civile, présente aux deux procès, le résume en ces termes :

« Les premiers avocats d'H. avaient plaidé que ce garçon – et ce n'était pas idiot – s'était finalement trouvé piégé parce qu'il venait d'une culture dont il avait intégré les avantages que ça pouvait représenter pour un homme et qu'il n'avait pas compris les modes de fonctionnement de la société dans laquelle il arrivait [...], qu'il y avait eu ce décalage, pour lui... » (avocate de la partie civile).

Décalage, donc, entre la société d'origine et la société d'accueil. Ses nouveaux défenseurs, en appel, adoptent une stratégie inverse :

« On avait pris le parti, justement, de ne pas aborder la problématique sous l'angle de la diversité culturelle, parce qu'on n'était pas devant cette dichotomie : “Est-il un sauvage ou n'est-il pas un sauvage ? Est-il empreint de sa culture, de son éducation ou d'un acquis qui l'aurait conduit à commettre un acte qui est quand même qualifié par la loi d'acte de barbarie ?” » (avocate de la défense).

Il s'agissait « d'humaniser cet homme qui avait été déshumanisé »⁴². La défense, lors du second procès, voit dans l'argument culturel son aspect « contre-productif » : dans cette affaire, un peu inexorablement, « culture différente » est assimilé à barbarie. Comme si on revenait au sens originel du mot barbare, étranger. Au point d'ailleurs que c'est l'accusation qui va mobiliser l'argument, pour tenter d'obtenir une peine aggravée, au nom du caractère monstrueux, « barbare », de l'acte⁴³. L'avocat général n'hésitera pas à évoquer, outre « la barbarie nazie », « les talibans au fin fond des montagnes d'Afghanistan ». L'argument alimente également les témoignages de la famille de la victime, qui insistent à de nombreuses reprises sur le caractère archaïque de la famille H., en particulier au regard des rapports entre les sexes. L'avocate de Samira confirme : « Oui, dans la famille B., ils considèrent les autres comme des hommes de Néanderthal. » Pour mettre à distance l'argument culturel, la défense va donc plaider le crime passionnel : « parce que c'était lui, parce que c'était elle ». L'acte criminel n'est pas la manifestation d'une culture associée au sexisme, mais du sentiment amoureux, passionnel, renvoyé à une humanité universelle. Le

⁴² Avocate de la défense.

⁴³ Au moment où la recherche se termine, se déroule à Mons (Belgique) le procès *Saadia*, « premier procès pour crime d'honneur » dans ce pays. Si l'acte, là (l'assassinat d'une jeune Pakistanaise par son frère, alors qu'elle refusait un mariage arrangé au pays et se préparait à épouser un jeune Belge), rapproche l'affaire de la littérature sur la défense culturelle, son traitement par la justice belge est radicalement opposé : le crime d'honneur – qui sera établi – constituera une circonstance aggravante.

mariage arrangé, la nuit de noces et ses incidents, l'influence des familles sur le couple, il n'en sera pas question de ce côté de la barre.

« Tout l'aspect sur le mariage, ça avait pour moi peu d'incidence et je ne l'ai même pas plaidé et Maître S. non plus⁴⁴. On en avait parlé, mais dans la plaidoirie on cherche ce qui est pertinent ou pas et pour nous ça ne l'était pas » (avocate de la défense).

Au-delà du choix stratégique opéré par la défense – « ce n'est pas pertinent » –, d'autres éléments du procès opèrent la conversion du culturel en passionnel. C'est le cas en particulier des expertises psychiatriques. Dans les différents rapports, les références à l'histoire de l'accusé, à son rapport aux femmes, sont nombreuses – éducation par des femmes, importance pour lui du regard des femmes, virilité bafouée, homme qui n'aurait jamais imaginé que sa femme puisse le tromper – tout en n'étant jamais explicitement rapportées à sa *culture*. Le registre culturel n'est abordé que de façon allusive, implicite. Qu'on les devine favorables ou défavorables à l'accusé, tous les rapports des psychiatres font de lui, plutôt qu'un homme exposé à un décalage culturel, un sujet profondément narcissique, dont le passage à l'acte – dans un moment de folie distinct d'une folie permanente – est une réponse à un sentiment d'être traité – par le regard – comme moins que rien.

« Elle m'a traité comme si je n'étais pas un homme » (l'accusé, propos rapporté par un expert psychiatre).

« Dans le regard de Samira, il s'est vu comme un déchet, comme une merde » (témoignage d'un expert psychiatre).

On fait l'hypothèse qu'il ne s'agit plus ici d'échapper à l'assimilation « tradition-barbarie » pour mieux *défendre* l'accusé mais d'opter, face au caractère délicat de la question, pour le langage qu'on maîtrise : celui de la névrose, de la psychose. Le résultat est un étrange mélange d'implicite culturel et d'explicite psychologique, comme si on ne pouvait pas mettre en mots ce qui, dans la « culture » maghrébine, peut conduire un homme à accomplir un acte monstrueux. L'accusé, en effet, sortira du procès « humanisé », même à un point étonnant. On observe en tout état de cause que dans cette approche, à aucun moment la question n'est posée du risque de plaquer indûment des modèles et des concepts « occidentaux ».

Même l'avocat général reste dans l'ambivalence, quand il évoque les talibans :

⁴⁴ L'accusé était défendu par deux avocats.

« Peut-être qu'au fin fond des montagnes en Afghanistan au milieu des talibans c'est acceptable, mais ici, non. Notre société, comme la société marocaine d'ailleurs, est basée sur la protection. »

La seule à « mettre les pieds dans le plat » sera l'avocate de la partie civile :

« Vous êtes un homme, du Sud, chez qui la masculinité est importante, votre femme veut vous quitter. Comment un homme maîtrise mieux une femme qu'en voulant lui imposer une relation sexuelle?... Le reste n'est que reconstruction. [...] On va vous dire que c'est passionnel... C'est un acte de haine. On punit celle qui veut partir. »

Le procès H. convertit en passionnel ou absorbe dans du pathologique une « dimension culturelle » devenue insoutenable. On retrouve, porté à l'extrême, le malaise observé au cours des entretiens menés avec les magistrats, quel que soit leur domaine de compétence. On voit comment l'interrogation de départ dérange doublement : savoir s'il est nécessaire, et légitime, pour le juge de prendre en compte la dimension culturelle recouvre un malaise lié à la notion même de diversité. L'affaire H. illustre bien ce que les Américains appellent « le dilemme des libéraux » (Coleman, 1998, note 9) : être « ouvert » en ne niant pas la culture différente, mais être protecteur du plus faible, la femme en l'occurrence. Il y a dilemme – on le comprend bien à travers cet exemple limite – en raison d'un implicite où on ne peut voir dans l'autre culture qu'archaïsme en général et mépris de la femme en particulier (Guénif-Souilamas, Macé, 2004). La question « normative » de la prise en compte de la diversité débouche alors sur une impasse.

François Ost (2011, p. XI) l'exprime en termes plus généraux : « Il y a quelque chose de désespérant dans les débats sur la diversité culturelle : le choc des abstractions, signalées par les termes en « isme » – universalisme contre relativisme, républicanisme contre communautarisme – évoque une progression chaotique dans une sorte de palais des glaces, à la fois sans issue discernable et, à tout prendre, en décalage avec les réalités ». Ce qui coince, ici aussi, c'est une façon à la fois abstraite et binaire de poser la question : prendre en compte ou ne pas prendre en compte une diversité qu'on appréhende avec difficulté, en noir ou en blanc.

2.3. Déplacer le regard

Peut-on dépasser le dilemme, « s'extraire du palais des glaces et s'affranchir des dichotomies réductrices » (Ost, 2011, p. XI) ? De la même manière que les observations menées en justice de paix par deux chercheurs belges sur les conflits conjugaux en contexte multiculturel, l'enquête de terrain met en lumière « des réalités plus complexes que celles tirées d'une opposition entre “nos valeurs” et celles “des autres” » (Truffin, Laperche, 2011). Les entretiens avec les magistrats le montrent. A la question théorique, ils répondent par des évitements, des ambivalences, mais quand ils évoquent des exemples – nombreux quoi qu'ils en disent –, on a vu le décalage parfois net qui sépare le propos théorique de la pratique⁴⁵.

L'autre enseignement du terrain, particulièrement bien mis en évidence par le procès H. – et que l'on précisera dans la suite de l'enquête –, est que l'on voit se dessiner, de la culture, une autre image, plus compréhensive. A côté d'une culture à la fois mal connue et essentialisée, souvent stéréotypée, que les magistrats tantôt préfèrent ignorer tantôt regrettent de ne pas mieux connaître, on découvre le produit, complexe, du phénomène migratoire. Une « autre culture » : un phénomène mouvant, hybride, une dynamique.

Une culture hybride

Dans ce procès, l'argument culturel mobilisé par l'accusation – la barbarie – l'est également par la partie civile, du moins dans les témoignages de la famille de la victime. Pourtant ce n'est pas une jeune Française qui vient traiter son époux marocain de sauvage, de barbare. L'épouse aveugle est elle-même marocaine, originaire du même village que l'accusé. Elle a accepté ce mariage arrangé, avec un garçon qu'elle ne rencontrera que le jour des noces, célébrées « au bled » selon la tradition. Mais ce qui la distingue du jeune homme est le fait qu'elle vit en France depuis l'enfance, elle y a fait des études, elle y a un emploi. Lui n'a émigré qu'après leur mariage, après avoir passé sa jeunesse au village, entre sa mère et ses sœurs. C'est la famille de la victime, en particulier ses sœurs plus jeunes, qui va, avec le plus de virulence, et de façon récurrente dans le procès, développer l'idée selon laquelle le mari a une conception archaïque du mariage, des rapports hommes-femmes, etc. C'est également la famille de la

⁴⁵ Cf. chapitre 1.

victime qui décrira par le menu la nuit de noces et ses complications comme une sorte de rituel cruel, voire comme un viol. « Eux sont arriérés, ils vivent au moyen âge »⁴⁶.

On découvre là une première « complexification » de l'« élément culturel ». Un mariage arrangé, certes, mais entre deux conjoints qui ne partagent pas exactement la même culture. L'immigration est passée par là. La culture apparaît hybride. Cette complexité est visible à l'intérieur même de la famille de Samira :

« Si elle a accepté ce mariage, c'est parce qu'elle est l'aînée. Nous, nous avons choisi notre mari. Nous, on est parfaitement intégrées à la société française ; elle, c'est parce qu'elle était l'aînée », *dira l'une de ses sœurs*.

On voit bien, sans doute, qu'il s'agit ici avant tout d'instrumentaliser la dimension archaïque, par une partie civile pas si différente de celle de l'accusé, qui reprend les stéréotypes de l'occidental.

« Oui, dans la famille B., ils considèrent les autres comme des hommes de Néanderthal. Ah ! Vraiment, c'est quelque chose... Alors que bon, il ne faut pas non plus... leur maman, elle n'est pas très différente... » (avocate de la partie civile).

Tout le monde s'interrogera d'ailleurs (en silence) lorsque le nouveau mari de Samira viendra témoigner : cet artisan venu du Maroc a-t-il vraiment abandonné une activité qu'il dit prospère uniquement « par amour » pour la jeune femme ? Mais l'idée de culture hybride, apparue également dans nombre d'entretiens, vient répondre, par la pratique, à l'objection d'essentialisation ou de réification de la culture que formulent certains commentaires de la défense culturelle (par exemple Good, 2008). Une réification opérée par l'observateur, magistrat notamment, que le manque de formation réduit au recours à des vues stéréotypées. Comme le dit Hugues Lagrange (2010), le « problème culturel », dans les quartiers d'immigration « résulte moins d'un irrédentisme des cultures d'origine que des normes et des valeurs nées de leur confrontation avec les sociétés d'accueil ». Une « autre culture » est à voir dans les prétoires, fruit de la rencontre entre l'ailleurs et l'ici. Un juge des enfants, par exemple, développe son discours autour de l'idée selon laquelle la différence interculturelle est autre chose qu'une différence entre l'intérieur et l'extérieur.

« Le problème, ce sont des adultes qui portent une culture (ou ce qu'il en reste) et qui imposent à leurs enfants de vivre dans une culture qui n'est pas la leur. Là est le vrai problème : l'imposition faite aux enfants par les parents – qui ont vécu

⁴⁶ Témoignage d'une sœur de la victime.

autre chose au pays – et puis l’obligation de s’entendre sur des bases culturelles que ni les uns ni les autres ne maîtrisent : les parents sont bloqués sur des pratiques qui n’existent plus aujourd’hui et les enfants sont dans la société française » (juge des enfants, Avignon).

Le phénomène de « blocage sur des pratiques qui n’existent plus » est également évoqué par d’autres magistrats, qui soulignent une rigidification venant des justiciables eux-mêmes dans un repli identitaire destiné à amortir le choc migratoire. La migration, alors, loin d’atténuer la différence culturelle, la renforce. C’est l’hypothèse que formule la juge d’instruction belge à propos de l’excision. L’absence de saisine de la justice ne signifie pas la disparition de la pratique. Peut-être même au contraire :

« On en arrive à se poser la question de savoir si ça existe ou pas, finalement, ici. [...] Il n’y a aucune étude démographique, enfin si, une étude est en cours, mais elle porte uniquement sur la population « susceptible d’être concernée ». L’influence de l’immigration sur l’abandon de la tradition... oui, mais ça marche dans les deux sens : l’immigration peut aussi entraîner le repli communautaire et le renforcement de la tradition » (juge d’instruction, Bruxelles).

De l’anthropologie à la sphère administrative

Un second élément lié à l’immigration vient complexifier la dimension culturelle. La rencontre entre « ici » et « là-bas » se double de celle entre la sphère privée et la sphère publique. L’histoire de ce mariage arrangé et de sa fin tragique est rythmée non seulement par les difficultés propres à une relation de couple – sexisme, mésentente, problèmes d’argent, jalousie, adultère –, mais également par la question des « papiers ». Le mari, entré en France avec un visa de touriste, escomptait obtenir assez rapidement un titre de séjour. Rien dans cette affaire n’indique qu’il s’agissait d’un mariage blanc, mais on voit bien – et on a vu dans d’autres affaires ou d’autres récits – comment le désir d’émigrer, l’attrait de l’Europe, puis la nécessité de régulariser sa situation, peuvent interférer dans les projets matrimoniaux et dans les divorces. Barbara Truffin et François Laperche (2011, p. 697) en font la démonstration détaillée dans leur étude et concluent à la nécessité de « reconsidérer le glissement, qui [leur] paraît inquiétant, des impératifs migratoires sur le droit familial ». Brion (2010) pointe le même problème quand elle montre comment la pénalisation (en Belgique) des mariages forcés – rendus plus fréquents par une politique ayant réduit les possibilités d’immigration légale au regroupement familial – ne fait qu’aggraver le phénomène : « le prix du mariage augmente et le secteur d’activité commence à s’organiser, qu’il s’agisse du recrutement des épouses, de la circulation de

l'argent ou de la neutralisation du risque pénal. La quantité de mariages forcés ne diminue pas : il aurait fallu, pour cela, agir sur le jeu des gains possibles et limiter la demande en donnant accès à d'autres formes d'immigration. » Plus globalement, « l'étude des implications juridiques de la diversité culturelle et religieuse conduit naturellement à revisiter le rapport entre l'Etat et les individus » (Ringelheim, 2011, p. XXIV).

L'interaction s'observe également dans le sens inverse, celui d'une instrumentalisation du droit public à des fins privées. On a ainsi assisté à une audience de conciliation au cours de laquelle la jeune femme qui demandait le divorce prétendait – de façon manifestement fallacieuse – que son mari ne l'avait épousée « que pour les papiers » et réclamait en conséquence un divorce pour faute par pur esprit de vengeance. Des magistrats civils racontent comment de jeunes Marocaines invoquent l'argument du mariage blanc pour obtenir l'annulation d'un mariage qui n'était rien d'autre qu'un échec personnel⁴⁷.

Le déplacement qui s'opère ici fait passer d'une vision anthropologique de la culture – qu'elle soit ou non réifiée, hybride... – à une prise en compte de sa dimension administrative. On découvre comment la culture de l'immigré porte la marque de son statut politico-administratif, de sa condition d'étranger. Une image tirée du procès d'assises se passe de commentaires : le père de l'accusé arrive à la barre ; la présidente lui demande de décliner son nom et son adresse : il sort ses papiers... Le statut administratif du justiciable étranger, s'il ne fait pas à proprement parler partie de sa culture, joue certainement un rôle aussi important dans le marquage individuel des situations judiciaires, qu'on ne peut analyser en faisant l'impasse sur cette dimension.

*

Après les hésitations perceptibles dans le discours des magistrats, le procès H. illustre dans les faits le malaise, associé à une sorte de fascination, que suscite la « question culturelle ». Ce qui, en quelque sorte, « crève les yeux », on ne sait comment l'aborder. Mais surtout – et là réside l'intérêt de la démarche empirique – ce procès conduit à déplacer le regard et contribue ainsi à sortir de l'impasse. En sortir – c'est important – autrement que par une annulation de la dimension culturelle que l'on réduirait à la question sociale. Là où les magistrats tentaient l'évitement, là où ils déploreraient le manque de formation, là où les

⁴⁷ Cf. chapitre 3.

chercheurs eux-mêmes étaient mal à l'aise par rapport à la question de la *légitimité* de la prise en compte de la différence culturelle, on a découvert, au fil des entretiens et des audiences, une culture rendue complexe par l'empreinte du phénomène migratoire. Le questionnement normatif – faut-il ou non prendre en compte la diversité culturelle, entendue un peu rapidement comme « choc de cultures » ou incompatibilités culturelles – se transforme en une interrogation de nature compréhensive, plus fructueuse. Il n'y a pas « la », « une » diversité culturelle, comme il n'y a pas une réponse unique à la question de savoir s'il faut ou non la faire entrer en ligne de compte. La vraie question, la question préalable, consiste à saisir où se situe la diversité : y voir un parcours, une dynamique, pouvoir distinguer entre ce qui, dans une culture, choque des valeurs essentielles (vie, égalité homme-femme...) et ce qui est simplement différent... et n'est menaçant que pour d'autres raisons. Ce qu'on cherchait, le conflit de normes, on ne l'a pas trouvé. S'il se présente rarement, c'est parce qu'on est en présence d'immigrés qui s'intègrent peu à peu. On a trouvé autre chose, de plus intéressant, parce que plus massif, plus réel, plus complexe.

Selon les magistrats, c'est en matière familiale que la diversité culturelle se manifesterait le plus fréquemment. Qu'en est-il dans la pratique ? On ne se trouve plus ici dans l'hypothèse – relativement étroite – de la défense culturelle, mais dans celle, plus large, de la façon dont une culture différente se donne à voir mais aussi est encodée, construite et – ou non – prise en compte, par le magistrat.

Le recueil d'informations a consisté dans l'observation d'audiences de cabinet de juges aux affaires familiales, à Avignon et à Créteil, assortie d'entretiens avec les magistrats nous ayant autorisées à assister à ces audiences : deux JAF à Créteil, trois à Avignon. On a assisté également, à Créteil, à deux audiences d'une chambre civile spécialisée dans l'état des personnes.

Les audiences à juge unique ont pour objet l'introduction des demandes en divorce, la tentative de conciliation à laquelle une telle demande donne obligatoirement lieu, et la décision sur les mesures provisoires (résidence des enfants, droit de visite et d'hébergement, contribution à leur entretien, devoir de secours éventuel pour un des époux, attribution du domicile conjugal, du ou des véhicules...); l'homologation des divorces par consentement mutuel; les modifications de mesures après-divorce; les mesures relatives aux enfants de parents non mariés séparés; le contentieux général des obligés alimentaires. Ces audiences ont été choisies, plutôt que celles où le juge statue sur le divorce, dans la mesure où elles paraissent le plus susceptibles d'offrir des éléments d'observation intéressant notre problématique, à savoir les manifestations « informelles » de la diversité sur la scène judiciaire. En ce qui concerne le divorce, c'est en effet lors de cette première audience que le magistrat s'adresse directement aux époux, les interrogeant l'un après l'autre, avant que n'interviennent leurs avocats. C'est le moment où le magistrat découvre le dossier, dont les éléments sont exposés oralement et donc accessibles à l'observateur. Le contentieux de l'après-divorce et celui des enfants naturels viennent compléter le tableau.

L'observation directe d'audiences d'une chambre civile spécialisée dans l'état des personnes n'était pas prévue à l'origine. A la différence du juge unique qui statue sur le *fonctionnement* de la famille – divorce, séparation, et tout ce qui en découle : mesures accessoires, autorité parentale –, le tribunal, formation

collégiale composée de trois magistrats, statue sur ce qui concerne la *structure* de la famille : établissement ou contestation de la filiation, nullité du mariage. Il est également compétent pour prononcer l'exequatur en France des décisions étrangères intervenues en ces matières. S'agissant du droit applicable, si le divorce est généralement prononcé selon la loi française, l'état des personnes requiert fréquemment l'intervention du droit international privé et, le cas échéant, l'application d'une loi étrangère.

« Le droit de la famille – nullité, filiation – c'est le domaine d'élection du DIP : 60 % de dossiers comportant des éléments déterminants d'extranéité. Donc où on va se poser la question de l'application de la loi étrangère. C'est beaucoup. A Paris 75 % des dossiers de filiation, de nullité de mariage, étaient des dossiers en droit international. Avec des problèmes de règles de conflit à appliquer. Dans le divorce on fait beaucoup plus de franco-français. [...] Dans le divorce l'article 309 fait que le champ de compétence de la loi française est relativement vaste. On divorce des gens qui vivent en France avec la loi française. En filiation et en nullité de mariage on applique beaucoup plus la loi personnelle des gens » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Créteil).

Deux des JAF avec qui nous nous sommes entretenues présidaient une telle chambre. Ce sont leurs propos, passant d'une compétence à l'autre, qui nous ont convaincues de l'intérêt d'y faire au moins un détour exploratoire, alors même que notre questionnement de départ portait sur les manifestations « informelles » de la diversité devant la justice, plutôt que sur la question de technique juridique de choix du droit applicable.

Deux éléments nous sont apparus susceptibles d'enrichir la problématique initiale. Le premier concerne les compétences de la chambre civile, en particulier les demandes en nullité de mariage : les magistrats faisaient état d'une part d'un accroissement considérable du nombre de ces demandes, d'autre part (et c'est lié) de la façon dont certains justiciables d'origine maghrébine tentaient d'obtenir une nullité là où on se serait attendu à ce qu'ils introduisent une demande en divorce.

Le second élément concerne la représentation de « l'élément culturel ». Dans ces matières, la frontière entre manifestation « informelle » de la diversité et application d'un droit autre que le droit national s'estompe. Pour certains de ces magistrats, la principale difficulté, si ce n'est la principale manifestation de la diversité culturelle, réside dans l'utilisation du DIP : « On a de plus en plus de

questions de DIP qui se posent. Et ça, ce n'est pas facile non plus pour nous », nous expliquait l'un d'entre eux⁴⁸.

Dans les audiences à juge unique auxquelles nous avons assisté, environ la moitié des affaires concernaient des personnes d'origine étrangère. La plupart étaient originaires du Maghreb, mais certains venaient également d'Afrique noire et des départements et territoires d'outre-mer. Les audiences d'état des personnes, quant à elles, voient comparaître une très nette majorité de justiciables d'origine étrangère. On y a vu traiter des demandes en annulation de mariage, en reconnaissance ou en contestation de paternité et des demandes d'exequatur de décisions relatives à des enfants : délégation d'autorité parentale et *kafala*.

En assistant aux audiences d'affaires familiales, on envisageait de réaliser un travail analogue à celui mené à Bruxelles par Barbara Truffin et François Laperche (2011), à partir de l'observation d'audiences de juge de paix statuant sur la base de l'article 223 du code civil belge, texte qui lui permet d'ordonner des « mesures urgentes et provisoires » « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs » ou « si l'entente entre eux est sérieusement perturbée ». Mais, si le JAF prend le même type de décision que le juge de paix belge, c'est au terme d'une procédure différente : lors des audiences de conciliation, la demande en divorce ne comportant pas les motifs de celui-ci (art. 251 c. civ.), il est expressément exclu de laisser les parties les évoquer. A cela s'ajoute la rapidité des audiences. Il n'arrive donc que rarement, soit par hasard, soit parce que le juge ne peut faire autrement que de laisser une personne « vider son sac », que les raisons de la demande en divorce soient explicitées.

L'assistance aux audiences laisse une première impression assez décevante. La majorité des affaires est expédiée, « le nez dans le dossier », par des magistrats confrontés à un contentieux de masse que le législateur – de réforme en réforme – s'applique à faire traiter de façon sans cesse accélérée. Outre cet impératif gestionnaire, l'enseignement le plus massif est que, si les époux d'origine étrangère sont nombreux, leurs demandes, leurs préoccupations, leurs attitudes ne diffèrent que rarement de celles des couples « franco-français ».

C'est au point que parfois on surprendra le magistrat à faire un effort... pour offrir de la matière au chercheur venu voir de la diversité culturelle et qui ne voit pas grand-chose. Ainsi, une JAF s'enquerra-t-elle de la nationalité de l'époux : « Est-on bien sûr que Monsieur soit français ? – Oui, répond l'avocate. – Sinon, on aurait eu un divorce marocain. » Allusion au fait qu'aux termes

⁴⁸ JAF et juge de l'état des personnes, Avignon.

d'une convention franco-marocaine c'est le droit marocain qui s'applique lorsque les époux (ou l'un d'eux) est de nationalité marocaine. Dans une autre affaire, l'épouse, d'origine haïtienne, vient demander le divorce d'avec son mari, né au Nigéria. Ils ont deux enfants, mais le mari n'a jamais vécu avec son épouse, chez qui il ne vient que « pour se servir d'elle, éventuellement de force ». « Je suis un objet pour lui », dit-elle. La juge lui demande : « Vous êtes chrétienne ? Il est musulman ? Vous pensez que sa conception des femmes a un rapport avec la religion ? » La dame, la regarde, étonnée : « Peut-être. » Le reste de l'audience sera consacré, assez longuement, exclusivement aux mesures provisoires.

La récolte n'est pas pour autant insignifiante. Pour en rendre compte, on reprendra, en l'adaptant, le propos introductif d'une juge aux affaires familiales, interrogée sur l'importance de la diversité culturelle dans les affaires qu'elle a à traiter. Elle distingue deux catégories de situations :

« Je préside la chambre de la famille du tribunal. A ce titre, je suis chargée de tout le contentieux familial, mais également du contentieux relatif à l'état des personnes : la filiation, les annulations de mariage... Dans le cadre des litiges qui nous sont soumis, évidemment qu'on est confrontés à la diversité culturelle. Peut-être plus spécialement aussi dans la région, où il y a quand même pas mal de populations qui viennent d'Afrique du Nord, Marocains notamment, il y en a beaucoup, et... Algériens. Oui, c'est par là que je vois pas mal la diversité culturelle dans le contentieux qui m'est soumis, à partir de ces populations-là. D'autres aussi, mais...

« Au-delà de ça, ce qu'on voit aussi dans nos dossiers, c'est le fait qu'actuellement les populations bougent de plus en plus. Donc on voit, en dehors de ce contentieux qui concerne plus spécifiquement les populations dont je vous ai parlé... là je ne sais pas, deux Anglais... voilà... des gens qui sont installés dans le Lubéron. C'est tout à fait d'autres populations mais c'est aussi la diversité. Et on voit aussi qu'on est amené de plus en plus à trancher des litiges liés aux déplacements, justement, parce que les gens se déplacent, les enfants avec, et ça crée du litige, du conflit parental.

« Mais l'essentiel, là où la diversité culturelle éclate le plus, c'est vraiment dans l'aspect des populations d'Afrique du Nord, avec des... comment dire, des approches du mariage, de la filiation qui ne sont pas les nôtres, enfin avec, je trouve, des archaïsmes qui nous reviennent en pleine figure » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Avignon).

La distinction est claire : à côté des éléments qui renvoient à des valeurs, des pratiques, des habitudes relevant d'une *culture* différente, d'autres apparaissent, caractéristiques d'une société où les *déplacements* se multiplient.

Le discours des magistrats est riche en évocations de situations associées à une *culture* jugée plus ou moins archaïque. Comme on l'a observé ailleurs (*cf.* chapitre 1), la « différence » est toutefois souvent relativisée, tantôt par un renvoi à un passé européen pas si lointain, tantôt par le constat d'une intégration croissante des populations immigrées, en passant par l'observation d'une hybridation – parfois conflictuelle – des valeurs et des modes de vie. Cet aspect du discours ne trouve que peu d'illustrations au cours des audiences observées, où la diversité, quelle que soit sa forme, ne fait en outre pas l'objet d'une attention ou d'un traitement particulier (1).

Quant à l'idée de déplacement, utilisée par la magistrate pour évoquer « tout à fait d'autres populations », l'observation des audiences montrera qu'elle s'applique parfaitement aussi aux populations immigrées, mettant en évidence une autre dimension de la « diversité culturelle ». On retrouve la distinction esquissée à l'occasion du procès d'assises : la « culture » des justiciables d'origine étrangère ne se limite pas à des formes jugées archaïques de relations familiales (2).

1. LA DIVERSITE CULTURELLE : VALEURS ET MODES DE VIE

1.1. Un choc des cultures ?

Des situations jugées archaïques

Une des JAF interrogées n'hésite pas, à la différence de nombreux autres magistrats (*cf.* chapitre 1), à aborder de front la question de la diversité... pour dire en quelle pièce estime elle tient les traits culturels qu'elle observe :

« Dans le contentieux purement familial, dans les divorces, on voit... alors là toute la pesanteur de la tradition culturelle... musulmane, disons, où parfois, on a l'impression... moi, j'ai des audiences de conciliation, il y a des situations où on a l'impression qu'on est revenu à des situations archaïques dans la situation de l'homme et de la femme » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Avignon).

Elle donne un exemple :

« Vous savez, l'audience de conciliation, le but, c'est d'essayer de voir si on peut les réconcilier, s'il y a quelque chose à faire entre eux. C'est un peu formel mais on essaie quand même de le faire. Moi, j'ai des situations, des jeunes femmes qui

arrivent, qui... qui sont voilées [...] et qui, quand je demande : “Monsieur a déposé une requête en divorce, est-ce que vous, vous êtes d’accord ? – Non, non... Mais moi je ne sais pas pourquoi il veut divorcer, on n’a pas pu s’expliquer...” Après, le monsieur rentre et je lui dis : “Alors qu’est-ce que... ? – Mais elle, elle le sait. Elle le sait, pourquoi...” Et alors c’est tout, ça suffit. Voilà. Voyez, ils sont mariés depuis six mois, c’est souvent une jeune femme qu’il est allé chercher dans son pays d’origine, lui il est souvent français, elle non et voilà. [...] Donc impossible d’avancer et... eh bien ils vont divorcer, sans qu’elle – apparemment, apparemment, de ce que je sais – ne sache pourquoi, et lui ne voulant pas s’expliquer. Voilà, c’est fini, c’est quasiment une répudiation » (juge aux affaires familiales et juge de l’état des personnes, Avignon).

L’observation des audiences ne donne toutefois que rarement l’occasion d’observer ce type de rapports : on l’a dit, les JAF limitent au strict nécessaire, et le plus souvent excluent des débats le récit des motifs du divorce. Ainsi une dame marocaine, assez âgée, demande le divorce : son mari est parti vivre avec une autre femme. Au moment de préciser le montant de la contribution qu’elle demande pour elle-même, elle raconte qu’elle et son mari sont mariés depuis trente ans, qu’elle n’a jamais travaillé, ne parle pas le français (elle est assistée d’une interprète), que son mari ne la laissait pas sortir, ne lui donnait pas d’argent, la battait. Elle parle d’abondance, avec l’aide de l’interprète, esquissant le genre de tableau évoqué dans l’entretien précédent... jusqu’à ce que la magistrate l’interrompe : cette audience n’est pas le lieu où l’on parle des causes du divorce. L’épouse reprend, reedit que son mari ne la laissait pas sortir, qu’il a deux voitures, qu’il a acheté deux maisons au Maroc, qu’il prenait tout l’argent. La juge : « Je sais, je connais. » Cette affirmation courte vient à la fois clore le récit et mettre à distance des émotions via la reconnaissance d’une évidente inégalité entre hommes et femmes, ici clairement encodée comme culturelle.

Le poids de la tradition, avec l’importance accordée à l’honneur, à la pureté (de la femme) peut se traduire dans les choix procéduraux. Une JAF évoque une affaire dont elle a eu à connaître en tant que présidente de chambre civile. Il arrive, en dehors des cas de « mariage blanc », que des couples choisissent la voie de l’annulation du mariage plutôt que celle du divorce. Là aussi, on est en présence d’autres normes, d’autres valeurs.

« J’ai vu, récemment, une demande par requête conjointe d’une annulation de mariage un peu dans les mêmes conditions [*que l’affaire de Lille*], mais ils le faisaient ensemble, c’est un mode de saisine juridiquement possible. Et donc je les ai faits venir, quand même. Requête conjointe, annulation de mariage, “On est d’accord, on n’a jamais...” C’était rigolo parce que le monsieur disait “On n’a jamais consumé” et donc voilà. Et donc on les fait venir et on comprend en les

faisant parler qu'en fait c'est qu'ils ne s'entendaient pas et que ça relevait d'un divorce. Et mordicus, tous les deux ne voulaient pas entendre parler de divorce et nous disaient... c'étaient deux jeunes, qui avaient 25 ans, de nationalité française, qui avaient grandi en France, avec derrière tout le poids des familles certainement, de la tradition. Et on a refusé d'annuler le mariage, on n'était pas du tout dans un cas d'annulation de mariage » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Avignon).

Pour cette magistrate, on est bien en présence d'un conflit de normes, qui se traduit d'ailleurs au niveau syntaxique par un usage répété du pronom personnel « nous » :

« Tout ça pour dire que nous, dans nos cadres, nos codes, le cadre juridique qui nous est fixé, on est confronté à cette diversité par le fait de... on essaie de nous imposer des traditions et des pratiques, des formes de relations conjugales qui ne correspondent pas du tout à l'évolution de notre société, et du droit positif qu'on est chargé d'appliquer. Et vraiment, parfois on reste sans voix. Et en plus notre intervention est absolument mal comprise. "Mais qu'est-ce que vous venez faire là-dedans ? Nous on est d'accord tous les deux pour..." Donc très mal comprise en l'occurrence par le mari, qui a été très virulent, et auquel j'ai expliqué qu'on ne disposait pas de l'état des personnes, c'était indisponible, l'état des personnes en droit, et donc on appliquait la loi et s'ils voulaient divorcer par consentement mutuel il n'y aurait aucune difficulté » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Avignon).

Sur un mode moins marqué, passant presque inaperçu, un mari dont la femme demande le divorce et qui l'accepte en disant « Je n'ai pas le choix » demande que l'ordonnance de non-conciliation ne soit pas envoyée à l'adresse de sa mère, chez qui il réside. L'épouse précise : « La maman est très triste. » Pour l'homme également, le divorce représente une difficulté par rapport à la famille.

« Ça peut exister dans des couples français... »

La « différence culturelle » dans les relations de couple et les relations familiales est évoquée, stigmatisée parfois, mais elle est également très souvent relativisée. Il n'est pas rare, d'abord, qu'après avoir souligné l'archaïsme des rapports, en particulier dans la relation homme-femme, le magistrat ajoute avec plus ou moins d'empressement que le même type de rapport existe – ou a existé, il n'y a pas si longtemps – dans la société française. C'est le cas, de façon récurrente (on l'a déjà indiqué), à propos des violences conjugales.

Une magistrate nuance le propos : les violences, on en trouve partout, ce qui est différent, c'est la répartition des tâches dans le couple. Mais là aussi, on peut relativiser :

« Comment vous dire, sans tomber dans des caricatures ? Si on a un “problème culturel” (si on peut appeler ça comme ça) parce que des messieurs battent leur femme... il y en a partout. Et des femmes qui sont désagréables avec les messieurs, il y en a également partout. C'est plutôt l'idée, chez certains, qui sont loin d'être majoritaires, que la correction manuelle est un droit. Mais c'est quand même marginal. Et puis dans certaines cultures la collaboration entre mari et femme n'est pas quelque chose qu'on vit facilement. Madame s'occupe de la maison et puis Monsieur, ça c'est plus fréquent, il garde sa paye pour lui et va au café avec les amis. Ce sont des reproches très courants. Mais on voyait ça chez nous [...] dans les années trente. Mais nous, nous sommes plus habitués dans notre culture à une collaboration, au fait qu'on mette l'argent en commun, que chacun apporter son écot, etc. [...] Il y a la violence, oui, mais surtout le non-investissement dans la vie familiale. Les comportements agressifs, tyranniques, c'est très largement distribué » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Créteil).

Une autre magistrate évoque un père violent, autoritaire, venant réclamer un droit de visite pour son enfant :

« Comment juger le droit de visite du père, qui a des droits, en effet, mais qui par l'intermédiaire du droit de visite ne cherche qu'à reprendre l'emprise sur la femme... qui a osé partir ? [...] Parce que le père a des droits... mais la situation d'emprise est clairement démontrée par les éléments que j'ai. Et donc ça... Vous me direz, ça peut exister dans des couples français, tout à fait, sans problème, je le vois aussi (*rire*) » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Avignon).

Ou encore des couples qui, à peine formés, se séparent. « Des mariages courts avec des enfants tout petits, souvent des mariages arrangés. » La même magistrate évoque une affaire récente :

« Un garçon français, qui était allé chercher cette jeune femme au Maroc. Il l'a installée dans sa famille, avec sa mère, avec tout le monde, et elle faisait la bonne pour toute la famille. Et elle a eu un jour un malaise sur un marché, elle a été amenée à l'hôpital et là elle a pu parler. Et là, il a voulu une annulation de mariage, parce qu'il voulait s'en séparer... parce qu'elle ne faisait plus la bonne ! [...] Ça a fini par un divorce. Moi, ce que je trouve, c'est qu'il n'y a pas eu de relation de couple qui préexistait et on sent, mais ça, ça se voit partout finalement, parce que c'est ça qu'on voit de toutes les façons actuellement (*rire*), c'est des couples, on ne sait pas pourquoi ils se sont formés, ils ne parlent pas... [...] Là,

comme ça a été des mariages arrangés, il y a encore moins d'affinités préexistantes. Mais de toutes les façons, maintenant, le mariage ou le couple, on est bien placés pour le savoir (*rire*), voilà... *geste pour indiquer que ça ne dure pas...* et les enfants sont là » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Avignon).

1.2. Une relative intégration

« Un progrès de l'intégration »...

Les magistrats observent d'autre part – autre façon de relativiser la différence – que les attitudes, les pratiques évoluent au fil du temps. Une JAF, interrogée sur l'existence d'une « différence nette » dans les rapports familiaux répond :

« Oui, tout de même, il en existe une mais que je ne trouve pas massive. Je constate une différence par rapport à il y a douze ans. L'affrontement me paraissait beaucoup plus frontal entre les valeurs, par exemple, d'un monsieur malien et les nôtres, que maintenant. Mais c'est peut-être aussi parce que j'ai vieilli, que je suis moins sensible... il y a peut-être aussi une part de vécu personnel. Mais tout de même, les différences s'atténuent. Il y a encore des points de friction, mais je les trouve beaucoup moins brutaux qu'il y a douze ans. On dirait qu'une immersion de leur communauté à eux plus longue dans notre culture à nous finit par porter des fruits. Mais de temps en temps il y a des récalcitrants entre guillemets » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Créteil).

Il ne s'agirait, au fond, que d'une question de génération :

« On pourrait croire que... [*vu la diversité, etc.*] le conflit devrait apparaître mais on voit bien ici que les gens acceptent tout à fait notre droit de la famille. En fait, c'est une vision différente de la famille, mais ce n'est pas très différent de ce que j'ai connu en Corse étant enfant. Chez eux, la famille est plus encombrante... on se rend bien compte, quand on est d'origine corse comme moi, que ce n'est pas très différent de ce que j'ai connu moi quand j'étais enfant. Par rapport à nous il y a une ou deux générations de différence, mais c'est tout. [...] Le conflit peut venir de l'influence qu'a sur eux leur propre famille. Leur éducation fait qu'ils sont étouffés par les générations d'avant. Ce n'est donc pas un refus frontal de nos valeurs, mais plutôt une question d'influence. [...] Je suis heureusement surprise, en onze ans, par rapport aux mêmes populations, il y a un progrès de l'intégration, de l'assimilation – selon le terme qu'on préfère. Ce sont des jeunes gens, des jeunes femmes, qui aspirent à une vie familiale comme nous, avec une certaine

autonomie qu'ils ont du mal à obtenir parce que leur famille est étouffante » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Créteil).

... qui ne va pas sans tensions

Le poids de la tradition, de cette tradition jugée archaïque, se manifeste à travers l'influence de la famille sur les comportements individuels. Dans ce cas, le décalage ne se situe plus entre « eux » et « nous », mais à l'intérieur même de ces familles immigrées : entre les individus, plus ou moins « intégrés » à la société d'accueil, et le groupe familial, les anciens. Une JAF évoque ainsi les dilemmes que vivent, en particulier, les femmes d'origine marocaine. Celles-ci demanderaient surtout la séparation de corps, pour éviter d'être mal vues par la famille en divorçant :

« Il faut être sacrément fort pour aller jusqu'au bout de la procédure. On est loin de l'égalité homme-femme. [...] Les familles réagissent par le rejet total. Au Maroc, mais aussi en France. Après, elles ont la réputation d'être des femmes faciles... Et c'est pire encore dans les cités » (juge aux affaires familiales, Avignon).

Même les enfants sont parfois écartelés :

« C'est dur pour les femmes, et aussi pour leurs enfants. Les ados supplient leur mère de ne pas divorcer. C'est terrible : alors qu'ils sont nés en France, ils sont encore très empreints de culture marocaine. C'est terrible pour eux, parce qu'ils sont obligés de se positionner par rapport à ça. Même si leur mère s'est fait tabasser devant eux... pour eux il est inconcevable que leur mère demande le divorce et devienne impure. [...] J'ai vu des grands garçons, qui partaient de chez leur mère... [...] Ce n'est pas fréquent mais ça existe » (juge aux affaires familiales, Avignon).

Evoquant une femme marocaine, totalement culpabilisée à l'idée d'avoir inculqué la culture française (cet aspect, l'égalité hommes-femmes) à ses filles, maintenant prêtes à divorcer elles aussi, mais du même coup à être en butte à la réprobation, la magistrate conclut :

« Les mœurs n'ont pas changé. On est à la troisième, quatrième génération, et il y a toujours cette ambivalence, entre la recherche de la culture européenne et la recherche de garder des valeurs qui nous ramènent à ce qu'on est... ce qui est logique aussi, mais paradoxal. La femme essaie de profiter de ce que lui amène le système français, mais c'est difficile, elle doit être soutenue. [...] Les hommes, eux, auraient plus tendance à se replier. Ils sont ouverts tant qu'ils ne sont pas mariés, mais quand ils se marient... [...] C'est pareil pour le foulard. Ce

partage... C'est très confus. Ils ne savent pas eux-mêmes où ils en sont » (juge aux affaires familiales, Avignon).

Un autre contentieux, évoqué par une autre magistrate avignonnaise, renvoie à un type analogue de difficulté à se situer, d'une culture à l'autre : il s'agit de demandes de changement de prénom. Elle cite ainsi le cas d'enfants, les aînés de la famille, pour lesquels les parents, à leur arrivée en France, avaient déclaré à l'état civil des prénoms français « par souci d'intégration précisément » (à la différence des plus jeunes ayant quant à eux reçu des prénoms « musulmans »). Devenus majeurs les aînés demandent à pouvoir utiliser officiellement leur prénom d'usage.

« L'enfant majeur, qui est souvent un jeune qui s'est bien intégré sur le plan social, demande à changer de prénom et à pouvoir utiliser le prénom usuel qu'on lui a donné dans sa famille depuis sa naissance, notamment parce que dans sa famille et son entourage proche c'est un problème que de porter un prénom français, d'origine française. [...] Ce n'est pas facile de juger ça. La loi dit qu'il faut avoir un intérêt légitime... » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Avignon).

1.3. Des demandes spécifiques ?

Des demandes identiques...

Quoi qu'il en soit des modes de vie, des modes de relations, devant le juge, les demandes sont toutefois perçues pour l'essentiel comme identiques.

« Dans notre contentieux, les demandes sont identiques. Il n'y a pas de demande qui soit particulière aux populations d'origine maghrébine, ou malgache ou africaine. En effet, les demandes sont centrées surtout sur la contribution alimentaire ou la résidence. On adapte les réponses au cas par cas, selon les situations, mais pas en fonction des cultures. [...] Il y a parfois l'obligation d'appliquer la loi du pays d'origine. [...] Mais d'un point de vue culturel, donc également pour des gens de nationalité française mais de culture maghrébine, on ne constate pas de demande particulière » (juge aux affaires familiales, Avignon).

Comme le dit une JAF, passant des rapports familiaux – où les différences s'atténuent – aux rapports à la justice :

« Avant, on n'aurait jamais vu un petit monsieur barbu avec une dame avec son petit foulard venir voir le juge pour raconter leurs petites histoires. Avant ils ne venaient pas devant le juge. Maintenant, je ne dis pas qu'on en voit beaucoup,

mais on en voit de temps en temps. Quoique manifestant de par leur vêtue certains choix culturels, ils viennent devant le juge de la République, faire trancher leurs problèmes » (JAF et juge de l'état des personnes, Créteil).

Plus tard, elle ajoutera :

« Ceux qui refusent vraiment nos institutions et nos valeurs ne viennent pas devant nous. Ils se marient uniquement devant l'imam de la cité. Ce sont des choses qu'on ne voit pas. Pour nous, ce sont des familles naturelles. Il peut y avoir un chiffre noir du droit de la famille. Ceux qui viennent ici acceptent le contrat social » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Créteil).

Et sa greffière, d'origine guyanaise, d'acquiescer : « Oui, il y a beaucoup de gens en souffrance. Beaucoup ne croient pas en la justice française. »

L'observation des audiences de conciliation confirme, pour la grande majorité, cette affirmation : les justiciables d'origine étrangère ne formulent pas de demandes particulières que l'on pourrait relier à des pratiques culturelles qui leur seraient propres : il n'est question ni de nourriture, ni de fêtes religieuses, ni de choix d'orientation religieuse... On n'observe pour l'essentiel aucune différence entre les situations « culturellement marquées » et les autres. La majorité des débats tourne autour de questions d'argent – et les audiences sont d'autant plus longues qu'il y a plus de biens à partager – et de la garde des enfants. De l'absence de demande spécifique, ajoutée à la rapidité voulue des procédures, résulte l'absence de traitement spécifique. Il en est de même concernant les demandes « après-divorce » ou introduites par des parents naturels à propos de leurs enfants. Au risque d'être caricaturales, on dira que dans les familles étrangères comme dans les familles françaises, les pères viennent demander la diminution de leur contribution à l'entretien des enfants, les mères la garde d'enfants que leur père néglige, et que le juge n'adopte pas une attitude différente selon l'origine des parties.

Ainsi, lorsqu'il organise la garde alternée, un JAF explique la répartition « semaine paire / semaine impaire », en précisant « sauf pour Noël, de façon à ce que les parents [*maghrébins en l'occurrence*] aient leurs enfants avec eux à Noël une fois sur deux ». La question de la fête religieuse n'est soulevée ni par les parties ni par le juge.

... pour l'essentiel

Il arrive toutefois que le culturel s'invite à l'audience. Ce qu'on observe alors est plutôt une tendance à ne pas le relever. Voire à l'éviter. Tantôt il s'agit

d'un « détail » qui retient l'attention, sans qu'on puisse l'attribuer formellement à une culture particulière, et sans qu'il soit véritablement pris en compte par le magistrat. Tantôt, plus banalement, il s'agit d'un défaut de maîtrise de la langue.

Ainsi, dans une audience relative à une demande de modification des mesures concernant un enfant de parents non mariés, le père, ivoirien, chez qui réside l'enfant, demande la réduction du droit de visite et d'hébergement de la mère. Celle-ci semble présenter des problèmes psychiques. L'enfant, lui, « évolue bien, sauf quand il revient de chez sa maman : ses notes chutent », explique le père. Il est question d'« enfant maudit », formule qui aurait traumatisé le petit. La juge demande : « D'où vient cette histoire d'enfant maudit ? » C'est la mère qui l'aurait traité de la sorte, répond le père. On en reste là. La juge se concentre sur un problème de nature procédurale : la requête ne mentionne pas la totalité des demandes du père, en particulier la demande de réduction du droit de visite de la mère. Il en résulte un risque de nullité de la décision. La juge conseille au père de saisir rapidement le juge des enfants et de la saisir elle à nouveau, en demandant cette fois l'autorité parentale exclusive et un droit de visite limité pour la mère.

Dans une autre affaire, la demande, introduite par la mère, porte sur le droit de visite et d'hébergement : répartition des jours de vacances, heures de retour de l'enfant, etc. C'est une des rares affaires à être traitées un peu longuement. Le fait que chacun des parents soit accompagné d'un avocat n'y est pas étranger. L'enfant est suivi en raison de problèmes psychologiques. Avocats, psychologue, style vestimentaire et hexis corporel des parents : on est devant un couple « intégré ». Par ailleurs, la mère demande une augmentation de la contribution du père, pour tenir notamment compte du fait qu'elle s'occupe de sa tante, en fait sa mère adoptive, invalide à 90 %. On peut imaginer qu'il s'agit là d'une forme « culturelle » de solidarité familiale. L'avocate de Monsieur estime que cela n'a pas à être pris en compte dans le calcul des charges. La juge n'émet aucun commentaire. On ignore ce qu'elle fera de cet élément.

Pour le reste, le principal marqueur culturel est la question de la langue. A plusieurs reprises on verra des justiciables ne maîtrisant que très sommairement la langue française – comme cette Marocaine confondant passé et présent au point de rendre incompréhensible un élément de sa défense – mais peut-être simplement aussi la langue du droit, telle cette autre Marocaine comprenant « résidence alternée » comme partage des jours de vacances, alors qu'elle pratique avec son mari, domicilié à deux pas de chez elle, une alternance informelle tout à fait paisible. A deux reprises seulement, on verra des justiciables se faire assister par un interprète.

Dans un des cas, il s'agit d'un divorce par consentement mutuel entre époux d'origine sénégalaise. Madame a 35 ans et 7 enfants, dont le dernier est né après l'introduction de la demande en divorce. Elle est accompagnée d'un interprète. Le juge lit l'essentiel de la convention, qui est traduite au fur et à mesure, et demande à la jeune femme si elle est toujours d'accord. Celle-ci opine deux ou trois fois en silence. Quand il est question du droit de visite (la résidence des enfants est chez elle), elle parle plus longuement, et le traducteur commence : « Elle dit que ce sont ses enfants à lui aussi... ». Mais le juge interrompt, abrège, tout n'a manifestement pas été traduit. Le juge explique ensuite à la jeune femme qu'elle va recevoir son mari, « ça ira vite, parce qu'il parle français », puis qu'ils reviendront tous les deux et qu'elle prononcera le divorce. Le mari se présente à son tour. Il parle français sans assistance. Le juge lui lit également la convention puis précise qu'elle la fera rectifier (vu la naissance du dernier enfant, la pension alimentaire doit être augmentée de 50 euros) : « Je vous le dis à vous. Je ne l'ai pas dit à Madame, parce qu'avec l'interprète c'est un peu compliqué. »

Par comparaison, on observera avec intérêt que l'affaire suivante, un autre divorce par consentement mutuel, entre deux jeunes Français, de très jeunes gens ayant vécu deux ou trois ans ensemble, sans avoir d'enfant, sera traitée d'une façon sensiblement différente. Le juge « bavarde » avec Madame, sur le ton de la discussion entre femmes, sur le thème « mieux vaut se rendre compte rapidement qu'on n'est pas bien ensemble », puis avec Monsieur, dont elle repère à sa coiffure qu'il est « métalleux » et qu'elle interroge sur différents groupes, ayant elle-même été initiée par sa fille... Les bonheurs de l'entre-soi français et des références communes, que ce soit à la musique ou aux nouvelles normes familiales. On notera à plusieurs reprises, pour cette magistrate du moins, une propension à se montrer plus loquace, plus communicative, voire plus explicative, quand elle s'adresse à des couples franco-français qu'à des couples étrangers.

*

A ce stade, on est frappé par le contraste entre les propos des magistrats – « la diversité culturelle apparaît surtout en matière familiale » – et les images récoltées au cours des audiences : la diversité – au sens de pratiques et valeurs différentes – apparaît relativement peu, que ce soit dans les attitudes ou dans les demandes des justiciables ; et quand elle se manifeste, elle n'est pas au centre du débat. Chez certains magistrats, on est même tenté de parler d'une prise en compte « inversée ». Les quelques rares moments où une juge se laisse aller à

bavarder apparaissent plus comme des moments de détente, bien nécessaires pour rendre supportables des audiences qui, commencées le matin, se terminent régulièrement à 15 h sans la moindre interruption, moments qu'elle prend plus volontiers, plus facilement, avec des justiciables proches... alors que le mouvement s'accélère lorsqu'elle a affaire à des justiciables maîtrisant mal la langue.

Cette rareté est de toute évidence à rapprocher de la nature même de la procédure de divorce. Les évolutions législatives vont dans le sens – assumé – d'une simplification en vue d'une accélération des procédures pour une « gestion » plus efficace de ce contentieux de masse. A Avignon, chaque audience (prévue en théorie pour durer une matinée) compte une bonne vingtaine de dossiers. « De la difficulté de concilier les intérêts des gens et le stock », commentera une juge à qui les parties demandaient un renvoi pour mieux accorder leurs demandes. A Créteil, chaque JAF doit « sortir » 32 dossiers par semaine. Chacun s'organise comme il le souhaite. Certains tiennent trois audiences, d'autres deux. Tout est fait, en définitive, pour que les affaires soient « expédiées ». Elles le sont, souvent le nez dans le dossier, alignant les chiffres, et cela d'une façon d'autant plus homogène que les demandes elles-mêmes le sont.

L'absence relative d'éléments culturels serait donc, parallèlement à cette première explication de nature organisationnelle, attribuable au fait que les populations immigrées sont en réalité de plus en plus « intégrées ». On est ramené à ce qui était évoqué en matière pénale : « la » culture n'a rien d'homogène ni de figé.

En définitive la diversité culturelle « n'intéresserait » les juges, ne les ferait réagir que quand il s'agit d'appliquer un autre droit. Quand elle se manifeste de façon « informelle », ils ont plutôt tendance à l'éviter... ou alors à la stigmatiser. On en revient à ce qu'on a observé dans le procès pénal : une vision essentiellement négative, critique, méfiante, de la diversité.

2. LA DIVERSITE CULTURELLE : VENIR D'AILLEURS

La seconde catégorie de situations « marquées culturellement » ne renvoie pas à des pratiques ou des habitudes supposées venues d'ailleurs, importées dans le pays d'accueil et venant se heurter peu ou prou aux coutumes ou aux règles locales inscrites dans le droit mais à la situation d'immigré en tant que telle. La

dimension culturelle se double alors ou est supplantée par une problématique géographique, aux implications pratiques (2.1), et une problématique administrative, posant la question du détournement de certaines institutions (2.2). Ces situations ne font pas l'objet de longs développements dans les entretiens avec les magistrats. C'est en assistant aux audiences qu'on en prend mieux la mesure.

2.1. Etre d'ici et d'ailleurs

Très banalement, d'abord, être étranger en France (ou en Belgique), c'est venir d'un autre pays, avoir des attaches dans un autre pays. Une JAF évoque le risque que cela comporte, lors de la séparation du couple parental.

« Ce qui se pose, c'est souvent la crainte des mères, quand il y a un élément d'extranéité, de voir partir durablement leurs enfants. On a un texte qui nous permet de faire inscrire sur le passeport de l'enfant et des parents que l'enfant ne pourra sortir du territoire national qu'avec l'accord exprès des deux parents, ce qui permet de prévenir... Mais de fait, si ce texte existe toujours – c'est l'article 373-2-6 –, avec l'introduction des passeports numérisés, il est impossible de mettre cette mention dorénavant. Il existe un système d'opposition qui passe par le biais de la préfecture [...] » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Avignon).

Que fait le juge, face à ces situations ? La même JAF poursuit :

« Face à ça, c'est très difficile de statuer. Parce que moi, j'estime que ça peut être un enrichissement d'aller dans la famille, il n'y a aucun problème, au contraire. Si vous voulez, on ne peut pas se baser sur une crainte virtuelle. Et ça, ce n'est pas facile du tout, parce qu'on est face à la fois... au principe de précaution, des enfants tout petits... Alors moi, je considère que des gens qui ont fait leur vie sur le territoire national, qui souvent sont nés en France, qui ont en effet de la famille à l'étranger... cette interdiction, je ne la formalise dans une décision que s'il existait un risque que l'enfant soit éloigné durablement. [...] Mais il y a de plus en plus de crainte. Je sens de plus en plus de crainte » (JAF et juge de l'état des personnes, Avignon).

La question se pose, en effet, lors des audiences. L'une d'elles concerne les mesures relatives aux enfants d'un couple non marié. C'est la femme qui est demanderesse. Les conjoints ont mis leur projet d'accord, détaillé, par écrit. L'audience sera néanmoins assez longue : les rapports sont tendus, entre une mère discutant le moindre détail, imaginant toutes les entorses possibles aux

accords, feuilletant le petit carnet dans lequel elle a consigné toutes ses inquiétudes, et un père qui s'énerve, supportant de moins en moins l'attitude de son ex-conjointe. La question des passeports sera évoquée, parmi bien d'autres :

- Le juge : Autre chose, Madame ?

- Oui, il faut que nous donnions tous les deux notre accord pour que les enfants quittent le territoire.

- Vous êtes de quelle nationalité ?

[Ils sont français d'origine algérienne. Elle explique qu'elle ne peut pas passer la douane si elle n'a pas son accord à lui.]

- C'est la loi algérienne. Je ne peux pas demander à l'Algérie de faire inscrire sur les passeports de vos enfants qu'ils ne peuvent quitter le territoire français sans l'accord des deux parents.

Dans l'affaire suivante, soumise à la même magistrate, c'est le père, français, qui demandera que soit indiqué sur le passeport de la mère, béninoise, que leur enfant ne peut quitter le territoire français sans l'autorisation des deux parents. On observe que c'est à ce moment seulement de l'audience que le juge leur demandera quelle est leur nationalité.

Dans une autre affaire, où la mère demande des modifications aux mesures provisoires, avant divorce, relatives à leur fille, l'avocate prend la parole :

- C'est Monsieur qui a les passeports des enfants. Donc si Monsieur veut aller dans son pays... pardon, son pays d'origine, je ne veux pas être péjorative... De même pour les carnets de santé : c'est Monsieur qui les a.

- Le juge : Le carnet de santé, l'idéal est de le donner à chaque changement. Avec les passeports.

[Madame intervient pour dire qu'elle a voulu récemment aller passer cinq jours au Maroc avec sa fille, et que Monsieur a refusé.]

- Le juge : Il ne faut pas que le passeport soit un moyen de vous pourrir la vie. Et quand vous partez il faut que l'autre sache où vous êtes.

Dans une affaire jugée à Avignon, la distance géographique est à l'origine du différend conjugal (au moins en partie).

Madame est réunionnaise. Elle parle très bien le français. C'est elle qui demande le divorce. Le couple a un enfant en bas âge. Elle demande le logement (qui était le sien à l'origine, son mari ayant de la famille dans la région, à la différence d'elle), le véhicule, la garde de l'enfant avec un droit de visite classique, et une pension de 80 euros par mois. Elle souhaite que son mari quitte sans délai le domicile conjugal.

Monsieur se présente ensuite. Il n'est pas d'accord pour divorcer. Il parle nettement moins bien le français que sa femme. Il explique qu'elle veut aller vivre à la Réunion. Lui non : la vie y est trop chère et il a un travail ici. Elle demande le divorce parce qu'il refuse de la suivre là-bas.

A propos du domicile : Je vais aller où ? C'est moi qui paye tout.

Sentiment de malaise : la juge ne veut pas entendre son histoire, elle cherche uniquement à réunir les éléments nécessaires pour prendre les mesures provisoires. Elle ne lui explique pas vraiment les choses, peut-être pour accélérer l'audience (il est 15 h et l'audience s'est déroulée depuis 8 h 45 sans interruption). Elle pose les questions sans écouter ce que Monsieur lui raconte et enchaîne : On verra avec l'avocat.

En ce qui concerne le véhicule : C'est moi qui l'ai acheté. Je lui ai demandé de faire les papiers à mon nom, je lui ai fait confiance, elle a mis les papiers à son nom à elle.

Quant à l'enfant : Mon fils, c'est tout pour moi. Elle fait tout comme si c'était décidé qu'elle va partir.

La juge l'interrompt à nouveau. Elle insiste pour avoir des réponses à ses questions pratiques. Lui, il voudrait voir son fils le soir. Elle, elle pousse vers le droit de visite classique. C'est à vous de voir, moi je ne sais pas.

On passe aux revenus et charges... au pas de charge toujours. On va discuter ça avec vos avocats. Elle ne l'écoute pas quand il parle d'autre chose.

Il demande que la mère n'ait pas l'autorisation d'emmener leur enfant hors de France.

- Mais la Réunion, c'est la France, dit la juge. Qui continue (pour se rattraper) en disant que la mère ne peut pas partir comme ça, parce que la justice française s'exerce aussi à la Réunion.

Les deux époux se retrouvent ensuite devant la juge, chacun avec son avocat. L'avocate de Madame évoque des violences perpétrées par Monsieur et réitère les demandes de sa cliente.

L'avocate du mari demande de rajouter l'interdiction de sortir du territoire métropolitain sans l'accord du père.

Madame explique qu'une fois divorcée elle voudrait rentrer à la Réunion, qu'elle lui « enverra son fils » pendant les grandes vacances. Elle ne veut pas « rester en France pour lui faire plaisir ».

Au dernier moment l'avocate de Monsieur signale, oh surprise, que Madame est enceinte (de son mari)... et qu'elle est « un peu ambivalente ». Je sais bien qu'il est tard, dit l'avocate, que c'est le dernier dossier, mais la situation est compliquée.

2. 2. Vouloir venir d'ailleurs

L'observation des audiences – de conciliation, puis d'état des personnes – a mis en évidence une seconde catégorie de situations liées au statut d'immigré : celles où le lien familial se trouve, dans une certaine mesure, instrumentalisé à des fins d'établissement sur le territoire français (le même type de situations est évoqué par les magistrats belges). On voit là, à partir des affaires familiales, l'intérêt de se pencher également sur les questions d'état des personnes. On approche surtout une question nouvelle, effleurée lors de l'observation du procès d'assises : celle des relations entre le domaine du droit privé (droit de la famille) et celui du droit public (droit des étrangers).

Devant le JAF, d'abord, on observe qu'un certain nombre de demandes en divorce ont pour origine le fait que le mariage n'avait pour enjeu que l'obtention, par l'un des deux époux, d'un titre de séjour. L'enjeu n'est pas ici de l'ordre de la différence culturelle : c'est la trajectoire migratoire des justiciables et les stratégies qui vont avec qui apparaissent. Dans certaines affaires, c'est évident : généralement lorsque l'autre époux ne s'est rendu compte qu'après coup des véritables intentions de son conjoint. Ainsi cette épouse qui se présente seule à l'audience de conciliation. Son avocate indique : « Madame n'a plus de nouvelles de Monsieur depuis qu'il a ses papiers. » Madame précise : « Lui, il vient du Maroc. On était hébergés chez mes parents. » La question ne sera pas approfondie par la juge. La demande est enregistrée, sans qu'il soit en l'occurrence nécessaire de s'arrêter longuement à des mesures provisoires : Monsieur a disparu, Madame habite toujours chez ses parents. A la fin, l'avocate, « vu la situation », envisagera un éventuel divorce pour faute, plutôt que sur séparation. Dans une autre affaire, « on ne sait pas où est Monsieur »... En audience de conciliation, le juge n'en demande pas plus.

Autre affaire, à Créteil : une demande en divorce par consentement mutuel. Madame, née à Mostaganem, la petite quarantaine, parle un français un peu hésitant. Voilà six ans et demi qu'elle attend de pouvoir divorcer. Le mariage a eu lieu en 2004, son mari est parti un mois plus tard. Elle voulait engager un divorce pour faute, pour obtenir des dommages et intérêts. Lui a fait blocage. Ils ont fini par se mettre d'accord pour un divorce par consentement mutuel. La juge lit la convention, lui demande si elle veut reprendre son nom de jeune fille. Puis : « En gros vous voulez refaire votre vie tranquillement, débarrassée de ce mariage. » Vient le tour de Monsieur, né en Egypte. La juge parcourt à nouveau

la convention. Elle explicite la notion de donation entre époux. Le mari est d'accord sur tout, ça va assez vite. Commentaire, off, de la magistrate :

« Là on est très loin de l'audience d'avant [*entre Français, très conflictuelle*], c'est complètement lisse. Madame a un look très occidental. Il s'est peut-être marié pour les papiers, là. Mais ça n'a pas été dit, c'est peut-être une simple incompatibilité d'humeur. Et impossible de le savoir, le dossier ne contient que les conventions » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Créteil).

Une autre magistrate évoque quant à elle, les indices qui peuvent laisser pressentir cette problématique, parfois de véritables mariages blancs :

« ... On peut le voir, on le pressent – alors là, ça ne nous est pas dit comme ça – mais on le pressent dans des divorces par consentement mutuel : des mariages qui ont duré très peu de temps, des différences d'âge, des... » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Avignon).

A Avignon, une dame algérienne demande le divorce : elle a fait ce qu'elle croyait être un mariage d'amour, mais elle découvre que le mari avait pour seul but d'obtenir des papiers. Il est parti aussitôt qu'il les a eus. Ils sont restés trois mois ensemble. Le mari a disparu. L'avocate explique qu'elle n'a pas pu obtenir l'annulation du mariage, faute d'éléments suffisants. Pour les mesures provisoires, ça va très vite : le domicile conjugal lui est attribué. « Ce sera un divorce pour altération définitive », conclut la juge.

Une JAF confirme que ce type de situation donne lieu non seulement à des divorces mais également à des demandes en nullité du mariage. La difficulté réside alors dans la preuve de l'absence de volonté matrimoniale. Les juges sont ainsi dans la situation de devoir distinguer les « mariages d'amour » et les autres. Pour cela, ils s'appuient sur des éléments factuels du dossier (la temporalité de la vie commune, l'âge des époux, comparé aux normes conjugales majoritaires) et sur ce qu'ils peuvent observer au cours de l'interaction la scène judiciaire, comme l'exprime cette magistrate :

« L'histoire du mariage arrangé pour avoir des papiers, ou la nationalité française, on le voit dans les annulations de mariage. C'est-à-dire qu'il y a une demande d'annulation de mariage, formulée par un des époux, parce que celui-ci estime que le mariage... il y a une absence de consentement au mariage, le "oui" étant dit en fait pour avoir des papiers. [...] Bon, alors, avant que ce soit démontré, ce n'est pas facile du tout » (juge aux affaires familiales, Avignon)

« C'est très délicat, parce qu'il faut établir qu'il n'y avait pas de volonté matrimoniale. Comment fait-on ? On regarde comment la personne s'est comportée et on en déduit qu'au jour J, il ne s'est marié que dans l'intention

d'avoir des papiers et pas dans celle de fonder une famille. C'est quelquefois très nébuleux. Parfois c'est simple, parce qu'il n'y a eu ni consommation, ni cohabitation. Là, on est à peu près certain que c'était ça. Mais souvent on a affaire à des situations beaucoup plus nuancées... Mais de toute façon la charge de la preuve revient au demandeur. Ou c'est clair et net, ou non, et alors c'est forcément un rejet. Ce sont des actions qui ne sont pas faciles à conduire, à l'inverse des actions pour bigamie.» (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Créteil)

Un exemple, à Créteil :

Madame est française, Monsieur algérien et a dix ans de moins qu'elle. Ils vivent ensemble dans le Val-de-Marne, se marient, décident de s'installer dans le Tarn. Mais le jour où Monsieur obtient son titre de séjour, raconte l'épouse, il change de comportement, l'insulte, la menace. D'où la demande en annulation, assortie de 2000 euros de dommages et intérêts, pour absence de volonté de vie commune. Monsieur refuse et demande 2000 euros pour préjudice moral : il y a volonté de vie commune, la volonté de séparation vient de son épouse. En outre, selon Madame, Monsieur serait marié (en instance de divorce) et aurait deux enfants en Algérie.

Pendant un moment la juge se dit que l'existence de cet autre mariage serait bien pratique pour obtenir la nullité : il y aurait bigamie, mais il s'avère que le divorce avait été prononcé avant le mariage français.

La nullité c'est difficile quand il y a eu cohabitation.

La bigamie, grand classique des discours communs sur la « diversité culturelle » est évoquée ici comme argument technique, plus que culturel.

Au-delà de l'argument juridique de l'absence de consentement, l'annulation du mariage peut poursuivre deux objectifs. L'un se situe dans le même registre « instrumental » que le mariage contesté : l'époux lésé veut se venger, or il sait que l'annulation du mariage aura pour effet, pour son conjoint, la perte du titre de séjour. L'autre motif nous ramène à la dimension culturelle au sens strict (ou initial) : la nullité efface totalement le mariage, qui est supposé n'avoir jamais eu lieu, alors que le divorce, comme on l'a vu, laisse une trace, il entache l'honneur de la famille.

« Plusieurs hypothèses, toutes assez intéressantes humainement. Une dame qui souffre de solitude, part en Tunisie, est courtisée par un Monsieur de là-bas, elle se marie avec lui puis se rend compte qu'il ne l'a épousée que pour avoir un titre de séjour. Il y a aussi l'hypothèse des Français d'origine de là-bas – garçons ou filles – qui passent leurs vacances au bled, se marient là-bas, reviennent ici avec la personne et la personne, finalement, c'est pareil. Ce sont des mariages arrangés, ça réussit plus ou moins. Et la vengeance de celui qui se sent floué c'est d'obtenir la nullité parce que qui dit nullité dit perte du titre de séjour.

« Parfois aussi [la nullité est préférée au divorce]. Le couple n'a pas trop marché et ce serait mieux vis-à-vis de la communauté. Il y a toutes sortes de subtilités là-dedans. Là, pour le coup, vraiment l'influence du culturel est importante. Parce que souvent les familles s'arrangent entre elles. C'est poignant, parce que vous sentez que les jeunes sont un peu l'otage de leur famille. [...] On marie les jeunes, avec l'arrière-pensée que ta petite Aïcha ou mon petit Mohamed régularisera sa situation et en fera profiter les autres. [...] Donc les malheureux, on sent bien leur conflit de loyauté. La famille du « Français » veut obtenir la nullité parce qu'elle se sent flouée. Là où le jeune se contenterait tout à fait d'un divorce pour reprendre sa petite vie et enfin pouvoir faire ce qu'il veut, eh bien non, on le fait aller à la nullité de mariage. On sent que derrière il y a le clan familial » (juge civil, état des personnes, Créteil).

Toutes les situations ne sont pas limpides. Il arrive que l'argument du mariage « pour les papiers » soit avancé par un époux dans une situation moins évidente. Ainsi dans une affaire jugée à Avignon. Le contraste entre les époux est frappant : elle toute pimpante, maquillée, parlant un français impeccable, lui plus effacé et maîtrisant plus difficilement le français. Le mari n'a pas de titre de séjour. Mais ils sont mariés depuis 3 ans, et ont une petite fille.

Madame comparait d'abord. Elle confirme sa volonté de divorcer.

La juge vérifie le domicile. Madame a déménagé. Il n'y a plus de domicile conjugal.

- JAF : Je vais statuer sur les mesures relatives à l'enfant.

Elle l'interroge sur ses ressources et charges. Salaire, loyer, APL. Un crédit auto. J'en ai eu besoin parce que mon mari a cassé la voiture. Il m'a agressée.

Elle explique alors qu'il l'a épousée et a eu un enfant avec elle uniquement pour obtenir des papiers. Il ne s'est jamais intéressé à sa fille.

- JAF : Que souhaitez-vous pour l'enfant ?

- Je veux qu'il ne s'approche ni de moi ni de la petite. Son intérêt n'était pas de fonder une famille. Lui, ce qui l'intéresse, c'est d'avoir de l'argent à envoyer au Maroc. Il n'assume rien du tout. Il gagne 1600 euros et envoie chaque mois 1000 euros au Maroc. Il appelle sa famille en croyant que je ne comprends pas la langue, mais moi je comprends toutes les langues de là-bas, le berbère, l'arabe...

- En ce qui concerne le droit de visite : vous avez tous les deux l'autorité parentale. Vous ne souhaitez pas de droit de visite et d'hébergement ?

- Non, je veux qu'il ne touche pas à ma fille. Il la veut pour se venger, il va l'emmener au Maroc.

Le mari se présente à son tour devant la juge.

- JAF : Votre épouse veut divorcer et maintient sa demande. Quelle est votre position ?

Au début, on comprend difficilement ce qu'il dit. Il parle mal le français, et articule à peine. Il veut divorcer. Il est question de fausse couche, d'enfant désiré, de mariage qui dure depuis un certain temps. Il décrit la petite fille comme agressive et attribue cela au fait que sa mère la frappe.

- JAF : La mère a une autre version. Elle dit que vous vous êtes marié pour les papiers.

Il reprend la parole, explique qu'elle l'a mis dehors, lui a brûlé ses papiers...

La JAF l'interrompt. Il redit qu'il veut divorcer.

Quant à sa situation professionnelle, il dit ne pas pouvoir travailler : Vous connaissez des gens qui embauchent des sans-papiers ? La juge insiste, ne le croit visiblement pas. Elle lui dit que son épouse demande 200 euros de contribution pour la petite fille.

- Je ne travaille pas, c'est trop.

- Combien pourriez-vous donner ?

- 100 euros.

- Est-ce que vous demandez à voir votre fille ?

- Elle m'a dit que même si le juge me donnait un droit de visite, je ne la verrais pas.

Il ajoute que cela fait trois fois qu'ils entament des démarches pour divorcer.

Les deux conjoints (et leurs avocats) comparaissent ensuite ensemble.

La juge reprend la situation des parties, les ressources et charges de Madame. Son avocate confirme. Idem pour Monsieur. Elle rappelle les montants demandés/proposés pour la contribution.

L'avocate de Madame précise un point de procédure : les requêtes ont été déposées par les deux avocats. Il faut donc joindre les procédures.

Elle présente l'affaire comme « un dossier conflictuel où on va se disputer la garde de l'enfant ». Madame, dit-elle, a l'impression que Monsieur se sert de l'enfant pour régulariser sa situation. Il ne paie aucune contribution. Tout ce qu'il a versé – juste avant l'audience... – c'est en fait la prime pour l'emploi de Madame qu'il avait perçue lui. Il lui a remis un autre chèque fin octobre (leur séparation date de février), mais elle n'a pu le toucher. Il y a beaucoup de violences.

- JAF : On n'est pas sur les griefs.

- Oui, mais c'est nécessaire pour expliquer le contexte. Monsieur veut uniquement régulariser sa situation. Il ne voit pas la petite. Il va vous montrer des photos, mais vous verrez, elles sont anciennes. On demande aujourd'hui l'autorité parentale exclusive. Quant au droit de visite et d'hébergement, Monsieur n'a pas de domicile. On craint pour la sécurité et la santé de la petite. Donc nous souhaitons qu'il n'y ait pas de droit de visite et d'hébergement. La pension alimentaire de 200 euros, vous apprécierez. Un enfant de 2 ans, ce sont des frais, il faut beaucoup... de lait (*sic*).

Quant à l'autorité parentale, l'avocate se réfère à un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, ayant accordé l'autorité parentale exclusive dans une affaire similaire (de mariage en vue des papiers).

Elle précise également que le tribunal administratif est saisi de la situation de Monsieur et devrait statuer prochainement (sans préciser le motif).

L'avocat de Monsieur prend la parole.

- Vous avez compris que les deux versions sont totalement différentes. Les époux ont eu une vie commune chaotique, relativement longue. Il y a eu trois ruptures. (*Il reprend en substance ce que Monsieur disait au début.*) C'est important parce que cela veut dire que Monsieur s'est occupé de sa fille. La mère l'a laissé faire au début. Madame n'arrête pas d'écrire à la préfecture en leur disant "Expulsez mon mari." Il ne s'agit pas d'un mariage blanc. Un divorce au bout de trois ans de vie commune, c'est fréquent. Monsieur est d'accord pour divorcer, alors pourquoi refuse-t-elle de signer le PV ?

La juge l'interrompt : Quelle est sa demande ?

- Il demande un droit de visite. Même s'il y a des difficultés. J'ai confiance dans la décision du TA. S'il n'est pas expulsé, on devra lui donner son titre de séjour, au nom du fait qu'il est le père d'un enfant français.

La juge demande à voir les photos « pour évaluer la situation ». On voit la photo de la petite, souriante, posant avec son père et un autre homme. Pour la juge, ce n'est pas une photo si ancienne.

Elle ajoute qu'elle va demander une enquête sociale (pour le droit de visite, étant donné que le père n'a pas de domicile).

L'avocat de Monsieur reprend : la situation est difficile en raison de l'attitude de Madame (ses demandes à la préfecture).

La JAF s'adresse à l'épouse : Le séjour irrégulier, c'est une chose. La relation père-enfant est une chose différente. Ce n'est pas parce qu'il est en situation irrégulière qu'il n'a pas le droit de voir sa fille. Vous le saviez, qu'il n'avait pas de papiers.

- L'avocate de Madame : Il en avait. (*Ils sont périmés.*)

- Madame : Je refuse de lui donner la petite à cause des violences régulières. (*On a l'impression qu'elle se raccroche à tous les arguments possibles.*)

- JAF : Je vais demander une enquête sociale et accorder un droit de visite dans un lieu neutre, pour vous sécuriser, Madame. Ce sont des mesures provisoires, pour trois mois : contribution de 100 euros, autorité parentale conjointe, droit de visite dans un lieu neutre. Et on se revoit dans quelques mois pour faire le point. Madame, ce n'est pas parce que vous divorcez... c'est le père de votre enfant. Même si vous avez des griefs...

- Le mari : non.

- L'avocat du mari : mais si, elle a des griefs, sinon elle ne demanderait pas le divorce.

(NB Monsieur connaît-il le sens du mot « grief » ?...)

La juge suggère ensuite à l'avocate de Madame de demander l'interdiction de quitter le territoire. Elle ne peut demander que ce soit inscrit sur le passeport (étranger) du père, seulement sur celui de la mère. La juge va prononcer l'interdiction de sortir du territoire sans l'accord des deux parents.

Elle précise ensuite les conditions du droit de visite.

Une nouvelle audience est fixée.

Commentaire de la juge : Elle veut le divorce pour faute parce qu'elle veut se venger. Elle savait qu'il y avait un problème de papiers. Les mères, il faut qu'elles assument.

Ici, si l'on retient l'interprétation de la juge, ce n'est pas l'institution du mariage qui est instrumentalisée (pour obtenir un titre de séjour), mais la procédure judiciaire elle-même (pour obtenir vengeance). La dimension publique de l'affaire est mise au service des intérêts privés de la demanderesse.

Une affaire comparable donnera lieu, à Créteil, à une demande en annulation du mariage. La demande, introduite plus de six ans après le mariage, est fondée sur l'article 180, alinéa 2 du code civil : erreur sur les qualités substantielles de la personne. Madame a découvert, tardivement, un document concernant le refus de régulariser le séjour de son époux. Divers aspects de son comportement – absences répétées, refus de signer le bail du logement commun, non-contribution aux charges du ménage rendent douteuse son intention de vie matrimoniale. Les plaidoiries des deux avocats – chacun donnant « sa » vision des différents éléments – laissent deviner une situation complexe, où rapports humains et questions administratives sont inextricablement mêlés. D'ailleurs, le procureur, perplexe, « s'en rapporte » (à la décision du juge)...

A une remarque de la juge assesseur, qui dit « avoir l'impression que Créteil bat les records de demande de nullité de mariage », la substitute répond qu'il y en a, dans cette juridiction, environ trois par mois.

Assister à ces audiences a permis d'observer d'autres formes d'association entre lien familial et immigration. Les demandes en question concernent cette fois des enfants. Elles sont de deux types. Le premier s'apparente aux demandes en nullité de mariage, ce sont des demandes en annulation de reconnaissance de paternité au motif, identique, que ces reconnaissances auraient été effectuées exclusivement en vue de l'obtention d'un titre de séjour. Soit une autre façon de détourner une institution, la filiation cette fois.

Une de ces actions est introduite par le parquet : le « père » dont la paternité est contestée aurait reconnu six enfants de six femmes différentes. Il a été dénoncé par un membre de la famille de l'enfant. La reconnaissance a donné la nationalité française à la petite fille et entraîné la régularisation de sa mère, originaire du Congo.

Le second type peut moins facilement être qualifié de détournement d'une institution : ce sont les demandes d'exequatur de décisions de délégation d'autorité parentale ou de *kafala*. La *kafala* est une institution de droit musulman par laquelle un enfant est confié à un membre de sa famille, qui s'engage à l'élever, à subvenir à ses besoins, sans pour autant que soit rompu le lien de filiation l'unissant à ses parents d'origine. Dans ces affaires on voit des enfants, maghrébins ou africains le plus souvent, être confiés à un membre de leur famille résidant en France. L'une des conditions d'obtention de l'exequatur est la confirmation que la décision correspond bien à l'intérêt de l'enfant. La formulation de cet intérêt est sans équivoque. Ici, pour l'exequatur d'une délégation d'autorité parentale :

« L'enfant est venu en France parce que ses parents souhaitaient lui donner un autre cadre de vie. C'est un étudiant brillant. Ils voulaient lui donner une chance dans la vie. Eux-mêmes n'en avaient pas les moyens » (juge rapporteur, audience d'état des personnes, Créteil).

Quelques remarques incidentes des magistrats, ou des avocats, relevées pendant l'examen de ces affaires, ouvrent un autre champ d'interrogation : si les justiciables utilisent les relations familiales, les institutions de droit privé pour contourner des règles de droit public, comment les magistrats eux-mêmes se situent-ils ?

L'avocat de la mère congolaise considère la régularisation de celle-ci, via la reconnaissance paternelle, comme un « effet secondaire ».

« Il n'y a pas d'autre papa, même si le père et la mère ont pu avoir d'autres relations. Je serais gêné que pour des motifs de police des étrangers on prive cette

petite fille d'une filiation qui est plausible » (avocat, audience d'état des personnes, Créteil).

Dans une demande d'exequatur d'un jugement de garde concernant une enfant née à Haïti, la représentante du parquet se montre « plus que réservée » : quelle est exactement la portée de l'ensemble des actes ? se demande-t-elle. Outre un problème d'authenticité des actes, s'agit-il d'une délégation d'autorité parentale ou seulement d'une fixation de résidence ? Certes, la petite « traînait dans la rue après le séisme », sa mère a des problèmes psychologiques, et elle a la chance d'avoir une grand-mère en France. « Je ne méconnais pas la dimension humaine, explique la représentante du parquet. Je ne veux pas être agent de poursuite. Je suis le ministère public, je ne suis pas le préfet. »

Dans une demande d'exequatur de *kafala*. L'enfant, marocain, est confié à sa sœur aînée et au mari de celle-ci, résidant en France.

« L'intérêt de l'enfant, c'est que les parents n'ont pas les moyens de subvenir à ses besoins. Or il a des ambitions professionnelles. Donc son intérêt est évident. Parfaitement respecté par des personnes qui ont suivi une procédure régulière... à l'inverse de ce qu'on voit parfois au tribunal correctionnel. » *Et la présidente de répondre* : « Notre travail est de faire de l'exequatur, pas de la lutte contre l'immigration. »

La substitute, quant à elle, émettra un avis réservé, observant qu'il s'agit d'un enfant de 16 ans, qui a toujours vécu dans son pays d'origine et va arriver en France alors qu'il est adolescent.

*

La question des rapports entre état des personnes (mariage, filiation...) et immigration ne fait l'objet, dans les audiences observées, que de remarques éparses. Dans les entretiens, les magistrats français n'évoquent pas spontanément le sujet. Interrogée, l'une d'entre eux constate que « l'ambiance est à la poursuite ».

« Je ne questionne pas les collègues du parquet pour savoir comment ils vivent ça. Peut-être que maintenant ils ont des instructions. [Il y a une vingtaine d'années] on poursuivait, mais on n'était quand même pas... comment dire ça... il y avait une forte tradition juridique. L'idée était quand même bien acquise, même à la Chancellerie, que ce qui était branlant, ce qui n'était pas net, on avait le droit de le laisser de côté. Je ne sais pas si aujourd'hui c'est le même esprit. Et par délicatesse j'évite de poser la question. Parce que certains collègues, il ne faut par

leur donner l'impression qu'ils sont des vendus à l'exécutif » (juge aux affaires familiales et juge de l'état des personnes, Créteil).

A Bruxelles, une magistrate spécialisée en état des personnes évoque un recours introduit devant le tribunal contre une décision de l'officier d'état civil refusant l'enregistrement d'un jugement d'adoption. Elle s'interroge :

« Il y a refus d'enregistrement notamment lorsqu'on s'aperçoit que des parents ont laissé adopter leur enfant pour lui assurer un meilleur confort de vie que celui qu'ils pouvaient leur donner, par exemple aller vivre chez une tante plus riche, qui vit à l'étranger. Est-ce qu'on peut utiliser l'institution de l'adoption pour ça ? Mais par ailleurs, l'adoption n'a pas le même sens dans toutes les cultures : pour certains, être élevé par sa tante revient au même qu'être éduqué par sa mère » (juge civil, état des personnes, Bruxelles).

Elle-même et l'autre présidente de chambre spécialisée constatent toutes deux le lien – en général et particulièrement en matière d'état des personnes – entre les politiques et le contentieux porté devant la justice.

« Il y a des choses qui changent aussi dans la mesure où il y a des politiques qui changent. Vous trouverez maintenant en correctionnelle beaucoup de procès pour des enfants qui auraient été abusés. [...] Même chose pour les femmes battues. Même chose pour les apatridies : avant il n'y en avait pas. Peut-être même pas une par an. A un moment donné, ça a été la déferlante, maintenant il n'y en a plus beaucoup. [...] On essaie de comprendre... Ça peut être différentes choses. Premièrement, l'apatridie c'était souvent la dernière porte de sortie [*pour obtenir le droit au séjour*]. On essayait réfugié, puis ça ne marchait pas, les procédures continuaient, et puis finalement les gens disaient "mais non, je suis apatride". C'était un peu la dernière chance. Et puis... maintenant, comme il y a beaucoup de personnes qui sont régularisées, elles introduisent la demande mais ne poursuivent pas, et elles sont régularisées dans le cadre d'autres démarches. [...] Il y a des pics, comme ça, c'est très étrange. Mais c'est intéressant, au fil du temps, parce que c'est très varié » (juge civil, état des personnes, Bruxelles).

« A Bruxelles, on a la chance d'avoir des chambres spécialisées, on voit les évolutions. Quand le procureur s'attaque aux mariages blancs, on voit apparaître une autre institution, un mouvement dans les contentieux, ou dans les filières. C'est un contentieux qui bouge en fonction de la société. C'est un contentieux très technique, mais qui est aussi en interaction avec plein d'autres choses » (juge civil, état des personnes, Bruxelles).

Une avocate spécialisée en droit des étrangers établit le lien de façon plus explicite encore, et ouvre des perspectives qu'il serait intéressant d'approfondir. Pour elle l'instrumentalisation de l'état des personnes est directement,

étroitement liée à la politique d'immigration. En Belgique, en l'occurrence, le regroupement familial est le principal moyen d'obtenir un titre de séjour.

« La force des syndicats pour empêcher l'immigration de s'ouvrir sur le plan économique fait qu'on a toujours été très dur pour donner des permis de travail (ou d'immigration comme indépendant) et toujours très large pour les regroupements familiaux, sans du tout prendre la mesure de ce que ça allait créer comme problèmes. Mais donc le regroupement familial est vraiment la porte de l'immigration pour la Belgique. [...]

« Mais ça veut dire aussi que la pression sur le regroupement familial est massive. En effet, il y a énormément de gens qui sont entrés au titre du regroupement familial : par mariage, mais aussi des parents : comme on est très dur pour les visas touristiques, le parent qui veut venir dire bonjour à son gosse ou celui qui veut venir se faire faire un bilan de santé, demande le séjour (plutôt qu'un visa touristique). Il finit par l'obtenir, maintenant de moins en moins parce qu'on s'est rendu compte à quel point c'était une porte ouverte, et pas une porte ouverte pour des travailleurs, une porte ouverte pour des gens qui n'ont pas de revenus... » (avocate, droit des étrangers).

En d'autres termes, ce n'est pas l'institution du mariage qu'il importe de protéger...

« ... tout ce contexte de diversité culturelle, et d'interprétation des jugements et des politiques de l'administration, on ne peut pas l'abstraire du fait qu'on est en contexte de migration. Pourquoi on s'attaque tellement à ces mariages arrangés ? Parce que ça permet un séjour, sinon tout le monde s'en fout, à tort ou à raison » (avocate, droit des étrangers).

Ce qui n'empêche pas la « culture » au sens initial donné à ce mot de réapparaître... sous une forme, là encore, plus complexe :

« Les conséquences de cette immigration qui est très large, c'est notamment la recreation d'un monde réactionnaire et étranger : pas seulement les conjoints – qui n'apprennent pas la langue, qui ne savent pas surveiller les devoirs, qui restent entre eux, etc. – le problème ce sont surtout les parents. L'immigration turque et marocaine en Belgique, ce sont des gens qui viennent de la montagne et de la campagne, et là c'est la féodalité. Un Marocain de Casablanca et un Marocain du Rif ce n'est pas la même chose. J'ai beaucoup de respect pour mes clients du Rif, mais on transplante un mode de vie féodal dans les métropoles d'Europe et on s'étonne que les gens se replient sur eux-mêmes. Et on s'étonne aussi que la belle-mère foute en l'air le mariage et le ménage du fils... » (avocate, droit des étrangers).

*

L'observation des audiences de JAF et d'état des personnes permet de donner corps à l'hypothèse émise à l'issue du procès pénal, selon laquelle il convenait de déplacer le regard sur « la culture ». On voit d'une part se renforcer l'intégration d'immigrés dont la culture de ce fait se complexifie : se rapprochant des nationaux sur certains points, ils se trouvent par ailleurs, parfois, en porte-à-faux avec les membres – plus âgés – de leur communauté. On voit aussi, comme le démontrent Barbara Truffin et François Laperche (2011) considérant « le complexe mouvement de va-et-vient entre les stratégies étatiques et les tactiques des familles transnationales s'y adaptant », à quel point la question des rapports familiaux dans les familles à composante migratoire ne peut être pensée en faisant abstraction des politiques migratoires que développent les pays d'accueil.

FRANCE-BELGIQUE : DE L'APPLICATION DU DROIT A SA PRODUCTION

La dimension comparative de la recherche avait pour objectif de tester l'hypothèse d'une spécificité française dans la façon dont les magistrats abordent la diversité culturelle. Deux systèmes judiciaires comparables, tant sur le plan de l'organisation d'ensemble que sur celui du droit appliqué, se distingueraient par l'influence d'un contexte socio-politique différent : l'égalitarisme républicain expliquerait, en France, le peu d'appétence, devant les tribunaux comme ailleurs, pour une prise en compte de la diversité, alors que le caractère pluriculturel de la Belgique, la culture du compromis qui en découle, joints à une plus grande sensibilité aux thèses anglo-saxonnes auraient des répercussions non seulement sur la littérature scientifique (*cf.* chapitre 2) mais également sur les pratiques des magistrats.

Les entretiens réalisés ont conduit à l'abandon de cette hypothèse, vite invalidée. Si les magistrats belges semblent parfois éprouver moins de difficulté à aborder la question qui leur est posée, ils n'apparaissent en définitive pas plus « multiculturalistes » que leurs homologues français. Certains d'entre eux sont attentifs, comme certains Français, aux effets que peut avoir la culture des justiciables sur le processus judiciaire, mais lorsqu'il s'agit de la prise de décision, la référence au droit l'emporte, pour eux aussi, sur la sensibilité à la différence culturelle. Les magistrats belges, comme les magistrats français sont avant tout... des magistrats, ils mettent en avant leur identité professionnelle de juristes.

Le volet comparatif n'aura pas pour autant été improductif. Il a consisté, ici à nouveau, en un déplacement du questionnement. Alors que les magistrats belges développent le même genre de propos et d'hésitations que les magistrats français, l'évocation des situations auxquelles ils sont confrontés et des outils dont ils disposent a fait apparaître des différences intéressantes. Elles se situent en amont de leur activité : au niveau de la production du droit. Le développement de la diversité culturelle et les contentieux qu'elle produit ont en effet conduit en Belgique, tant en matière pénale qu'en matière civile, à des interventions législatives que n'a pas connues le droit français. En matière pénale, on observe en Belgique l'incrimination spécifique de comportements identifiés comme « marqués culturellement » – excision, mariages forcés – auxquels la France

continue d'appliquer le droit pénal ordinaire (1). En matière civile, la Belgique a procédé à la codification de son droit international privé, alors que cette branche du droit reste en France entièrement jurisprudentielle (2). On se contente ici de poser les bases d'investigations à mener ultérieurement, sur des problématiques apparues par ailleurs dans l'enquête.

1. DES INCRIMINATIONS SPECIFIQUES

Sur le plan pénal, deux *délits culturels* font l'objet en Belgique d'incriminations spécifiques inexistantes en France. Il s'agit d'une part de l'excision (art. 409 du code pénal, introduit en 2000) et d'autre part du mariage forcé (art. 391 *sexies* du code pénal, introduit en 2007).

L'excision est poursuivie en France sur la base des dispositions du code pénal qui répriment les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente⁴⁹. Il s'agit d'un délit passible de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende dans le cas général (art. 222-9). Lorsque la victime est mineure de 15 ans, l'infraction devient un crime passible de quinze ans de réclusion criminelle, et de vingt ans si l'auteur est un ascendant légitime (art. 222-10). Une interdiction du territoire d'une durée de cinq ans peut également être prononcée (art. 222-47 du code pénal).

En Belgique, les mutilations sexuelles féminines font l'objet, depuis une loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs, de l'article 409 du code pénal :

§ 1er. Quiconque aura pratiqué, facilité ou favorisé toute forme de mutilation des organes génitaux d'une personne de sexe féminin, avec ou sans consentement de cette dernière, sera puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans.

La tentative sera punie d'un emprisonnement de huit jours à un an.

§ 2. Si la mutilation est pratiquée sur une personne mineure ou dans un but de lucre, la peine sera la réclusion de cinq ans à sept ans.

§ 3. Lorsque la mutilation a causé une maladie paraissant incurable ou une incapacité permanente de travail personnel, la peine sera la réclusion de cinq ans à dix ans.

⁴⁹ A propos de l'historique de cette pénalisation, voir Borrillo (2009).

§ 4. Lorsque la mutilation faite sans intention de donner la mort l'aura pourtant causée, la peine sera la réclusion de dix ans à quinze ans.

§ 5. Si la mutilation visée au § 1er a été pratiquée sur un mineur ou une personne qui, en raison de son état physique ou mental, n'était pas à même de pourvoir à son entretien, par ses père, mère ou autres ascendants, toute autre personne ayant autorité sur le mineur ou l'incapable ou en ayant la garde, ou toute personne qui cohabite occasionnellement ou habituellement avec la victime, le minimum des peines portées aux §§ 1er à 4 sera doublé s'il s'agit d'un emprisonnement, et augmenté de deux ans s'il s'agit de réclusion.

L'intérêt de la comparaison ne réside pas dans une confrontation terme à terme des peines encourues : le texte français est général, le belge particulier ; l'un prévoit une peine maximale, l'autre un minimum et un maximum. Avant la loi, le juge belge utilisait, comme le juge français, des dispositions générales du code pénal relatives aux violences volontaires comportant la circonstance aggravante d'avoir provoqué « une mutilation grave », qui permettaient de porter les peines à des taux comparables à celui de la disposition française. Il est tout aussi difficile de comparer les peines réellement appliquées, dans la mesure où les juridictions, dans un pays comme dans l'autre, sont rarement saisies de cas d'excision (*cf.* chapitre 2). L'enjeu se situe moins, semble-t-il, dans le « tarif » applicable que dans la portée symbolique d'une incrimination spécifique.

Reprenons les propos des magistrats français. Tous, dans des équilibres divers, sont ambivalents sur le traitement à réserver à ce type de pratique. Une juge d'instruction raconte :

« L'excision... J'ai eu plusieurs dossiers qui ont été poursuivis sous l'angle des violences volontaires. [...] Ça m'est arrivé deux fois. [...] Un signalement de l'école, au procureur. [...] Le procureur décide d'ouvrir une information, c'est là que le dossier m'arrive sur la base du signalement et de l'enquête de la brigade des mineurs. Les gens bien sûr reconnaissent les faits... il n'y avait pas de négation. Moi j'estimais que les faits de violences sur mineure de moins de 15 ans étaient parfaitement réunis, mais... ce n'est pas une infraction spécifique, ce sont juste des faits de violence comme il pourrait y avoir dans un dossier de maltraitance, de parents maltraitants, il n'y avait pas de spécificité d'infraction, ça avait été poursuivi là-dessus, plus d'autres personnes poursuivies pour non-assistance à personne en danger... ou non-dénonciation... d'un délit entraînant une infirmité permanente, sur un mineur de moins de 15 ans, donc on avait carrément tout l'arsenal, là... entre ceux qui étaient présents lors de l'excision pour non-assistance et ceux qui n'étaient pas là pour non-dénonciation... [...] Ce qui était intéressant, c'était de voir que sur l'aspect psychologique il n'y avait pas d'aspect criminalistique, il n'y avait pas d'intention criminelle, c'était juste une

pratique... et c'est là que, pendant le cours de l'instruction on est amené à recevoir les gens, donc on leur explique, là on est amené à faire œuvre de pédagogie, avec un décalage... L'avocat aussi avait fait cette œuvre de pédagogie, donc il y avait eu vraiment un travail à l'instruction. Et puis ça a été renvoyé au tribunal et au tribunal il y a la vertu... du procès quand c'est fait intelligemment. *[Elle ne connaît pas la suite de l'histoire.]* Mais j'imagine que c'étaient des peines d'avertissement, ou des peines avec sursis pour leur faire comprendre que ce qu'elle *[la grand-mère, en l'occurrence]* avait fait est condamnable et que si elle recommençait... » (juge d'instruction, Melun).

Cette magistrate explique ainsi que le cas des mutilations génitales ne constitue pas, dans le droit français, une « infraction spécifique ». Pour entrer dans le droit pénal, elles sont requalifiées comme « violences sur mineure de moins de 15 ans ». Une infraction que cette juge interprète moins comme un « crime » (« il n'y a avait pas d'intention criminelle ») que comme une « pratique », selon ses propres termes, ce qui oblige, explique-t-elle, à un travail pédagogique. Il semble plus que probable que l'affaire aura été jugée avec clémence : il s'agit pour elle de « faire comprendre » bien plus que d'infliger une sanction.

Un jeune substitut commence quant à lui par insister sur le message normatif, avant de relativiser :

« On est quand même là aussi pour porter des valeurs, rappeler la primauté des valeurs républicaines... Donc refuser d'aller jusqu'à considérer que c'est un motif exonérateur. Par exemple pour l'excision... ne pas céder sur... [...] Il est nécessaire de rappeler l'impératif de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique, mais on sait qu'on a des femmes qui sont soumises à une pression sociale absolument effrayante. On sait que celle qui n'est pas excisée est l'équivalent d'une prostituée, c'est tellement répété par un environnement social et communautaire qu'elles cèdent à une pression... » (parquet, Avignon).

Une magistrate du même parquet est plus catégorique, dans le sens inverse :

« Pour tout vous dire je n'ai pas beaucoup réfléchi à la question. Mais je trouve que ce sont des pratiques absolument barbares, et qu'au niveau de la justice française il faut avoir un message sans complaisance. Je ne peux pas admettre ça. A la limite... qu'il y ait peu de conscience, qu'il y ait une banalisation par habitude, par tradition, dans les pays... mais les étrangers, la plupart, qui viennent sur notre territoire connaissent nos principes et d'ailleurs c'est pour ça qu'ils y viennent. Ils viennent au nom de l'égalité, la liberté, la fraternité. Et donc ils ne peuvent pas ignorer qu'on va être dans le respect des droits de l'homme, le respect du corps, le respect de l'intégrité... Je n'ai pas de doute là-dessus. Et il faut d'ailleurs être assez attentif. Si on avait la moindre complaisance vis-à-vis de ce

type d'exactions, on pourrait faire naître un sentiment très fort de xénophobie. Parce que c'est l'égalité qui fonde la cohésion sociale, donc il faut pouvoir dénoncer les ruptures d'égalité » (parquet, Avignon).

Qu'en est-il en Belgique ? L'intervention du législateur part d'un même positionnement « sans concession », qui s'inscrit cependant sur fond d'un contexte sociologique différent du contexte français. Une juge d'instruction belge, par ailleurs impliquée dans les associations de lutte contre les mutilations sexuelles féminines, explique que cette incrimination spécifique, qui existe en Belgique comme dans de nombreux autres pays, est à comprendre en fonction de l'histoire de l'immigration :

« C'est lié au type de flux migratoires. La France a eu une période coloniale et post-coloniale, d'immigration, concernant des pays pratiquant les mutilations génitales. En Belgique, s'agissant du Congo, il n'y a pas eu d'immigration massive et en outre le Congo ne pratique pas les mutilations génitales. Le problème n'a commencé à se poser que depuis les années 1990, avec la Somalie (la prévalence des mutilations génitales y est de 98 %). Les pays où la prévalence est forte sont ceux de la corne de l'Afrique et de l'Afrique de l'Est. C'est alors qu'a émergé en Belgique un mouvement de lutte contre les mutilations. Puis il y a eu une seconde vague, non pas avec les Maliens – il n'y en a pas ici – mais avec les Guinéens. La différence avec la France, c'est que les mutilations ont commencé à y être pratiquées bien plus tôt qu'ici, à une époque où le féminisme était balbutiant, où le monde politique n'était pas prêt à se mobiliser sur ce genre de question » (juge d'instruction, Bruxelles).

Une avocate spécialisée dans ces questions, fondatrice d'une association orientée spécifiquement vers l'action répressive en matière de MSF⁵⁰, évoque de même « la volonté politique de parlementaires femmes qui ont voulu marquer le coup ».

Sur le plan juridique, explique-t-elle, l'incrimination spécifique « a fait passer le débat sur le relativisme culturel du prétoire au Parlement ». Aujourd'hui, s'il y a procès, le caractère infractionnel de l'acte est acquis, la part du relativisme culturel se limite à la détermination de la peine. L'incrimination spécifique empêche de plaider l'absence d'infraction pour cause d'absence d'élément intentionnel. Même si certains magistrats (*cf.* chapitre 2) considèrent que l'élément intentionnel est présent nonobstant l'élément culturel – qui ne

⁵⁰ ASBL Intact, créée à la demande du GAMS, association de prévention. L'objet de cette association a été élargi d'une part à l'ensemble des violences à caractère culturel (mariage forcé, crime d'honneur...) et d'autre part à une réflexion sur des protocoles d'intervention autres que répressifs, tels que des médiations avec les familles.

relève à leurs yeux que du mobile, distinct de l'intention de commettre l'acte – cette position ne fait pas l'unanimité. D'où la loi qui vient, on le voit, mettre obstacle à la défense culturelle. Il s'agit bien de « marquer le coup », de souligner le caractère infractionnel, en aucun cas d'excuser. L'incrimination, en outre, est très large : le fait de faciliter l'excision tombe également sous le coup de la loi. Et la loi s'applique, du moment que la victime est mineure et que l'auteur se trouve en Belgique, même si l'excision a été pratiquée dans le pays d'origine et si la victime s'y trouve toujours. L'avocate précise : « Cela répond à une demande du "Sud" : l'incrimination en Belgique permet de renforcer l'action menée là-bas. »

Cela étant, l'article 409 est ignoré des magistrats. Il n'y a pas d'actions devant les tribunaux, pour deux raisons essentiellement : le désintérêt, pour cause de méconnaissance et sans doute de malaise, de la part des autorités judiciaires et policières, d'une part ; et, d'autre part, le fait que la question est tabou pour les populations concernées elles-mêmes. On ignore, du même coup, dans quelle mesure la dimension culturelle est prise en compte au moment de la détermination de la peine.

« C'est un tabou au sein des communautés qui pratiquent les mutilations, parce qu'il y a une conscience de l'interdit. Même au pays, on n'en parle pas. Ça se fait, mais on n'en parle pas. Les gamines, oui, celles qui ne sont pas excisées se font traiter d'impures par les autres, elles en parlent comme des gamines, mais les adultes n'en parlent pas. Ici, c'est tabou pour certains, et pour d'autres il y a une parole libérée. – *C'est-à-dire ?* Elles parlent de ce que c'est, de ce que ça provoque... pour conclure qu'elles ne veulent pas de ça pour leur fille. Mais donc, le tabou fait qu'on ne dénonce pas et comme la police n'a pas d'action proactive... » (juge d'instruction, Bruxelles)

L'opportunité d'une incrimination spécifique ne fait pas l'unanimité. Luc Huybrechts (2011) évoque les « arguments en sens contraire [...] souvent invoqués dans le débat sur le multiculturalisme [...] : une répression expresse de certaines traditions serait ressentie comme une forme d'oppression culturelle ; elle démontrerait une conception contestable de l'intégration culturelle ; on ne pourrait protéger de force les femmes contre leurs propres culture et convictions, car on ne ferait que renvoyer ces pratiques dans la clandestinité. »

Une juge d'instruction française s'interroge, dans les mêmes termes, sur l'opportunité de créer une infraction autonome :

« On peut comparer cela à un autre débat : toutes les associations d'enfants victimes d'inceste qui disent "il n'y a pas d'infraction autonome d'inceste en France", ce qui est vrai, mais on a la qualification de viol sur mineur de moins de 15 ans par personne ayant autorité ou par ascendant... Moi je trouve que c'est

mieux qu'il n'y ait pas d'infraction autonome, parce que faire des infractions autonomes, ça stigmatise des comportements et ça me choque un peu, d'en faire un particularisme. C'est vrai que ça permet peut-être de mieux les appréhender, mais il y a un aspect stigmatisation qui me gêne un peu » (juge d'instruction, Melun).

La suite de son propos – basé sur le présupposé que l'infraction spécifique ainsi créée serait passible de peines moins lourdes – le déplore, en reprenant l'argument des valeurs supérieures à protéger, et de l'égalité devant la loi, en quoi elle rejoint en définitive partiellement l'objectif de la loi belge :

« Si on morcelle trop le droit pénal, si on fait trop d'infractions spécifiques, à un moment il n'y a plus... des catégories d'infractions générales mais des infractions par catégories de communautés ou d'origine culturelle et c'est là où on fait exploser le système, parce que nécessairement on doit avoir des valeurs supérieures, qui sont protégées à travers le droit pénal, quel que soit... et ça c'est ce qui fonde, je veux dire, notre société... On ne peut pas dire à quelqu'un "parce que vous êtes de telle origine, que vous avez tel problème social, de précarité, vous avez le droit de conduire en étant alcoolisé au volant". Ce n'est pas possible. On peut faire quelque chose, mais au niveau de la peine » (juge d'instruction, Melun).

Une juge civile est du même avis, qu'elle renvoie explicitement à son « côté français », universaliste :

« Moi je suis contre l'adaptation formelle des incriminations des lois aux singularités culturelles, ça c'est mon côté français, universel, la loi est la même pour tout le monde. Mon argument à moi personnellement sur le plan intellectuel, c'est de dire que la loi est flexible, la loi est souple et plus elle est générale et plus elle est souple. Alors ça, ça a un avantage, c'est que ça nous permet de rester adaptable et donc de rester humain et de s'adapter aux changements des mentalités. Ça a un inconvénient, c'est que ça peut entraîner un certain arbitraire du juge, évidemment. Donc il faut garder un équilibre, mais moins on fait de lois spécifiques à mon avis et mieux on se porte » (juge civile, Melun).

Tout récemment (en juin 2012) les parents – guinéens – de quatre jeunes filles excisées ont été condamnés par les assises de la Nièvre à cinq ans de prison dont trois avec sursis pour le père, et à quatre ans dont trente mois avec sursis pour la mère. L'avocat général avait requis six et huit ans de prison ferme, les parents étaient poursuivis pour « complicité de violence volontaire ayant entraîné une mutilation sur une mineure de moins de quinze ans par un ascendant ». Ils encouraient une peine de vingt ans de réclusion. « Ils seront convoqués par le juge d'application des peines qui verra en fonction des éléments familiaux dans

quelle mesure la peine peut être aménagée. Il n'est pas certain que monsieur et madame aillent en prison », a précisé le président du tribunal⁵¹.

En ce qui concerne le mariage forcé, on se contentera ici, faute d'informations plus précises, de reprendre les termes de la législation belge. Le mariage forcé est incriminé par deux textes : une loi du 12 janvier 2006 modifiant la loi du 15 décembre 2005 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ; et une loi du 25 avril 2007 modifiant le code pénal :

Art. 391*sexies* du code pénal

Toute personne qui, par des violences ou des menaces, aura contraint quelqu'un à contracter un mariage sera punie d'un emprisonnement d'un mois à deux ans ou d'une amende de cent à cinq cents euros.

La tentative est punie d'un emprisonnement de quinze jours à un an ou d'une amende de cinquante à deux cent cinquante euros.

Art. 79*bis* de la loi du 15 décembre 2005 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers

§ 1er. Quiconque conclut un mariage dans les circonstances visées à l'article 146*bis* du Code civil⁵² sera puni d'un emprisonnement de huit jours à trois mois ou d'une amende de vingt-six à cent euros.

Quiconque reçoit une somme d'argent visant à le rétribuer pour la conclusion d'un tel mariage, sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à un an ou d'une amende de cinquante à deux cent cinquante euros.

Quiconque recourt à des violences ou menaces à l'égard d'une personne pour la contraindre à conclure un tel mariage sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans ou d'une amende de cent à cinq cents euros.

§ 2. La tentative du délit prévu au § 1er, alinéa 1er, est punie d'une amende de vingt-six à cinquante euros.

La tentative du délit prévu au § 1er, alinéa 2, est punie d'un emprisonnement de huit jours à six mois ou d'une amende de vingt-six à cent vingt-cinq euros.

⁵¹ *Le Monde*, 3 juin 2012.

⁵² L'art. 146*bis* du code civil belge vise le mariage « blanc » : « Il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut d'époux. »

La tentative du délit prévu au § 1er, alinéa 3, est punie d'un emprisonnement de quinze jours à un an ou d'une amende de cinquante à deux cent cinquante euros.

On voit que l'incrimination du mariage forcé apparaît en premier lieu dans un texte relatif au séjour des étrangers, pénalisant le mariage dit blanc.

2. LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Le second domaine dans lequel l'évolution du droit belge se distingue de celle du droit français en matière de « diversité culturelle » est celui du droit international privé. Le droit international privé est « le droit spécial applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales » (Mayer, Heuzé, 2007, p. 2). Ce corps de règles remplit une triple fonction : arbitrer les conflits de lois, les conflits de compétences et reconnaître (ou non) dans l'ordre national les actes et jugements étrangers. Il a longtemps été, en Belgique comme en France, quasi exclusivement jurisprudentiel.

En matière d'état des personnes, le texte de référence était l'article 3, alinéa 3 du code civil. Dans sa version française : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. » « Si l'on bilatéralise le texte, et c'est ce qu'a fait sans hésitation la jurisprudence, la loi personnelle est donc [...] la *loi nationale* » (Mayer, Heuzé, 2007, p. 377). En Belgique, de la même manière, le statut personnel était fonction de la loi nationale des parties. Quelle loi, dans des situations a priori « multi-nationales » ? La réponse relevait de « théories doctrinales, qu'on apprenait dans les universités »⁵³. Au détour d'un entretien avec une magistrate belge spécialisée dans l'état des personnes nous apprenons que la matière a fait l'objet d'une codification, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2004⁵⁴. Pourquoi ce travail législatif, inexistant et apparemment pas à l'ordre du jour en France ? La question a fait l'objet de plusieurs entretiens complémentaires à ceux menés avec les deux magistrats belges : une avocate spécialisée en droit des étrangers, l'un des sept universitaires « auteurs » du projet de code, et une juriste intervenant sur le sujet dans une association de conseil aux étrangers.

⁵³ Entretien, juge civile spécialisée dans l'état des personnes, Bruxelles.

⁵⁴ Loi du 16 juillet 2004.

2.1. Pourquoi un code ?

La réforme a pour origine un projet de nature académique, « porté par des profs de droit “tenaces”, spécialistes de DIP »⁵⁵. L'un d'eux en retrace l'histoire. Constatant que, depuis les années 1970, la Belgique ne ratifie plus les conventions internationales passées, en matière civile, sous l'égide de la convention de La Haye de droit international privé, des universitaires décident de faire l'inventaire de ces conventions et d'apprécier l'intérêt de les ratifier. Le bilan, « réalisé dans un esprit pragmatique, loin de tout parti pris idéologique », explique notre informateur, est relativement sévère : rares sont les textes considérés comme méritant d'être ratifiés. La situation n'est pas satisfaisante pour autant, dans la mesure où le travail jurisprudentiel laisse subsister (voire crée) de nombreuses zones d'incertitude. C'est le cas en particulier en matière de droit applicable aux régimes matrimoniaux : une convention de La Haye existe, ratifiée par un petit nombre d'Etats (dont la France), et la matière fait l'objet d'une jurisprudence jugée insatisfaisante par les notaires, qui se plaignent de l'insécurité juridique. Légiférer sur le sujet (il n'était pas question de ratifier la dite convention) impliquait nécessairement de « toucher » à l'ensemble du droit de la famille. D'où l'idée d'un travail d'ensemble qui aurait pris la forme d'un rapport scientifique. Le ministère se montre peu enthousiaste : « Nous n'avons ni le temps de lire, ni les compétences pour apprécier un tel travail »⁵⁶ Il est alors décidé de préparer un projet de loi.

Pour l'avocate spécialisée en droit des étrangers, la codification avait d'abord une « justification rationnelle ». L'argument, qui rejoint le récit de l'universitaire, est d'ordre juridique : la multiplication des situations comportant un élément d'extranéité, liée à « l'explosion » de l'immigration, rendait de moins en moins supportable la disparité des décisions consécutive au caractère jurisprudentiel du DIP :

« La règle du code civil qui prévoit que le statut personnel est régi par la loi nationale, c'est très bien, mais l'immigration a fait exploser le nombre de cas et par ailleurs les juges ont chacun leur conception de ce qu'est l'ordre public [*qui permet un éventuel refus d'application du droit étranger*]. Donc la diversité des

⁵⁵ Entretien, avocate, droit des étrangers.

⁵⁶ Un propos analogue sera tenu par une magistrate française : « Nos parlementaires, aujourd'hui, ne sont pas en état d'absorber un code de DIP. Ce ne pourrait donc être qu'un droit de Chancellerie. Qui en plus serait probablement difficile à conduire à l'interministériel » (juge de l'état des personnes, Créteil).

réponses portait sur des milliers de cas dans plusieurs gros arrondissements. Par exemple, en matière de contestation de filiation, à Bruxelles on appliquait la loi de celui qui conteste, à Liège la loi de l'enfant. Bref, on avait un problème de sécurité juridique. C'était la raison principale, un vrai souci, pas un prétexte » (avocate, droit des étrangers)

A cela s'ajoute, selon elle, un second facteur, facilitant si ce n'est décisif, de nature politique :

« L'autre facteur de succès, c'est la coalition arc-en-ciel, une période où on cherchait des sujets consensuels, et tout le monde était content de trouver un sujet sur lequel on pouvait se mettre d'accord sans faire sauter le gouvernement » (avocate, droit des étrangers).

2.2. Un code, comment ?

La méthode de travail adoptée s'inscrit dans cette perspective consensuelle. Elle reflète sous plusieurs aspects le pragmatisme, le sens du compromis qui sont – par la force des choses – caractéristiques des modalités de prise de décision en Belgique. La composition du groupe de travail, d'abord, en témoigne :

« Le projet a été préparé par un groupe de travail composé de sept universitaires, un pour chaque université du pays, soit quatre néerlandophones et trois francophones. D'une part il était indispensable que soient représentés le Nord et le Sud, avec deux cultures juridiques différentes : les Flamands plus influencés par l'approche nordique, elle-même proche de la *common law*, et nous plutôt dans le système latin, français. Ensuite il y avait aussi la dimension linguistique, politique. On avait l'intuition que pour aboutir le projet devait rassembler toutes les forces politiques. Et là, à la différence des projets français – il y en a eu – qui portent toujours le nom d'une personne, d'un auteur... cela aurait été impossible en Belgique, cela aurait empêché le projet d'aboutir, on l'a donc dépersonnalisé, toujours présenté comme un travail de groupe » (universitaire-auteur).

La façon de conduire le travail est également caractéristique : entrer immédiatement dans le vif – concret – du sujet, plutôt qu'énoncer d'abord d'introuvables grands principes :

« La méthode de travail était assez souple. On a décidé assez vite de laisser de côté, pour la fin, le volet dispositions générales, dispositions théoriques, dispositions préliminaires, pour s'attaquer directement aux matières particulières. On s'est rendu compte que si on commençait par les questions théoriques on

n'aboutirait à rien. Alors que travaillant les questions particulières... Et puis c'est un travail scientifique plus stimulant... » (universitaire-auteur).

Une autre forme de pragmatisme, plus paradoxale, a consisté à limiter les consultations, du moins au début. A la question de savoir si des magistrats, des avocats ont été consultés :

« Peut-être de manière insuffisante en soi, ou de manière tardive. Si on avait consulté tous azimuts avant de commencer on n'aurait peut-être jamais commencé. On a consulté une fois qu'on avait un prototype... avant de le soumettre au gouvernement. Ce qu'on a fait de manière systématique, c'est le notariat, pas des notaires individuellement, mais la fédération. Sinon on a eu des contacts informels avec des magistrats... pas la cour de cassation... ces magistrats-là auraient été réticents, mais des magistrats de fond surtout en matière familiale » (universitaire-auteur).

Une aide précieuse a été apportée par l'administration, les services de l'état civil, « des collègues qui identifiaient bien les endroits où il y avait des problèmes ».

2.3. L'esprit du code : réformer sans révolutionner

Dans quel esprit le code a-t-il été élaboré ? Stratégiquement, il s'agissait de « réformer le système prétorien, sans le révolutionner ». Ne pas heurter les fonctionnaires de l'état civil...

« On a bien senti que proposer quelque chose de tout à fait nouveau par rapport à la culture juridique nationale, à la pratique administrative... En matière d'état civil, il y a des fonctionnaires qui travaillent et qui n'aiment pas le changement. On s'est rendu compte que ça ne servirait à rien d'arriver avec un système... On est parti du maintien des principes directeurs, notamment la conservation du principe de nationalité [...] même si nos collègues du Nord du pays étaient beaucoup plus sensibles au critère de résidence. Ça, c'est un facteur de stabilité » (universitaire-auteur).

L'évolution portée par le code correspond à l'objectif poursuivi : « un objectif de proximité », l'établissement d'un lien entre rattachement juridique et intégration sociale. Techniquement, si le critère de nationalité est maintenu, la loi nouvelle favorise l'introduction du critère de résidence.

« L'objectif premier de la loi est ce qu'on appelle un objectif de proximité. C'est de rattacher au juridique en fonction d'un degré d'intégration dans un milieu donné » (universitaire-auteur).

« Ce qui a parlé aux parlementaires, c'est l'élément d'intégration sociale que donne le critère de résidence. » (universitaire-auteur).

Sans entrer dans les détails⁵⁷, on reprendra, pour expliciter l'enjeu, l'exemple illustrant le propos.

« Dans le droit musulman, dans les rapports personnels entre époux, la charge du ménage incombe au mari, et le mari a autorité sur sa femme. D'après la jurisprudence, les relations personnelles entre époux relevaient du droit de la nationalité commune des époux. Tous ces Marocains vivant en Belgique relevaient du droit marocain. Il y a quelque chose de tout à fait surréaliste : au moment de la célébration du mariage, l'officier d'état civil lit un extrait du code civil, le texte portant sur les effets du mariage sur la personne des époux : devoir de cohabitation, de secours, etc. C'était surréaliste, puisque en présence d'époux marocains l'officier d'état civil lisait les dispositions du code civil belge, qui selon la jurisprudence n'étaient pas applicables.

« Il y avait très peu de jurisprudence... mais l'avantage d'un travail de type systématique, de code, c'est qu'on réfléchit aussi de manière conceptuelle et théorique. On s'est dit "ce n'est pas possible de concevoir que des Marocains vivant en Belgique restent régis par le droit marocain pour les relations personnelles" et c'est comme ça qu'on est arrivé à inverser cette échelle [*la jurisprudence mettait en évidence en premier ordre la nationalité commune des époux et en second ordre seulement la résidence*], parce que quand on applique la loi de la résidence habituelle des époux dans le même pays, statistiquement, on sait bien qu'un juge belge sera le plus souvent saisi de questions concernant des gens qui vivent en Belgique et donc le juge belge va désormais sans aucune difficulté désigner le droit belge » (universitaire-auteur).

Une petite pointe, au passage, à destination des voisins français et de leur « républicanisme » :

« On peut dire que la règle est hypocrite : elle dit qu'on désigne dans l'absolu la loi de la résidence – donc si un juge belge est saisi et que les deux époux marocains vivent en France on appliquera le droit français... [...] Il y a un certain artifice parce qu'on sait que statistiquement, dans la plupart des cas, les gens vivent en Belgique, donc sans le dire c'est ce qu'on appelle une désignation du droit du for. On ne le dit pas. Le code est hyper classique parce qu'il ne désigne quasiment jamais le droit belge en tant que droit du for. Et donc là il y a une différence par rapport au droit français... républicain : en France, notamment en

⁵⁷ Jusque-là, la nationalité était le critère de rattachement retenu pour les questions de création d'un état des personnes (filiation, mariage, nom...) et la résidence pour les autres questions. La nationalité ne disparaît pas mais change de statut – en intervenant plus souvent de façon subsidiaire et non plus principale.

matière de divorce, la règle française de conflit de loi est centrée sur les cas d'application du droit français et puis ensuite seulement on va au droit étranger. En Belgique, pour le divorce, on a retenu dans l'ordre : la résidence commune des époux, sinon la nationalité commune, et sinon le droit belge. Le droit belge n'intervient qu'en dernier échelon. Mais concrètement on arrive au même résultat que le résultat français. Mais la règle est plus propre, plus « clean » d'un point de vue d'égalité de statut du droit belge et du droit étranger. Le droit étranger n'est pas défavorisé par rapport au droit belge, il n'y a pas de présupposé que le droit belge est meilleur que le droit étranger » (universitaire-auteur).

Les indications que le code donne sur la mise en œuvre de l'exception d'ordre public précisent l'ambition qui est la sienne de concilier diversité et société d'accueil. En droit international privé, l'exception d'ordre public permet au juge qui, en vertu de la règle de conflit, devrait appliquer un droit étranger de refuser de le faire lorsqu'il considère que cette application serait contraire à l'ordre public national. L'exception d'ordre public est utilisée notamment – ce sont les exemples les plus fréquemment cités en matière familiale – dans des affaires où l'application du droit étranger reviendrait à reconnaître une répudiation ou une situation de bigamie. Le code belge introduit à ce propos une disposition inédite (art. 21) qui indique les critères que le juge doit utiliser pour apprécier l'atteinte à l'ordre public :

Art. 21. L'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public.

Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger.

Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée.

Le code formalise les deux critères traditionnellement utilisés par la jurisprudence : « gravité de l'effet invoqué » et « intensité du rattachement » de la situation avec le système juridique belge.

« En substance, la gravité – ou plutôt la force – de l'effet renvoie à la diversité culturelle, et ce critère est pondéré avec ce qu'on appelle l'intensité du rattachement de la situation avec le système juridique, c'est-à-dire l'intégration sociale » (universitaire-auteur).

Exemple, la polygamie et ses effets sur le droit au séjour (pouvant résulter du mariage et de la filiation). Plusieurs arrêts de la cour constitutionnelle

combinent les deux critères de la façon suivante. Ils distinguent le statut de la femme (deuxième épouse) et celui de l'enfant (du second lit). En ce qui concerne la femme, la cour refuse le droit au séjour. En effet, accepter que ce second mariage donne droit au séjour reviendrait à admettre que l'homme vit avec plusieurs femmes, « ce qui est l'effet le plus grave (il vaudrait mieux dire le plus fort) par rapport à l'idée du mariage, projet de vie commune ; culturellement, on ne peut pas l'accepter ». En ce qui concerne l'enfant, et la possibilité de regroupement familial, la loi sur les étrangers prévoit que le mariage doit être monogamique, donc l'enfant du second lit ne pourrait théoriquement pas venir en Belgique.

« Et là non, on accepte : l'enfant peut en effet avoir une autorisation de séjour pour venir vivre auprès son père. Donc l'effet invoqué du mariage polygamique est atténué, c'est l'effet de filiation. Là, l'impact culturel est moins visible, et acceptable » (universitaire-auteur).

Concernant la pension de retraite, par contre, les tribunaux ne voient pas d'objection à ce que la seconde veuve y ait droit : il s'agit d'un effet purement pécuniaire. « Là, donc, le juge estime que la variation culturelle n'est pas assez forte dans l'institution polygamique pour rejeter l'institution polygamique. »

On trouve toutefois un contre-exemple dans un arrêt de cassation récent, au demeurant critiqué par la doctrine, qui refuse le droit aux aliments à une seconde épouse au motif que la première était belge. Commentaire :

« C'est assez raide. Et d'autant plus grave que c'était une "fausse polygamie", provenant du fait que le premier mariage n'avait été dissous qu'après la conclusion du second. La cour de cassation, ici, a privilégié le critère de proximité (un lien fort de la situation avec la Belgique, du fait de la nationalité de la première femme) par rapport à celui de la gravité de l'effet » (universitaire-auteur).

On découvrira avec intérêt un ouvrage à paraître prochainement, consacré aux politiques législatives et aux pratiques judiciaires de six pays du Nord et du Sud de la Méditerranée (France, Belgique et Espagne, Egypte, Maroc et Tunisie) face à des normes ou décisions étrangères dans le domaine du droit de la famille (Bernard-Maugiron, Dupret, 2012).

2.4. « Une certaine audace »

S'il ne « révolutionne » pas le système prétorien, le code introduit néanmoins des nouveautés. Deux exemples apparaissent dans l'entretien. Par rapport à la pratique antérieure, l'un va dans le sens de « plus de diversité », l'autre de « moins de tolérance à la diversité ». Là encore s'ouvrent des pistes de recherche.

Le code offre une possibilité, limitée, mais inédite, pour les parties de choisir elles-mêmes la loi applicable. Pragmatisme, nous dit le rédacteur.

« C'était tout à fait exceptionnel en matière familiale à l'époque prétorienne [...] Là, le code a une certaine audace : il permet un choix limité de loi par les parties, en matière de régime matrimonial⁵⁸, de succession⁵⁹, de divorce⁶⁰ [*ce n'est pas le cas en France*]. Ce n'est pas un choix absolu, c'est un choix limité. Grosso modo, les éléments du choix, c'est nationalité ou résidence. L'échelle établie par la loi en matière de divorce a pour premier échelon la résidence des parties. Ils peuvent inverser l'échelle : mettre d'abord la nationalité. [...] Des Marocains vivant en Belgique pourraient d'un commun accord demander l'application de la loi marocaine. C'est un facteur de diversité culturelle et aussi, de manière pragmatique, une façon de pouvoir anticiper la phase de reconnaissance du jugement : au Maroc il est très difficile d'obtenir la reconnaissance d'un jugement de divorce prononcé selon un droit autre que le droit marocain. On voit que quand on parle de diversité culturelle, il faut avoir toujours une vision très pragmatique » (universitaire-auteur).

L'autre « rupture » relative par rapport à la pratique prétorienne concerne la répudiation. Le code adopte, en matière de reconnaissance, une position plus sévère que la jurisprudence de l'époque prétorienne. La sévérité du texte s'explique par un moment précis du contexte d'élaboration du code : l'introduction, par une parlementaire « coutumière des coups » et qui s'était émue des répudiations « touristiques », d'une proposition de loi verrouillant totalement la possibilité de reconnaître une répudiation ; toujours selon l'universitaire rencontré, « un texte techniquement aberrant, alors qu'il y avait une jurisprudence relativement ouverte et équitable, et surtout qu'on avait un

⁵⁸ Art. 49. En matière de régime matrimonial, le *principe* est que le droit applicable est choisi par les époux.

⁵⁹ Art. 79. En matière de succession, une personne a la *faculté* de choisir un autre droit que le droit désigné par la loi.

⁶⁰ Art. 55, § 2. En matière de divorce également, les époux ont la faculté de choisir un autre droit que le droit désigné par la loi.

projet de loi dans lequel on avait anticipé ce problème et introduit une règle sur la répudiation, mais qui était beaucoup plus souple, nuancée ». Cela dit, « politiquement on comprenait bien le message ».

Dans la jurisprudence antérieure au code, la cour de cassation considérait la répudiation incompatible avec l'ordre public sauf dans deux cas. L'un est « sociologique » : c'est celui (rare mais existant) où, au moment de la répudiation, la situation n'avait pas de point de contact avec la Belgique (homme et femme sont marocains et vivent au Maroc au moment de la répudiation, ensuite l'un des deux arrive en Belgique). Dans ce cas, c'est le critère de la proximité qui joue, et la répudiation est reconnue. L'autre cas a trait au principe de l'égalité des sexes : même lorsque la femme vit en Belgique au moment de la répudiation, la répudiation sera reconnue si la femme l'a acceptée *au moment où elle intervient* (c'est-à-dire qu'elle doit être avertie, être présente, et dire qu'elle consent). Les juges du fond étaient même plus larges : ayant les gens devant eux, ils se satisfaisaient de l'accord de la femme *au moment de la demande de reconnaissance*. L'auteur du texte – texte de compromis, donc, entre le verrouillage total et la pratique antérieure⁶¹ –, le commente en assumant l'idée d'une « politique législative », d'un message que l'Etat veut faire passer.

« Ce qui a changé par rapport à la jurisprudence, c'est l'hypothèse où la femme accepte la répudiation [*qui a lieu au Maroc, évidemment*], mais où elle vit en Belgique au moment de la répudiation. Là, on refuse la reconnaissance qu'on acceptait avant. On savait qu'on serait critiqués. [...] On a estimé que l'Etat pouvait avoir intérêt à développer une politique sociale de mode de dissolution du mariage. La question est “Est-il acceptable qu'une catégorie sociologique intégrée à la population obtienne la dissolution du mariage de manière touristique ?” (même si en allant en Suède on divorce facilement). Malgré tout, l'institution de la répudiation en tant que telle n'appartient pas à la culture... donc c'était une tolérance. Faut-il élargir cette tolérance, à propos de gens qui sont intégrés à la société belge ? C'est un peu des intégrations croisées, il y a une double

⁶¹ Art. 57. § 1er. Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique.

§ 2. Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes :

- 1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'Etat où il a été établi;
- 2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
- 3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
- 4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage;
- 5° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance.

intégration : il y a intégration des gens qui culturellement sont peut-être intégrés à leur pays d'origine mais il y a l'intégration sociale, et donc là il y a l'intérêt de l'Etat social... donc c'est une solution de politique législative... qui est discutable, mais en tout cas c'est le message qui passe » (universitaire-auteur).

2.5. De la théorie à la pratique : « Le problème est ailleurs »

Les praticiennes interrogées – une avocate et une juriste-conseil, toutes deux spécialisées en droit des étrangers – tiennent un discours que l'on qualifiera de complémentaire à celui de l'auteur du texte : à l'enjeu théorique du code, dont la nature est confirmée, elles ajoutent ce qu'elles observent de sa mise en œuvre.

Partant de ce qu'elle identifie comme « l'idée fondamentale du code », faire confiance aux actes et aux jugements étrangers, l'avocate souligne la volonté d'unifier, « mais aussi celle de simplifier, en désignant pour beaucoup de situations le droit de la résidence (donc le droit belge) ». Elle commente :

« C'est un point important, qui pourrait apparaître contradictoire avec l'idée du respect de la diversité, mais bon... C'est en tout cas très rationnel, et la diversité se retrouve dans la prise en compte des actes et des jugements étrangers. Le respect de ce qui a été créé... En fait, je trouve que c'est une logique très saine, de dire "Ce qui existe déjà à l'étranger, on le respecte, et si on doit, nous, traiter une situation, on la traite sur base de l'endroit où les gens vivent" » (avocate, droit des étrangers).

La mise en œuvre, elle, tend à prendre une direction sensiblement différente – du moins du point de vue de l'avocat :

« L'idée fondamentale de ce code de DIP, c'était de faire confiance aux actes et aux jugements étrangers. La position de départ, c'est la confiance. Mais ça, c'est la théorie, et après il y a l'exception. Qui, je crois, a tendance à être devenue la règle. Encore que les avocats et services sociaux soient mal placés pour le dire, étant donné qu'ils ne voient que les problèmes. On tourne l'esprit de la loi en voulant appliquer l'exception. Un acte authentique étranger (acte de mariage, acte de naissance) : la règle dit qu'a priori la personne est mariée, ou que l'acte de naissance fait foi. Mais toute autorité peut vérifier s'il n'y a pas eu fraude à la loi, si on a bien appliqué le droit étranger dans lequel cet acte a été dressé et s'il n'y a pas dans la *disposition légale* à la base de cet acte une contrariété avec notre ordre public » (avocate, droit des étrangers).

Elle évoque l'exemple du mariage, la suspicion dont font preuve l'office des étrangers ou les administrations communales et les refus d'enregistrement

dont le juge civil a alors à connaître. Un mariage arrangé est-il forcément un mariage blanc ?

« Ces juges doivent se pencher sur le fait que la femme dise “Je ne connais pas mon mari, c’est mes parents qui m’ont présentée”, et le mari qui dit “Moi je respecte la volonté des familles”. Est-ce que c’est un acte illégal ? Moi je défends que non. On peut trouver ça triste, on peut trouver ça monstrueux. Mais on voit dans les PV de police “On ne peut tout de même pas accepter que monsieur dise qu’il n’a pas de sentiments à l’égard de sa femme” ou “On ne peut pas accepter que monsieur en réalité veut seulement une bonniche”... C’est énorme ce qu’on peut lire dans les PV, et parfois ce que les parquets disent, qui reprennent ce genre de choses et qui s’arrogent une espèce de contrôle sur les intentions qui président à une volonté d’union. Et il y a là-dedans tout un aspect culturel, qui est souvent assumé comme ne pouvant pas être pris en compte. Ainsi un officier d’état civil de Bruxelles qui dit “Monsieur a une vision tellement réactionnaire du rôle de la femme qu’on peut considérer que c’est contraire à l’ordre public.” Ce sont des cas où on le voit de manière assez concrète » (avocate, droit des étrangers).

Le même genre de situation, de suspicion, est observable lorsqu’un(e) Belge d’origine étrangère souhaite se marier avec un(e) étranger(e).

« On a là aussi une quantité de refus qui sont basés sur... d’abord il y a l’idée que dès que quelqu’un régularise sa situation par un mariage, c’est évidemment un faux mariage. [...] A Bruxelles, les magistrats sont clairs : si c’est un mariage arrangé, ce n’est pas la même chose qu’un faux mariage. Ce n’est pas un mariage forcé parce que c’est un mariage arrangé. Jusqu’à présent ça tient.

« Et l’avocat, comme moi, le militant, on est quand même un peu mal à l’aise face à ces situations. On est entre la volonté de... d’abord la loi existe, l’Etat de droit c’est quand même important, et de... voilà, les gens font comme ils peuvent, s’ils ne sont pas en mesure de refuser un mariage arrangé, qui sommes-nous pour... Est-ce que les tribunaux sont vraiment le lieu adapté pour dire “On ne peut pas admettre...” Où on s’arrête ? Je trouve très important de dire “Un mariage arrangé, tant pis...” De toute façon, si c’est un mariage arrangé, deux ans après... Un mariage arrangé c’est la porte pour la liberté, c’est triste à dire, mais le problème est ailleurs, il n’est pas dans le mariage » (avocate, droit des étrangers).

Et de conclure :

« Donc le DIP, le but était de permettre le respect et la prise en compte du droit étranger. Mais en pratique on utilise quand même la faculté ouverte en guise d’exception, très largement, pour réouvrir la porte à un regard extrêmement méfiant à l’égard des actes et des jugements étrangers » (avocate, droit des étrangers).

La juriste de l’association pour le droit des étrangers partage ce jugement :

« Le code de DIP est un outil très bien fait, facile à utiliser, bien conçu. Même quand il conduit à l'application du droit belge, il prend en compte les institutions étrangères. Mais dans la pratique, le contrôle migratoire va dans le sens opposé. Il y a donc une différence entre l'esprit du code et son application » (juriste, droit des étrangers).

Et l'auteur du code, lui-même, en parle comme d'un bouclier... de papier :

« Le DIP est peut-être un bouclier pour les personnes. La politique des mariages blancs ou gris est tout à fait présente, chez nous comme chez vous, c'est un gros problème de société et donc il y a beaucoup de jurisprudence. Avant le code, tout était possible... [...] le mariage relevait du droit belge. Pour savoir s'il y avait simulation on appliquait le droit belge, le droit du for, c'est l'anti-DIP. On ne se fatiguait pas à appliquer la loi de la nationalité des époux. Le code remet les points sur les i. On ne change pas la règle ancienne, mais on la rend visible. Les magistrats ne peuvent plus faire l'impasse sur la règle qui consiste à appliquer le droit étranger. [...] Le DIP, il peut servir de bouclier... de papier peut-être (*rire*)... contre la propension naturelle du fonctionnaire (de l'office des étrangers) à fermer le regroupement familial par l'application du droit du for » (universitaire-auteur).

Et à la question de savoir si le service de conseil juridique aux étrangers dispose d'un pouvoir de « résistance » face aux tentatives de resserrer la législation, la juriste répond :

« Le service est reconnu par les autorités, mais n'a pas de pouvoir particulier. Les universitaires sont plus le pouvoir caché que nous. Eux, ils sont consultés. »

*

Ce chapitre, qui reste à l'état de chantier en ce qui concerne l'étude de la *production* du droit (contexte sociopolitique, forces à l'œuvre...), complète et éclaire les précédents sur divers points. En matière pénale, on voit se préciser les enjeux problématiques du débat continental sur la défense culturelle – fonctions de la loi pénale, rapports Nord-Sud... – et les particularités qu'il présente par rapport à la littérature anglo-saxonne. Quant à la codification, en Belgique, du droit international privé, elle confirme l'intérêt de se pencher sur des questions relevant a priori de la technique juridique. La confrontation entre les choix opérés par la loi – concilier autant que possible respect de la diversité et intégration dans la société d'accueil – et les impératifs du « contrôle migratoire » éclaire sous un autre jour l'idée selon laquelle la « culture » est à comprendre comme une dynamique, et l'impérieuse nécessité d'envisager les relations familiales comme relevant, pour les populations immigrées plus que pour les autres, autant de la sphère publique que de la sphère privée.

Cette recherche a été engagée, sur fond de montée en puissance – malaisée en France – du débat sur le multiculturalisme, à partir du constat de l'absence de réflexion sur un aspect particulier de cette problématique : la façon dont l'institution judiciaire est confrontée à la diversité culturelle. On est parti, plus précisément, des analyses anglo-saxonnes consacrées à la « défense culturelle ». La question posée par cette littérature est celle de savoir s'il est possible d'ériger en principe, et à quel degré, le fait pour la justice pénale d'adapter sa réponse lorsqu'elle se trouve en présence d'un « délit culturel », c'est-à-dire d'une infraction s'expliquant au moins en partie par l'existence d'un conflit normatif, entre le droit national et les impératifs de la culture, par hypothèse différente, de son auteur. Le même questionnement, également absent en France, peut être formulé à propos de contentieux plus ordinaires, de « litiges de la vie quotidienne », ainsi qu'en témoigne, au Québec, la théorie des « accommodements raisonnables ».

Justice pénale, mais aussi justice civile, c'est armées de cette question que nous avons commencé l'exploration d'un terrain a priori vierge. « Êtes-vous confrontés à la diversité culturelle ? Vous arrive-t-il, estimez-vous légitime de prendre en compte cette dimension dans votre décision ? », avons-nous demandé aux magistrats que nous avons rencontrés. La nature du questionnement – normatif, binaire – ainsi que l'étendue du champ auquel il était appliqué nous ont conduites à ce qu'on pourrait appeler un faisceau d'enseignements : plusieurs éclairages plus ou moins décalés par rapport à notre point de départ, se recoupant d'un terrain à l'autre, et susceptibles, les uns et les autres, de prolongements ultérieurs.

Le premier enseignement se dégage des entretiens initiaux. Là où on attendait des réponses simples, positives ou négatives, argumentées, de magistrats plutôt « universalistes » ou plutôt « multiculturalistes » que l'on aurait pu catégoriser comme tels, on s'est trouvé confronté à des évitements, du malaise, de l'ambivalence. « Oui, mais... » « Non, mais... » « Oui et non » ponctuèrent les discours. Question tabou ? Plutôt question à reformuler. Les commentaires des magistrats, ainsi que la structure de leurs propos, ont permis de mettre à jour la double difficulté contenue dans l'interrogation initiale : cerner la notion de culture, d'une part ; se situer entre principes et pratique, d'autre part.

La notion de culture, avancée sans autre précision lors des entretiens, est apparue, dans le discours des magistrats, comme tantôt insaisissable, faute de

formation, tantôt polysémique, éclatée, et le plus souvent en outre affectée d'un facteur négatif : une culture « musulmane » réduite à ses aspects les plus archaïques, et plus particulièrement à son machisme.

Quant au positionnement des magistrats en présence d'un « élément culturel », on l'a vu déterminé par la difficulté à concilier un rôle de garant des principes – égalité des justiciables, universalité de la loi – et une mission d'application de la loi au cas par cas : une conciliation plus complexe à opérer que dans d'autres domaines, en raison précisément de cette définition négative et de la crainte de stigmatiser, ou de la réprobation, qui lui sont associées. Lorsque « quelque chose de l'ordre du multiculturel » s'insinue dans le traitement judiciaire, c'est le plus souvent par la petite porte, sur un mode mineur, sans en parler... « comme Monsieur Jourdain fait de la prose », disait un magistrat. Ce n'est rien d'autre que « faire son métier de magistrat », rien de nouveau, rien d'extraordinaire.

L'étude empirique de l'aspect pénal de la problématique, à travers l'observation d'un procès d'assises, a permis ensuite de progresser dans la reformulation de notre questionnement. Ce procès a illustré dans les faits le malaise que suscite la question culturelle. Mais surtout, et là réside l'intérêt de la démarche empirique, son analyse a conduit à déplacer le regard, contribuant ainsi à sortir de l'impasse. Là où le questionnement initial mettait en scène une dimension culturelle apparemment homogène, l'observation des audiences, peu à peu confirmée par les entretiens, a mis à jour une culture doublement marquée par l'immigration : une culture qui, au contact de la société d'accueil, prend des formes hybrides – un Marocain vivant en France (ou en Belgique) depuis dix ans n'a pas la même « culture » qu'un Marocain arrivant du pays ; une culture qui présente d'autre part, à côté de sa dimension anthropologique, une dimension administrative – être immigré, c'est aussi se trouver confronté à des questions d'accès et de séjour sur le territoire du pays d'accueil.

Le questionnement normatif – faut-il ou non prendre en compte la diversité culturelle, entendue un peu rapidement comme « choc de cultures » ou incompatibilités culturelles – peut alors se transformer en une interrogation de nature compréhensive, plus fructueuse. De même qu'il n'y a pas « la », « une » diversité culturelle, il n'y a pas de réponse unique à la question de savoir si le magistrat doit ou non la faire entrer en ligne de compte dans sa décision. La question préalable consiste à saisir où se situe la diversité : y voir un parcours, une dynamique, et pouvoir distinguer entre ce qui, dans une culture, choque des valeurs essentielles (vie, égalité hommes-femmes...) et ce qui est simplement différent. On cherchait le conflit de normes, on ne l'a pas ou guère trouvé. S'il se

présente rarement, c'est parce qu'on est en présence d'immigrés qui s'intègrent peu à peu. On a trouvé autre chose, de plus intéressant, parce que plus massif, plus réel, plus complexe.

L'exploration s'est poursuivie sur le versant civil, dans les cabinets des juges aux affaires familiales et devant une chambre statuant sur l'état des personnes. Là encore, les situations que les magistrats ont à traiter sont en général d'une autre nature qu'une confrontation entre modes de vie des justiciables et loi française ou belge. Là surtout s'observe le lien indissoluble entre la sphère privée et de la sphère publique.

Les propos des magistrats – « la diversité culturelle apparaît surtout en matière familiale » – contrastent avec les images récoltées au cours des audiences : la diversité – au sens de pratiques et valeurs différentes – apparaît relativement peu, que ce soit dans les attitudes ou dans les demandes des justiciables ; et quand elle se manifeste, elle n'est pas au centre du débat. Cette rareté est à rapprocher de la nature de la procédure de divorce. Les évolutions législatives vont dans le sens d'une simplification en vue d'une accélération des procédures pour une « gestion » plus efficace de ce contentieux de masse. Moyennant quoi les affaires sont souvent expédiées, en termes de chiffres plus que de modes de vie, et cela d'une façon d'autant plus homogène que les demandes elles-mêmes le sont. L'absence relative d'éléments culturels serait donc, parallèlement à une explication de nature organisationnelle, attribuable au fait que les populations immigrées sont en réalité de plus en plus « intégrées ». L'observation faite dans le champ pénal se confirme : « la » culture n'a rien d'homogène ni de figé. Quant à la « dimension administrative » de la culture, elle prend ici toute son ampleur : les liens matrimoniaux ou de filiation, qu'ils soient ou non différents par leur contenu, sont de nature à permettre l'accès au territoire. Ils donnent alors lieu à diverses stratégies, à des détournements portant aussi bien sur les institutions juridiques que sur la procédure judiciaire. On voit bien à quel point la question des rapports familiaux dans les familles à composante migratoire ne peut être pensée en faisant abstraction des politiques migratoires que développent les pays d'accueil.

Enfin, la partie comparative de la recherche a également été le lieu d'un déplacement du questionnement : alors qu'on n'observe pas de véritable contraste entre les attitudes des magistrats français et belges, des différences apparaissent en amont, au niveau de la production du droit : création d'incriminations spécifiques visant des pratiques qualifiées de culturelles, et codification d'un droit jusque-là jurisprudentiel, le droit international privé. Ce

dernier « épisode » de l'enquête vient à la fois compléter les enseignements des précédents et ouvrir de nouveaux espaces de recherche.

On terminera sur ce dernier aspect. Comme on le disait en introduction, au moment où l'enquête se termine, la curiosité, l'envie de repartir le disputent à une relative frustration. A vouloir embrasser large on s'est exposé à ne pas pouvoir exploiter à fond le matériau accumulé. En contrepartie, de multiples horizons s'ouvrent à nous. Parmi les questions à approfondir, nous retenons en particulier la façon dont l'activité judiciaire en matière familiale et d'état des personnes ne peut être entièrement dissociée de l'évolution législative en matière d'immigration. Sur cette question, de même que sur celle de l'émergence d'une « culture immigrée » plus hybride que ne le laissent penser les visions stéréotypées, le travail ne fait que commencer.

BIBLIOGRAPHIE

- AMSELLE, J.-L., 2011, La société française piégée par la guerre des identités, *Le Monde*, 15 septembre 2011.
- BASTENIER, A., 2010, L'identité culturelle et religieuse de l'étranger face au droit : le point de vue d'une sociologie réaliste, in Carlier, J.-Y. (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, pp. 295-311.
- BERNARD-MAUGIRON, N., DUPRET, B., 2012, *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant.
- BORRILLO, D., 2009, *Le droit des sexualités*, PUF, coll. Les voies du droit.
- BOUCHARD, G. et TAYLOR, C., 2008, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliés aux différences culturelles*, Archives Nationales du Québec, www.accommodements.qc.ca
- BRION, F., 2011, User du genre pour faire la différence ? La doctrine des délits culturels et de la défense culturelle, in Ringelheim, J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, pp. 847-866.
- BRION, F., 2010, Contre la défense culturelle : de la discrimination positive à la décriminalisation, in Carlier, J.-Y. (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, pp. 261-282.
- CARLIER, J.-Y., 2011, Diversité culturelle et droit international privé, in Ringelheim, J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, pp. 699-711.
- CHRISTIANS, L.-L., 2010, Sustainable management of religious diversity : an overview of the Belgian model and its prospects for success, in Foblets, M.-Cl., Gaudreault-DesBiens, J.-F., Renteln, A. D. (eds), *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruylant, pp. 819-840.
- COLEMAN, D. L., 1996, Individualizing Justice through Multiculturalism : The Liberals' Dilemma, *Columbia Law Review*, Vol. 96, N° 5, June, pp. 1093-1167.
- FOBLETS, M.-Cl. & RENTELN A. D. (eds), 2009, *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Hart Publishing.
- FOBLETS, M.-Cl., 1998, 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*, 35-1, pp. 195-222.

- FULCHIRON, H., 2010, The French family judge encounters cultural pluralism, in Foblets, M.-Cl., Gaudreault-DesBiens, J.-F., Renteln, A. D. (eds), *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruylant, pp. 613-633.
- GOOD, A., 2008, Cultural evidence in courts of law, *Journal of the Royal Anthropological Institute*, S47-S60.
- GUENIF-SOUILAMAS, N., MACE, E., 2004, *Les féministes et le garçon arabe*, Paris, L'Aube.
- HERPIN, N., 1977, *L'application de la loi. Deux poids, deux mesures*, Paris, Seuil.
- HUYBRECHTS, L., 2011, La multiculturalité en droit pénal, in Ringelheim, J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, pp. 821-846.
- JOBARD, F., NEVANEN, S., 2007, La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005), *Revue française de sociologie*, vol. 48, n° 2, pp. 243-272.
- KEPEL, G., 2012, *Banlieue de la République*, Paris, Gallimard.
- LAGRANGE, H., 2010, *Le déni des cultures*, Paris, Seuil.
- LE ROY, E., 2009, L'intermédiation culturelle judiciaire, in Tessier, S. (dir.), *Familles et institutions : cultures, identités et imaginaires*, Toulouse, Erès, pp. 199-207.
- LEONARD, Th., 2010, Ces papiers qui font le jugement. Inégalités entre Français et étrangers en comparaison immédiate, *Champ pénal / Penal Field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. VII | 2010, mis en ligne le 24 septembre 2010, consulté le 7 décembre 2011. URL : <http://champpenal.revues.org/7879>
- MAUGER, G., 2011, Retrouvons la question sociale occultée, *Le Monde*, 13 octobre 2011.
- MAYER, P., HEUZE, V., 2007, *Droit international privé*, Montchrestien, 9^e éd.
- MUCCHIELLI, L. 2012, Délinquance et immigration : une erreur de logique qui ne pardonne pas, billet de blog, 5 mars, <http://insecurite.blog.lemonde.fr/2012/03/05/delinquance-et-immigration-une-erreur-de-logique-qui-ne-pardonne-pas/>
- Note, 1986, The Cultural Defense in the Criminal Law, *Harvard Law Review*, Vol. 99, n° 6, April, pp. 1293-1311.
- OBSERVATOIRE NATIONAL DES ZONES URBAINES SENSIBLES, *Rapport 2011*, pp. 76 et s.
- OST, F., 2011, La diversité culturelle : oser la pensée conjonctive, in Ringelheim, J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, p. XI.

- RENTELN, A. D.; and FOGLETS, M.-Cl. (eds), 2009, *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, Oñati International Series in Law and Society.
- RENTELN, A. D., 2005, The Use and Abuse of the Cultural Defense, *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, vol. 20, n° 1, pp. 47-67.
- RENTELN, A. D., 2004, *The Cultural Defense*, Oxford University Press.
- RINGELHEIM, J. (dir.), 2011, *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant.
- ROBERT, M.-P., 2010, De la prise en compte de la diversité culturelle par le droit pénal : l'expérience canadienne, in Carlier, J.-Y. (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, pp. 283-294.
- ROULAND, N., 1994, La tradition juridique française et la diversité culturelle, *Droit et Société*, n° 27, p. 380 et s.
- SIMON, P., 2008, Les statistiques, les sciences sociales françaises et les rapports sociaux ethniques et de « race », *Revue Française de Sociologie*, 49-1, pp. 153-154.
- SONG, S., 2005, La défense par la culture en droit américain, *Critique internationale*, n° 28, juillet-septembre.
- TRIBALAT, M., 2010, *Les yeux grand fermés : l'immigration en France*, Paris, Denoël.
- TRUFFIN, B., LAPERCHE, F., 2011, « Ils emportent leur secret ». Regards ethnographiques sur le traitement judiciaire des conflits conjugaux en contexte multiculturel, in Ringelheim, J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, pp. 657-698.
- VAN BROECK, J., 2001, Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences), *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, vol. 9-1, pp. 1-32.
- VOLPP, L., 1994, (Mis)Identifying Culture: Asian Women and the "Cultural Defense", *Harvard Women's Law Journal*, 57, 57.

TABLE DES MATIERES

LA JUSTICE ET LA « DIVERSITE CULTURELLE ». AU PAYS DES AVEUGLES ?	3
CHAPITRE 1. UNE QUESTION TABOU ?	9
1. Les yeux grand fermés	9
1.1 Vous avez dit « diversité culturelle » ?	9
1.2. Quelle étrange question !	12
2. Tout bien réfléchi... Si vous insistez.....	19
2. 1. « Culture » et contenu ou existence du conflit soumis au juge.....	20
2.2. « Culture » et processus judiciaire	28
3. Quand faire c'est ne pas dire	31
3.1. Les interactions : « Il y a le droit et il y a le reste... »	32
3.2. La décision : des mots et des actes.....	36
4. Une double difficulté	41
4.1. « La » culture : entre stéréotypes et bricolage	41
4.2. Egalité ou équité ? Un choix impossible ?	44
CHAPITRE 2. CULTURE ET PROCES PENAL.....	51
1. La défense culturelle, rencontre du droit et de l'anthropologie	51
1.1. La défense culturelle : une stratégie judiciaire	52
1.2. Aspects anthropologiques	57
1.3. Face au dilemme	58
2. Les yeux perdus de Samira.....	62
2.1. Les faits	63
2.2. Tout sauf une défense culturelle	65
2.3. Déplacer le regard	69
CHAPITRE 3. DES FAMILLES COMME LES AUTRES ?.....	75
1. La diversité culturelle : valeurs et modes de vie	79
1.1. Un choc des cultures ?	79
1.2. Une relative intégration.....	83
1.3. Des demandes spécifiques ?.....	85
2. La diversité culturelle : venir d'ailleurs.....	89
2.1. Etre d'ici et d'ailleurs.....	90
2. 2. Vouloir venir d'ailleurs.....	93
CHAPITRE 4. FRANCE-BELGIQUE : DE L'APPLICATION DU DROIT A SA PRODUCTION	105
1. Des incriminations spécifiques	106
2. La codification du droit international privé	113
2.1. Pourquoi un code ?.....	114
2.2. Un code, comment ?	115
2.3. L'esprit du code : réformer sans révolutionner.....	116
2.4. « Une certaine audace »	120
2.5. De la théorie à la pratique : « Le problème est ailleurs »	122
CONCLUSION	125
BIBLIOGRAPHIE	129