

L'expertise culturelle : une nécessité dans une procédure pénale moderne ?

I. Introduction

Les droits pénaux modernes sanctionnent en principe uniquement les personnes ayant commis une infraction sur leur territoire, mais toutes ces personnes, quelle que soit leur provenance ou la durée de leur séjour. Cela peut parfois poser problème dans la mesure où les interdits légaux varient d'un pays à l'autre, et qu'une personne peut donc ne pas savoir qu'un comportement admis dans son pays d'origine est prohibé dans son pays d'accueil. Mais le problème peut également être plus fondamental : une personne migrante peut savoir que son comportement est prohibé à l'endroit où elle se trouve, mais être tout de même poussée à agir pour préserver ce que sa culture d'origine considère comme étant des intérêts supérieurs. Doit-elle alors être poursuivie et punie indépendamment des motifs culturels qui l'ont incitée à agir ?

La présente contribution a pour but d'explorer la possibilité pour le prévenu d'invoquer un facteur culturel dans un procès pénal et la manière dont ce facteur culturel pourrait, le cas échéant, être pris en compte. Après une tentative de définition de ce que sont la culture et la défense culturelle, nous nous demanderons s'il est souhaitable de prendre en compte la culture d'origine d'un prévenu. Nous nous interrogerons ensuite sur les modalités de la prise en compte de la culture du prévenu dans le processus pénal et sur les effets qu'une éventuelle expertise culturelle pourrait avoir sur la procédure, que ce soit par le biais d'une ordonnance de classement en opportunité, la reconnaissance d'une erreur, la requalification de l'acte, l'admission de circonstances atténuantes, la fixation de la peine, ou dans le cadre de l'exécution de la peine.

II. Culture et droit pénal

L'UNESCO définit la culture de la façon suivante: «La culture, dans son sens le plus large, est considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances»¹. Les normes culturelles en vigueur dans une communauté donnée sont transmises aux nouveaux membres par le biais de processus de socialisation et internalisées par les personnes qui vivent dans cette communauté. C'est ce cadre que l'individu utilisera ensuite pour évaluer ses expériences, organiser ses activités, et définir ses réponses au monde

¹ Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles, Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet - 6 août 1982.

qui l'entoure². Le fait de savoir si la culture influence les comportements – et, si oui, comment – est controversé dans la littérature sociologique et anthropologique. Pour certains, la culture n'influence pas le comportement au moment où il se produit, et ne peut être utilisée qu'*a posteriori* pour comprendre ce qui s'est passé. A l'inverse, d'autres auteurs estiment que la culture s'enracine profondément dans l'identité de la personne et détermine ensuite ses actions (déterminisme culturel)³. Entre les deux, un continuum de perspectives attribue plus ou moins d'agentivité aux personnes socialisées dans la culture en question et plus ou moins de pouvoir aux standards culturels pour influencer le comportement de ces personnes⁴.

Le droit et son application, quant à eux, sont le reflet de la culture dominante dans la société qui les édicte. Ils ne sont jamais neutres du point de vue des valeurs ; les normes pénales, en particulier, établissent quels intérêts sont dignes de protection dans une société donnée et reflètent les valeurs dominantes du groupe social en question⁵. Par exemple, ce qui constitue un mobile *particulièrement odieux* au sens de l'art. 112 CP, ce qu'est une émotion *excusable* au vu des circonstances au sens de l'art. 113 CP, ou la *bassesse de caractère* de l'art. 231 CP, renvoie à des notions morales définies par la communauté⁶. En ce sens, la définition des comportements constitutifs d'une infraction pénale est toujours un construit social⁷. Or, les normes sociales diffèrent d'un pays à l'autre. Il arrive donc qu'une personne migrante commette une infraction dans un pays donné, non pas parce qu'elle l'a directement voulu, mais parce qu'elle ignorait que le comportement était constitutif d'une infraction, ou parce que, en agissant de façon conforme aux normes de sa culture d'origine, elle s'est mise en porte-à-faux avec les normes pénales de sa société d'accueil.

L'art. 21 CP – sur lequel nous reviendrons plus avant –, permet de prendre en compte la méconnaissance d'une norme pénale et, sous certaines conditions, de mettre l'auteur d'une infraction au bénéfice d'une erreur sur l'illicéité. Cette disposition ne permet toutefois pas de couvrir la grande variété de situations dans lesquelles une personne d'origine étrangère peut violer la norme pénale suisse parce qu'elle avait des représentations et poursuivait des buts qui étaient propres à sa culture d'origine. Cela pose problème, à notre sens, car la répression pénale est basée sur l'idée de faute⁸ ; or, comment sanctionner une personne qui agit pour préserver ce qu'elle considère comme étant des intérêts supérieurs, lorsque sa société d'accueil ne reconnaît pas ces intérêts supérieurs comme valides, ou seulement de façon limitée ?

Si la question de la prise en compte, par les tribunaux, de valeurs et de pratiques issues d'un univers culturel minoritaire fait l'objet d'une littérature abondante en Amérique du Nord depuis

² K. L. Levine, *Negotiating the boundaries of crime and culture: a sociological perspective on cultural defense strategies*, *Law and Social Inquiry* 2003, 39, 42.

³ S. Ortner, *Patterns of history: Cultural schemas in the founding of Sherpa religious institutions*, in: *Culture through time: Anthropological approaches*, Emiko Ohnuki-Tierney (édit.), Stanford University Press, 57.

⁴ Levine (n. 2), 46.

⁵ N. Capus, *Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Bern 2010, 87 ss et les références citées.

⁶ I. Egeter, *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, Zurich 2002, 23.

⁷ Même si on a pu s'interroger sur le caractère absolu de certaines incriminations, comme le meurtre. Les circonstances justifiant le meurtre dans un groupe social sont toutefois relatives et varient selon les époques et les lieux (guerre, sacrifice aux dieux, légitime défense, par exemple). Dans l'affaire *State v. Butler* (No. 44496, Lincoln Cty. Cir. Ct. filed Mar. ii, 1981, cité dans *The Cultural Defense in the Criminal Law*, *Harvard Law Review*, 1986, 1293, 1297), par exemple, les prévenus avaient tué un homme qui avait profané un cimetière considéré comme sacré par leur tribu. Leur avocat plaida notamment que, pour les prévenus, le meurtre de cet homme était une réponse à un comportement considéré comme un acte de guerre.

⁸ Sur cette notion, voir L. Parein, *La fixation de la peine : de l'homme « coupable » à l'homme « capable »*, Zurich 2010.

une trentaine d'années⁹, elle n'est qu'embryonnaire en Europe francophone¹⁰ et en Suisse¹¹. Pourtant, la question est pertinente à notre époque en raison de la mobilité croissante des personnes, que ce soit pour des raisons migratoires, commerciales ou touristiques.

III. La défense culturelle

La défense culturelle est définie par *Alison Renteln*, comme visant 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 »¹². L'argument culturel peut ainsi avoir plusieurs facettes. Il peut consister à plaider que le migrant¹³ ignorait que l'acte qu'il commettait était illégal dans sa société d'accueil, car il était légal, ou à tout le moins toléré, dans sa culture d'origine ; que le migrant savait que l'acte était illégal dans sa société d'accueil mais l'a tout de même posé car sa culture lui donnait des raisons supérieures de le faire¹⁴ ; ou finalement, que le migrant a agi par réflexe, car il était, en quelque sorte, en « autopilote culturel »¹⁵.

⁹ A ce propos, voir par exemple : Harvard Law Review (n. 7) ; *L. Volpp*, (Mis)Identifying culture : Asian women and the « cultural defense », Harvard Women's Law Journal 1994, 57 ; *D.L. Coleman*, Individualizing justice through multiculturalism : The liberals' dilemma, Columbia Law Review, 1996, 1093 ; *A.D. Renteln*, The cultural defense, Oxford 2004 ; *A.D. Renteln*, The use and abuse of the cultural defense, Canadian Journal of Law and Society 2005, 47 ; *S. Song*, La défense par la culture en droit américain, Critique Internationale 2005, 61 ; *M. Jéséquel*, La justice à l'épreuve de la diversité culturelle, Montréal 2007.

¹⁰ *A. Wyvekens/C. Cardi*, Justice et diversité culturelle, Rapport pour la Mission de recherche Droit et Justice, Paris 2012 ; *A. Wyvekens*, La justice pénale face à la « diversité culturelle » : la défense culturelle en questions, Revue de droit pénal et de criminologie 2017, 887 ; *O. Benoist* (édit.), Justice et diversité culturelle, Aix-Marseille 2016 ; Pluralisme culturel et politique criminelle, Archives de politique criminelle 36/1, Paris 2014.

¹¹ *Egeter* (n. 6) ; *T. Frischknecht*, « Kultureller Rabatt », Überlegungen zu Strafausschluss und Strafmässigung bei kultureller Differenz, Berne 2009, 31 ; *S. Zimmerlin*, Strafzumessung im Kulturkonflikt. Zur Beurteilung des Verschuldens bei fremder Herkunft des Täters, in: Diskriminierung und Integration, (Rechts-) Geschichten in einem sozialen System, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich und Beiträge von ausgewählten Freunden. Zum 60. Geburtstag von Frau Professor Marie Therese Fögen, B. Luginbühl, J. Schmidt (édit.), Zurich 2006, 261 ; *N. Queloz/M.A. Niggli/C. Riedo* (édit.), Droit pénal et diversités culturelles, Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, Zurich 2012.

¹² *Renteln*, The cultural defense (n. 9), 187. Pour une reprise en français, voir *F. Brion*, User du genre pour faire la différence ? La doctrine des délits culturels et la défense culturelle, in: Le droit et la diversité culturelle, J. Ringelheim (édit.), Bruxelles 2011, 847, 848. Dans la suite de cette contribution, nous emploierons l'expression « défense culturelle » dans un sens large, comme synonyme de la prise en compte d'un facteur culturel lié à l'origine du prévenu, et non dans le sens strict que lui donnent certains droits états-unis.

¹³ Nous employons le terme « migrant » par commodité de langage. En réalité, comme nous le verrons plus loin, une personne peut relever d'une culture minoritaire dans son propre pays, comme les Amérindiens aux Etats-Unis actuellement, ou encore les adeptes de tauromachie en France. Sur ce dernier sujet, voir *C. Duvert*, Exception culturelle et droit pénal, Archives de politique criminelle 2014, 24.

¹⁴ *T. Taylor*, Comment, The cultural defense and its irrelevancy in child protection law, Boston College Third World Law Journal 1997, 331, 344. Voir également *N. A. Gordon*, The implication of memetics for the cultural defense, Duke Law Journal 2001, 1809, 1813.

¹⁵ Pour reprendre les termes de *Coleman*, qui évoque aussi l'idée d'un état hypnotique induit par la culture (« a culturally induced hypnotic state »). Voir *D. L. Coleman*, Culture, cloaked in mens rea, *Mens Rea* 2001, 981, 988.

La notion de défense culturelle semble être apparue pour la première fois en Californie en 1984 (sous l'appellation de « *cultural defense* »)¹⁶: cette année-là, Fumiko Kimura, japonaise vivant à Los Angeles découvrit que son mari avait une maîtresse depuis plusieurs années. Après avoir tenté une réconciliation qui échoua, elle prit ses deux enfants en bas âge par la main et marcha tout droit dans l'océan Pacifique, dans le but de se suicider et d'emmener ses enfants avec elle. Des passants vinrent à leur secours, mais seule la mère survécut. Poursuivie pour l'assassinat de ses deux enfants, Kimura expliqua avoir voulu commettre un « oya-ko shinju », soit un suicide parent-enfant¹⁷. La défense argua du fait que la prévenue pensait que son acte était la meilleure solution pour elle et ses enfants, parce sa propre mort était la seule issue honorable à la suite de l'adultère de son mari, et qu'il lui était inconcevable de ne pas prendre ses enfants avec elle dans la mort. Trois éléments propres à la culture japonaise sont importants pour tenter de comprendre sa perspective:

1. le suicide est généralement mieux considéré au Japon que dans les sociétés occidentales, ce qui le rendait probablement plus acceptable aux yeux de la prévenue que pour le citoyen américain *lambda* ;
2. dans la culture japonaise, la mère et l'enfant sont perçus comme ayant une identité conjointe ; il en résulte que, en cas de « oya-ko shinju », l'homicide de l'enfant n'est pas perçu comme étant un acte séparé du suicide du parent¹⁸ ;
3. il existe, dans la culture japonaise, une stigmatisation forte des enfants orphelins de mère ; la prévenue voulait se suicider après la destruction de son mariage, mais ne voulait pas faire de ses enfants des orphelins, car elle aurait alors été « une mauvaise mère ».

Dans sa vision des choses, la prévenue avait donc agi de la meilleure façon possible pour ses enfants au vu des circonstances. Il est par ailleurs établi que la prévenue respectait la culture japonaise dans de nombreux aspects de sa vie et vivait en Californie au sein d'une communauté japonaise très soudée. Lors du procès, il fut établi que, au Japon, le « oya-ko shinju » constituait une forme d'homicide par négligence. De plus, au début des années 1980 à tout le moins, l'opinion publique japonaise était en général plutôt compatissante envers le parent qui commettait un tel acte (surtout s'il s'agissait de la mère), et les tribunaux tendaient à être cléments envers ce type de prévenus¹⁹. Le tribunal californien qui jugea de cette affaire mit la prévenue au bénéfice d'une irresponsabilité partielle²⁰, la reconnut coupable de meurtre commis sous le coup d'une émotion violente et la condamna à un an de privation de liberté assorti de 5 ans de probation.

¹⁶ *People v. Kimura*, No. A-091133 (L.A. Super. Ct. Nov. 21, 1985), cité par *M. Sharafi*, Justice in many rooms since Galanter: De-romanticizing legal pluralism through the cultural defense, *Law and Contemporary Problems* 2008, 139, 143. Sur cette affaire, voir not. *E. M. Chiu*, Culture as justification, not excuse, *American Criminal Law Review* 2006, 1316, 1351; *M. W. C. Wu*, Culture is no defense for infanticide, *Journal of Gender, Social Policy and the Law* 2002, 975, 994 .

¹⁷ Sur ce concept, et la réponse que le système pénal japonais réserve à ce type de cas, voir *A. Matsumoto*, A place for consideration of culture in the American criminal justice system : Japanese law and the Kimura case, *Journal of International Law and Practice* 1995, 507 ; *T. L. Bryant*, Oya-ko shinju : Death at the center of the heart, *Pacific Basin Law Journal* 1990, 1.

¹⁸ Une vision diamétralement opposée à la perspective occidentale, dans laquelle l'enfant, aussi jeune soit-il, est toujours considéré comme une personne à part entière.

¹⁹ *Matsumoto* (n. 17), 512. *Sheybani*, Cultural defense : one person's culture is another's crime, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 1987, 761 et les références citées.

²⁰ Une fiction légale visant à atténuer sa culpabilité, puisque la prévenue n'avait pas perdu ses facultés volitives ou cognitives au moment de l'acte.

A la suite de cette affaire, une note fut publiée en 1986 dans la *Harvard Law Review*²¹ qui faisait indirectement référence à la théorie du conflit de culture de *Thorsten Sellin*²² : « *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. (...) Should cases like these proceed to trial, the defendants may attempt to raise an affirmative defense based on their cultural backgrounds – a “cultural defense.”* ». Depuis lors, la défense culturelle a été admise dans plusieurs affaires jugées aux Etats-Unis, même si la forme dans laquelle elle doit être prise en compte a fait l’objet de vifs débats²³.

En Europe, la défense culturelle ne constitue pas un concept juridique en tant que tel, mais l’idée de tenir compte de la culture d’un prévenu pour requalifier les faits ou atténuer la peine a été concrétisée dans plusieurs pays ces dernières années, notamment en Angleterre²⁴, en Allemagne²⁵, en Autriche²⁶ et en Italie²⁷. L’approche semble être plus restrictive en Espagne où, selon certains auteurs, une défense culturelle serait difficilement admise dans un cas concret²⁸. Aux Pays-Bas, si le système pénal semble avoir été initialement ouvert à l’idée d’une défense culturelle, la tendance actuelle semble être au rejet d’une telle possibilité²⁹. En France, le sujet a encore été très peu abordé³⁰, alors qu’en Belgique, il est débattu dans la littérature, à défaut d’être évoqué concrètement dans la jurisprudence³¹. En Suisse, la culture étrangère d’un prévenu est régulièrement évoquée dans les médias³², et il n’est pas exclu que de telles considérations soient prises en compte par le tribunal saisi d’un cas concret lors de la fixation de la peine. La littérature sur le sujet reste toutefois limitée et le Tribunal fédéral semble, jusqu’à présent, ne pas s’être fréquemment penché sur la question.

²¹ *Harvard Law Review* (n. 7).

²² *T. Sellin*, *Culture conflict and crime*, *American Journal of Sociology* 1938, 97. A ce propos, voir *A. Kuhn*, *Sommes-nous tous des criminels ?*, 4^{ème} édition, Charmey 2013, 46–47.

²³ *T. Goldstein*, *Cultural conflicts in court: should the American criminal justice system formally recognize a « cultural defense » ?*, *Dickinson Law Review* 1994, 141 ; *Chiu* (n. 16) ; *N. S. Kim*, *The cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis*, *New Mexico Law Review* 1997, 101.

²⁴ *A. Phillips*, *When culture means gender: Issues of cultural defence in the English courts’*, *Modern Law Review* 2003, 510.

²⁵ *S. Maier*, *Honor killings and the cultural defense in Germany*, in: *Multicultural jurisprudence: Comparative perspectives on the cultural defense*, M.-C. Foblets/A. Dundes Renteln (édit.) Oxford 2009, 229; *M.-L. Frick*, *The cultural defense and women’s human rights: An inquiry into the rationales for unveiling Justitia’s eyes to ‘Culture’*, *Philosophy and Social Criticism* 2014, 555, 557.

²⁶ ‘*Umstrittenes Totschlag-Urteil: Machtwort der Ministerin*’, *Die Presse* 26.01.2010, https://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/535489/Umstrittenes-TotschlagUrteil_Machtwortder-Ministerin (dernière consultation 11.2.2019).

²⁷ Voir notamment *F. Basile*, *I reati cd. ‘culturalmente motivati’ commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, *Questione Giustizia* 2017, 126.

²⁸ *B. Truffin/C. Arjona*, *The cultural defense in Spain*, in: *Multicultural jurisprudence: Comparative perspectives on the cultural defense*, M.-C. Foblets/A. Dundes Renteln (édit.) Oxford 2009, 85.

²⁹ *M. Siesling/J. Ten Voorde*, *The paradox of cultural differences in Dutch criminal law*, in: *Multicultural jurisprudence: Comparative perspectives on the cultural defense*, M.-C. Foblets/A. Dundes Renteln (édit.) Oxford 2009, 145. Voir également *B.C Oude Breuil*, *Dealing with the ethnic other in criminal law practice: a case study from the Netherlands*, in: *Multicultural jurisprudence: Comparative perspectives on the cultural defense*, M.-C. Foblets/A. Dundes Renteln (édit.) Oxford 2009, 287.

³⁰ *Duvert* (n. 13).

³¹ *Wyvekens* (n. 10), 888 et les références citées.

³² On pensera par exemple au cas de cette mère somalienne condamnée en juillet 2018 par un tribunal neuchâtelois pour avoir fait exciser ses deux filles en Somalie, condamnation confirmée par le Tribunal fédéral récemment (arrêt du TF 6B_77/2019 du 11.2.2019).

IV. Faut-il prendre en compte la culture du prévenu dans le procès pénal?

Si le droit pénal suisse permet de prendre en compte certaines défenses culturelles par le biais de l'erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP (voir ci-après), les conditions d'application de cette disposition sont très strictes. On peut dès lors se demander si la culture du prévenu pourrait être considérée plus largement au procès pénal par le biais d'un autre mécanisme. Mais avant de se demander comment la diversité culturelle pourrait être prise en compte, se pose la question de savoir s'il serait pertinent de le faire.

La littérature sur le sujet est partagée. La prise en compte de la culture du prévenu pourrait se justifier, à un niveau théorique, car le cadre culturel dans lequel la personne évolue modifie potentiellement le degré de faute qui lui est imputable après la commission d'une infraction. La culpabilité de l'auteur dépendant notamment de ses motivations et des buts qu'il poursuivait lors de la commission de l'acte, il est en effet difficile de comprendre ce qui a poussé l'auteur à agir si on ne saisit pas comment il envisage le monde. Les médecines traditionnelles offrent à cet égard quelques exemples parlants. Au Vietnam, le « *cao gio* » consiste à gratter ou couper le dos et les épaules d'une personne souffrante afin de permettre à la maladie de s'échapper du corps³³. Comment serait jugé en Suisse un parent qui imposerait cela à son enfant ? Dans sa vision des choses, c'est pour *soigner* l'enfant, et non pour lui faire du mal, que le parent aurait agi de la sorte. Dans sa perspective, la situation serait donc diamétralement différente de celle du parent qui éteint une cigarette sur la main de son enfant dans un moment de colère ou pour le « discipliner ». Or, selon notre perspective, tous les deux commettraient intentionnellement une lésion corporelle sur l'enfant, ce même si leurs raisons d'agir seraient tout autres. A l'inverse, la majorité d'entre nous porte probablement un regard très différent sur le parent suisse qui fait percer les oreilles de sa fille de 3 ans et sur la mère Yoruba qui scarifie les joues de ses fils mineurs, alors que, dans les deux cas, il s'agit de lésions corporelles et le but poursuivi par le parent est de rendre l'enfant plus beau selon les normes esthétiques du groupe social duquel il provient³⁴. Pour ses promoteurs, la prise en compte de la culture du prévenu serait donc un prérequis pour garantir à ce dernier un procès équitable³⁵. A défaut, il existerait un risque que le tribunal juge la personne sur la base de sa propre vision du monde et en projetant sur le prévenu les motivations et buts typiques d'un prévenu indigène, peut-être bien différents des motivations et buts ayant animé le prévenu migrant³⁶.

Prendre en compte la culture du prévenu permettrait également, en théorie du moins, de mieux individualiser la sanction et de diminuer ainsi le risque de récidive. En prenant en compte la façon qu'a une personne de concevoir son existence et le monde qui l'entoure, l'autorité pourrait aménager l'exécution de la sanction de façon à la faire correspondre au mieux aux besoins de la personne et, le cas échéant, aux besoins de protection de la société par rapport à cette personne. Cela permettrait de mieux cerner les facteurs de risque pouvant mener à une récidive et d'identifier les facteurs de protection promouvant le désistement des activités criminelles. En imposant une sanction qui ait un sens pour le prévenu au vu de ses antécédents culturels, l'autorité pourrait ainsi promouvoir une meilleure (re)socialisation du prévenu dans la culture d'accueil, conformément au mandat de l'art. 75 al. 1 CP.

³³ Pour de nombreux autres exemples de pratiques étrangères à notre culture et qui seraient définies en Occident comme de la maltraitance infantile, voir *Taylor* (n. 14) ; *Levine* (n. 2), 50.

³⁴ Voir l'affaire anglaise *R. v. Adesanya* dans *Egeter* (n. 6), 37-38, dans laquelle le juge acquitta la prévenue, notamment parce que l'acte en question n'avait causé que des cicatrices minimales aux enfants.

³⁵ *A. T. Lam*, Culture as a defense : preventing judicial bias against Asians and Pacific Islanders, *Asian American and Pacific Islands Law Journal* 1993, 49, 50.

³⁶ *N. S. Kim*, Blameworthiness, intent and cultural dissonance : the unequal treatment of cultural defense defendants, *University of Florida Journal of Law and Public Policy* 2006, 199, 201.

Pour ses promoteurs, la prise en compte de la culture du prévenu au procès pénal produirait des effets bénéfiques au-delà du cas d'espèce, dans le groupe social lui-même. Une telle pratique permettrait en effet de reconnaître formellement le caractère multiculturel des sociétés occidentales modernes et de promouvoir la tolérance envers les personnes issues de cultures différentes. Les valeurs d'autres cultures seraient ainsi reconnues comme légitimes dans le groupe social, ce qui enverrait un signal positif en direction des communautés concernées. En montrant aux personnes issues de cultures minoritaires que leur société d'accueil respecte leurs croyances (ou, à tout le moins, essaie de les comprendre), celle-ci faciliterait (paradoxalement) leur intégration dans la communauté locale. La recherche empirique a d'ailleurs montré que, plus que l'issue d'une procédure, c'est le sentiment d'avoir été traité de façon équitable par une autorité légitime qui détermine l'attitude de la personne dans le futur³⁷. De façon indirecte, prendre en compte la culture du prévenu pourrait donc protéger la société d'accueil contre des actes de violence commis par des migrants développant un ressentiment face aux autorités indigènes. Enfin, admettre le recours à argument culturel permettrait de sortir de l'ethnocentrisme qui a caractérisé le fonctionnement des systèmes pénaux modernes jusqu'à présent³⁸, d'enrichir la société d'accueil en la faisant évoluer³⁹, voire d'agir comme rempart contre le despotisme en encourageant la société à questionner le bien-fondé de ses normes⁴⁰.

Toutefois, la prise en compte de la culture du prévenu en procédure pénale a également des opposants, et les objections à l'invocation de la culture du prévenu sont multiples. Pour ses détracteurs, la prise en compte de la culture du prévenu pose tout d'abord problème car elle peut entrer en conflit avec les principes de légalité et d'égalité de traitement. Une bonne illustration de cet argument est l'affaire *Chen*⁴¹ aux Etats-Unis : en 1987, à New York, un immigré âgé de 50 ans et arrivé de Chine une année auparavant tua sa femme à coups de marteau après avoir découvert qu'elle l'avait trompé. Pour sa défense, Chen invoqua le fait que le mariage est une institution sacrée en Chine et que l'adultère de sa femme l'avait profondément humilié. Le tribunal new-yorkais accepta cet argument culturel, requalifia l'acte (il avait initialement été poursuivi pour homicide intentionnel), et condamna le prévenu pour homicide par négligence à cinq ans de probation. Or, en quoi la situation de Chen était-elle différente du New-Yorkais de souche qui, apprenant que sa femme le trompe, en ressent une profonde douleur et la tue dans un accès de rage ? On voit, dans cette affaire, comment l'argument culturel peut entrer en conflit avec l'égalité de traitement : en effet, le mariage est également une institution fondamentale en Occident, et bon nombre d'Occidentaux trompés par leur épouse auraient ressenti des émotions négatives intenses en apprenant une telle infidélité. Le fait de mettre le migrant au bénéfice de circonstances atténuantes dues à sa culture et de dénier à l'indigène, dans une affaire similaire, toute circonstance atténuante pose problème en termes d'équité. A cause de cela, l'affaire *Chen* a été désignée par certains « meilleur exemple ce qu'il ne faut pas faire » en matière de défense culturelle⁴².

La défense culturelle pose également problème car elle renvoie à l'idée de déterminisme culturel, soit l'idée que le comportement de l'individu est dicté par sa culture, sans qu'il ne puisse exercer la moindre. En ce sens, la prise en compte de la culture du prévenu pourrait enlever sa dignité à ce dernier, en le privant de son libre-arbitre⁴³. De surcroît, en reconnaissant

³⁷ T. Tyler, *Why people obey the law*, Princeton 2006.

³⁸ Wu (n. 16), 985 ; S. Beyea, *Cultural pluralism in criminal defense : an inner conflict of the liberal paradigm*, *Cardozo Public Law Policy & Ethics Journal* 2014, 705, 727 ; Frick (n. 25), 562.

³⁹ *Harvard Law Review* (n. 7), 1300.

⁴⁰ Mécanisme par lequel les normes en question peuvent être affaiblies et abandonnées, ou au contraire renforcées. Voir *Frischknecht*, (n. 11), 235.

⁴¹ *Beyea* (n. 38), 714 ; *Coleman*, (n. 15), 981, 983.

⁴² *Coleman* (n. 15), 983: «*Chen* is perhaps the clearest example of the misuse of cultural evidence in the *mens rea* context.»

⁴³ *Chiu* (n. 16), 1370.

à une personne provenant d'une culture minoritaire qu'elle peut être la proie de forces incontrôlables qui la poussent à agir d'une façon contraire à la loi, on établirait implicitement que les prévenus indigènes sont toujours libres d'agir comme ils le souhaitent, une thèse qui a également ses opposants⁴⁴. Pour ces derniers, tout un chacun peut être soumis à des pressions d'ordre économique, social, familial ou autre, qui peuvent le pousser à commettre une infraction. Mais, lorsqu'elles affectent des indigènes, ces pressions ne sont pas usuellement reconnues par le système pénal comme étant des excuses valables pour les comportements délictueux commis. En faire profiter les immigrés et non les autochtones serait alors perçu comme étant injuste pour ces derniers.

Par ailleurs, la défense culturelle, si elle peut être utilisée en théorie dans n'importe quel type de cas, profite *de facto* essentiellement à des hommes ayant tué ou agressé une femme ou un enfant⁴⁵, comme dans le cas des crimes d'honneur⁴⁶. En cela, elle affaiblit des protections que les sociétés modernes veulent universelles et qu'elles ont eu tendance à renforcer au cours des dernières décennies. Or, si, comme on le pense généralement, la norme pénale a pour mission de rappeler l'interdit à la collectivité et de décourager les délinquants potentiels, le fait de créer des exceptions pour des groupes entiers de personnes affaiblirait la norme et son effet de prévention générale⁴⁷. Cela pourrait même véhiculer le message que, pour certains groupes de personnes, des actes de violence seront tolérés ; un effet d'autant plus fort que ce type d'affaires est souvent très médiatisé⁴⁸. Certains ont d'ailleurs dénoncé la défense culturelle comme créant des zones de non-droit dans certaines communautés, où les hommes savent ne pas risquer grand-chose s'ils maltraitent leur famille, et où les femmes n'osent pas dénoncer les violences dont elles sont victimes car elles savent que les autorités tolèrent ce type de faits de la part de leurs pères et maris⁴⁹. Dans les faits, admettre une défense culturelle dans ce type de cas signifie que les femmes et enfants migrants ne jouiront pas de la même protection envers la violence domestique que les femmes et enfants indigènes.

L'argument culturel pourrait également poser problème en promouvant les stéréotypes, notamment en présentant tous les membres d'un certain groupe culturel sous des traits caricaturaux souvent négatifs⁵⁰. De l'affaire Chen, par exemple, un observateur américain

⁴⁴ *Gordon* (n. 14), 1816.

⁴⁵ *A. J. Gallin*, The cultural defense : undermining policies against domestic violence, *Boston College Law Review* 1994, 723, 725. Pour une réponse nuancée à la question de savoir si féminisme et multiculturalisme sont antinomiques, voir *L. Volpp*, Feminism versus multiculturalism, *Columbia Law Review* 2011, 1181. Sur la notion de crime d'honneur dans le contexte de la défense culturelle, voir not. *J. A. Cohan*, Honor killings and the cultural defense, *California Western International Law Journal* 2010, 177.

⁴⁶ Pour les Nations Unies, les crimes d'honneur ont trois composantes : 1) le fait de contrôler – ou le désir de contrôler – le comportement d'une femme ; 2) la honte ressentie par un homme qui a perdu – ou qui pense qu'il va perdre – le contrôle sur une femme ; et 3) le fait que ce sentiment de honte soit accru par la famille ou la communauté. Voir United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, Virtual Knowledge Center to End Violence Against Women and Girls, <http://www.endvawnow.org/en/articles/731-defining-honourcrimes-and-honour-killings.html> (dernière consultation 11.02.2019). Pour une perspective anthropologique sur l'honneur, voir not. *C. Giordano*, "Crimes d'honneur", droits coutumiers et droit positif: une perspective anthropologique, in: N. Queloz/M.A. Niggli/C. Riedo, *Droit pénal et diversités culturelles*, Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, Zurich 2012, 45.

⁴⁷ *Beyea* (n. 38), 722.

⁴⁸ *Cohan* (n. 45), 177, 248.

⁴⁹ *S. M. Tomao*, The cultural defense : traditional or formal ?, *Georgetown Immigration Law Journal* 1996, 241, 252.

⁵⁰ *A. DePalma*, I couldn't help myself – My culture made me do it : the use of cultural evidence in the heat of passion defense, *Chicana/o-Latina/o Law Review* 2009, 1, 14. On peut faire un parallèle avec certains arguments présentés pour défendre des femmes prévenues d'avoir commis un délit et dénoncés par les féministes comme promouvant une vision stéréotypée des femmes. On pensera notamment au syndrome prémenstruel, parfois invoqué pour expliquer des passages à l'acte violents.

caucasien aurait pu retenir que les hommes chinois ont des accès de rage incontrôlables qui les rendent imprévisibles et dangereux ; de l'affaire Kimura, que les Japonais accordent moins de valeur à leurs enfants que les Occidentaux⁵¹. D'une certaine manière, la défense culturelle aurait ainsi pour effet de transformer le procès du prévenu en tant qu'individu en procès contre la culture dont il provient. L'argument culturel pourrait dès lors véhiculer l'idée que le fait de provenir d'une culture étrangère est une sorte de défaut ou de handicap qui empêche la personne de se conformer aux lois⁵². Ce risque serait d'autant plus grand lorsque l'argument culturel est utilisé pour obtenir une diminution de responsabilité (comme cela a été le cas dans certaines affaires américaines). Le fait de profiter de la clémence des tribunaux après la commission de crimes graves pourrait également avoir pour effet, à moyen terme, de créer un ressentiment envers les minorités de la part de la population indigène, ressentiment qui, à terme, pourrait mettre en péril la cohésion sociale et l'intégration de ces mêmes minorités. Finalement, l'acceptation d'une défense culturelle pourrait avoir un effet contre-productif en termes pédagogiques, en n'encourageant pas les étrangers à se familiariser avec les lois locales, puisqu'ils n'y seraient, *de facto*, pas soumis⁵³.

En définitive, il apparaît donc qu'il existe autant d'arguments en faveur qu'en défaveur de la prise en compte d'un facteur culturel au procès pénal. Mais plutôt que de trancher de façon dichotomique entre un rejet absolu et une admission sans réserve, la prise en compte de la culture du prévenu pourrait également être soumise à conditions. C'est ce que nous explorerons dans la section suivante.

V. Le cas échéant, faut-il poser des limites à la prise en compte de la culture du prévenu ?

Si l'argument culturel est admis sur le principe, il n'en découle pas forcément qu'il doive pouvoir être invoqué par n'importe quel prévenu, dans n'importe quelles circonstances ; il pourrait être soumis à certaines conditions, plus ou moins restrictives⁵⁴.

Pour certains, le droit à invoquer un argument culturel appartiendrait d'abord aux immigrants nouvellement arrivés dans le pays d'accueil et devrait « expirer » après un certain temps. Cette période de temps pourrait être définie en termes absolus, c'est-à-dire après un certain nombre d'années passées dans le pays d'accueil⁵⁵. Dans un arrêt du Tribunal fédéral (TF), il a ainsi été jugé qu'un migrant vivant en Suisse depuis 24 ans ne pouvait plus arguer de la défense culturelle pour expliquer son geste (le meurtre de sa femme, en l'occurrence, qu'il expliquait par le fait qu'elle l'avait dominé, ce qui était insupportable dans sa culture)⁵⁶. Dans une autre affaire, également jugée par le TF, un homme d'origine turque avait été condamné pour le viol et

Le problème est que, si l'on invoque le syndrome prémenstruel pour excuser un comportement inadéquat, le danger existe que le même argument soit utilisé pour refuser aux femmes certains droits, certaines opportunités professionnelles, etc. Pour une synthèse de cette question, voir *V. Jaquier/J. Vuille*, Les femmes et la question criminelle, Délits commis, expériences de victimisation et professions judiciaires, Genève 2017, 101.

⁵¹ *DePalma* (note 50).

⁵² Sur cette idée, voir *Chiu* (n. 16) 1331 ; *Tomao* (n. 49), 253.

⁵³ *Frischknecht* (n. 11), 248.

⁵⁴ Sur ces questions, voir *Coleman* (n. 9), 1148. L'établissement de critères stricts est également souhaité par *T. Godel*, Aperçu du facteur culturel en droit pénal suisse, in : N. Queloz/M.A. Niggli/C. Riedo (édit.), Droit pénal et diversités culturelles, Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, Zurich 2012, 59, 72.

⁵⁵ *J.P. Sams*, The availability of the « cultural defense » as an excuse for criminal behavior, Georgia Journal of International and Comparative Law 1986, 335, 347.

⁵⁶ Arrêt du TF 6S.132/2001 du 15.6.2001 (d). A noter que le recourant avait lui-même déclaré ne pas être un Albanais du Kosovo « typique », ce qui a pu jouer un rôle dans l'appréciation du tribunal.

l'enlèvement d'une autostoppeuse⁵⁷. Le recourant avait demandé une atténuation de la peine en arguant du fait que, dans son pays d'origine, les infractions commises à l'encontre d'une prostituée étaient réprimées moins sévèrement que si la victime était une femme dite honorable⁵⁸. Tout en relevant que le vécu d'un immigré peut influencer sa représentation du monde et donc le degré de la faute commise, le Tribunal fédéral nota que le recourant vivait depuis plus de quatre ans en Suisse au moment des faits et aurait donc *pu* et *dû* se familiariser avec la mentalité suisse⁵⁹. Fixer un délai absolu après l'expiration duquel une personne ne pourrait plus être mise au bénéfice d'un facteur culturel serait évidemment compliqué : où mettre la limite ? Par ailleurs, un tel système pourrait à son tour créer des inégalités de traitement si le même délai est imposé à toutes les personnes étrangères, quelles que soient leur provenance et leurs circonstances personnelles. On pourrait en effet imaginer qu'une personne âgée provenant d'une culture très différente de la culture d'accueil ait davantage de difficultés à s'acclimater à son nouvel environnement qu'une personne plus jeune et/ou en provenance d'un pays culturellement relativement proche du pays d'accueil.

Le délai pourrait donc également être défini en termes relatifs, en fonction du degré d'acculturation effective de la personne dans la société d'accueil⁶⁰. Dans l'affaire Kimura mentionnée plus haut, par exemple, la prévenue avait vécu de nombreuses années aux Etats-Unis avant de tuer ses enfants. Mais l'enquête a également établi que, si elle se trouvait bien physiquement en Californie, toute son existence était guidée par les traditions japonaises et se déroulait au sein de la communauté japonaise locale. Le nombre d'années qu'elle avait effectivement passées dans le pays ne signifiait donc pas grand-chose concrètement⁶¹. En ce sens, le critère relatif semblerait plus équitable, mais requerrait une instruction importante pour établir le degré d'acculturation effective de la personne dans la société d'accueil au moment de la commission de l'acte. Se poserait également la question de savoir quels sont les marqueurs d'une acclimatation réussie dans la société d'accueil. En 1986, la note publiée dans la *Harvard Law Review* préconisait de prendre en compte le niveau d'exposition au système scolaire américain, le fait d'avoir un emploi aux Etats-Unis, le fait d'avoir des activités (associatives, de loisir, etc.) en dehors du groupe ethnique d'origine, et le rattachement à une religion occidentale⁶². Cette liste pourrait, le cas échéant, être revue pour tenir compte des sensibilités actuelles.

Au-delà de la question d'un éventuel délai, certains estiment que la défense culturelle devrait être exclue par principe pour certains délits graves. Par exemple, les meurtres d'enfants pourraient être exclus du champ d'application de la défense culturelle ; l'argument serait qu'aucune culture moderne ne tolère le meurtre d'un enfant⁶³. A l'inverse, l'argument culturel pourrait être admis pour des délits de gravité moindre, comme le fait de tuer un animal sauvage

⁵⁷ ATF 117 IV 7, JdT 1992 IV 167. Le TF avait noté que le viol d'une prostituée était également réprimé en Turquie. Même si l'infraction était atténuée dans ce pays, le recourant ne pouvait pas se prévaloir de ce fait pour obtenir une atténuation de peine en Suisse.

⁵⁸ Les femmes faisant de l'autostop au milieu de la nuit devant selon lui être considérées comme des femmes de petite vertu et donc assimilées à des prostituées.

⁵⁹ L'arrêt ne permet pas de savoir si une instruction avait été menée pour établir le degré d'intégration effectif de la personne en Suisse, ni pourquoi le TF a décrété dans le cas d'espèce que, après 4 ans, le recourant aurait dû et pu être bien intégré dans la société helvétique.

⁶⁰ *Cohan* (n. 45), 247. D'autres auteurs établissent une règle plus floue encore stipulant que plus la personne a passé de temps en Suisse, moins elle devrait pouvoir se prévaloir de sa culture d'origine ; voir *S. Heimgarnter*, in: *StGB/JStG Kommentar*, A. Donatsch (édit.), 20^e éd., Zurich 2018, Art. 47 StGB, N 13 ; *H. Wiprächtiger*, *Strafzumessung und bedingter Strafvollzug – eine Herausforderung für die Strafbehörden*, RPS 1996, 422.

⁶¹ A notre sens, cet argument pourrait d'ailleurs avoir un double tranchant, le fait de ne pas essayer de s'intégrer dans la société d'accueil pouvant éventuellement être retenu contre la personne.

⁶² *Harvard Law Review* (n. 7), 1310.

⁶³ *Wu* (n. 16), 1007.

en dehors des périodes de chasse officielles afin d'accomplir un rite funéraire⁶⁴. Si l'on peut comprendre le désir de protéger les valeurs fondamentales de la société, un tel raisonnement semble curieux en regard du critère qui est au cœur de la répression pénale, à savoir la faute. En effet, la prise en compte de la culture du prévenu doit permettre une évaluation adéquate de sa faute ; en ce sens, l'exclure pour les infractions graves, dans le cadre desquelles la question de la faute est d'autant plus importante, ou la reconnaître de manière facilitée pour des infractions de peu de gravité, ne fait pas de sens.

Enfin, on pourrait imaginer que l'argument culturel ne puisse être invoqué que si la commission du délit reflète l'attachement du prévenu à des valeurs fondamentales de sa culture d'origine qui doivent être protégées dans la société d'accueil. Par exemple, si l'honneur est considéré comme une valeur fondamentale dans la culture d'origine, un individu ayant commis un délit pour sauver son honneur ou celui de sa famille pourrait être mis au bénéfice d'une défense culturelle. Cela se justifierait par le fait que la défense culturelle vise à faire reconnaître une « entorse » au droit en vigueur, qui lui-même codifie des valeurs importantes de la société d'accueil ; cette exception ne devrait dès lors pas être admise à la légère⁶⁵. Le problème de cet argument est que si nous estimons que la vie humaine est un bien plus précieux que l'honneur, sommes-nous vraiment prêts à traiter de façon privilégiée un homme qui aura tué sa sœur pour préserver l'honneur familial ?

A un niveau pratique, la prise en compte d'un argument culturel est complexe, car elle requiert de déterminer, pour un prévenu donné, dans quel cadre culturel précis il a grandi et évolué aujourd'hui. Or, les normes culturelles peuvent être spécifiques à des groupes d'individus provenant de régions géographiques très limitées et propres à une certaine classe sociale⁶⁶. Par ailleurs, elles évoluent au fil du temps, et elles sont parfois contestées au sein même du groupe auquel elles sont censées s'appliquer⁶⁷. Par exemple, dans l'affaire *Moua*⁶⁸, un homme Hmong récemment immigré en Californie avait enlevé et violé une femme de la même ethnie que lui, désirant réaliser un « mariage par rapt » conforme à la tradition de cette tribu du Laos. Mais la jeune femme déposa plainte⁶⁹. Or, la communauté Hmong aux Etats-Unis était partagée quant à l'existence d'un rite traditionnel permettant le mariage par rapt⁷⁰. Dans l'affaire *Chen*, de nombreux groupes d'influence chinois et asiatiques s'étaient élevés contre l'interprétation qu'avait fait le tribunal de la « perspective chinoise » sur la question de l'adultère de l'épouse⁷¹. Quel référentiel doit alors faire foi pour la justice ? De plus, le fait d'établir qu'une certaine culture existe ne dit encore rien de l'état d'esprit dans lequel le prévenu était au moment du passage à l'acte et comment la culture l'a influencé (ou non). Et, finalement, quelle norme culturelle est suffisamment importante dans la culture en question pour justifier sa prise en compte dans une procédure pénale en Suisse ? Tous les usages sont-ils pertinents ou ne devrait-on retenir que les traditions qui sont au cœur de la culture en question, et, dans ce dernier cas,

⁶⁴ Sur ce cas impliquant des prévenus amérindiens athapascans, voir *Lam* (n. 35), 63. Egalement dans ce sens, *R. Parizot*, Le droit pénal doit-il prendre en compte les particularités culturelles ?, Archives de politique criminelle 2014, 22.

⁶⁵ Harvard Law Review (n. 7), 1310.

⁶⁶ Le Larousse donne d'ailleurs également la définition suivante de la culture : « Dans un groupe social, ensemble de signes caractéristiques du comportement de quelqu'un (langage, gestes, vêtements, etc.) qui le différencie de quelqu'un appartenant à une autre couche sociale que lui : Culture bourgeoise, ouvrière ».

⁶⁷ *Sharafi* (n. 16), 144.

⁶⁸ *People v. Moua*, No. 315972-0 (Cal. Super. Ct. Feb. 7, 1985).

⁶⁹ Sur cette affaire, voir également *infra* (n. 92).

⁷⁰ *J.A. Yang*, Marriage by capture in the Hmong culture : the legal issue of cultural rights versus women's rights, Law and Society Review at the University of California Santa Barbara 2004, 39, 39.

⁷¹ *M. Patz*, A "lesser" crime: a comparative study of legal defense of men who kill their wives, Columbia Journal of Law and Social Problems 1991, 597, 623.

comment les délimiter ? Une approche au cas par cas s'imposerait, avec le risque de créer une incertitude juridique et des inégalités de traitement.

Finalement, on pourrait se demander si l'argument culturel ne doit s'appliquer qu'aux cultures étrangères, ou s'il pourrait également profiter aux sous-cultures internes à la société qui pose la norme pénale. La culture n'est en effet pas uniquement définie en référence à une ethnie ou à une religion, mais peut aussi renvoyer à d'autres (sous-)groupes sociaux, comme une classe sociale, une secte, ou une autre structure⁷². Mais où mettre la limite ? A l'extrême, cette excuse pourrait profiter à un membre de la mafia qui aurait réglé son compte à un tiers après avoir appris que ce dernier avait coopéré avec les autorités, parce que, dans la « culture mafieuse », il est justifié de tuer un repent. Si cet exemple est absurde, il peut être très difficile de définir ce qui constitue une (sous-)culture « légitime » dans le groupe social en question.

Savoir sous quelles conditions un tribunal devrait prendre en compte la culture d'un prévenu migrant pose donc des questions complexes. Or, actuellement, il n'existe pas de base légale ou même de pratique bien établie qui pourrait servir de ligne directrice à un magistrat qui devrait gérer ce type de cas. C'est la raison pour laquelle une réflexion de fond devrait, à notre sens, être menée sur le sujet.

VI. L'expertise culturelle en procédure pénale

Si un argument culturel doit être entendu dans une procédure pénale, se pose la question de la forme qu'il pourrait prendre. Une solution serait de mandater un spécialiste afin de réaliser une expertise culturelle.

Aux termes de l'art. 182 CPP, le ministère public et les tribunaux ont recours à un ou plusieurs experts lorsqu'ils ne disposent pas des connaissances et des capacités nécessaires pour constater ou juger un état de fait. Une expertise judiciaire peut être définie comme « une mesure d'instruction nécessitant des connaissances spéciales ou des investigations complexes, confiée par le procureur ou le juge à un ou plusieurs spécialistes pour qu'il l'informe sur des questions de fait excédant sa compétence technique ou scientifique »⁷³. L'expert assiste ainsi les autorités pénales dans la détermination des faits importants pour le cas d'espèce et aide celles-ci à tirer des conclusions à partir des constatations faites. Les domaines pouvant faire l'objet d'une expertise sont potentiellement illimités⁷⁴. Il peut s'agir de domaines techniques ou scientifiques, mais aussi artistiques ou sociologiques. En revanche, les questions de droit sont en principe exclues du champ des expertises⁷⁵. Cette règle connaît toutefois quelques exceptions : ainsi, une question juridique peut faire l'objet d'une expertise lorsqu'il s'agit d'un domaine hautement spécialisé du droit suisse, ou s'il faut déterminer le contenu ou le champ d'application d'un droit étranger⁷⁶. L'autorité ne peut renoncer à nommer un expert que si l'expérience générale de la vie suffit à constater ou apprécier un état de fait (le seuil se situant en général aux connaissances que l'on a à la maturité fédérale)⁷⁷.

⁷² D. Cuhe, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 5^e éd., Paris 2016, 50-54.

⁷³ G. Piquerez/A. Macaluso, *Procédure pénale suisse*, 3^e éd., Genève 2011, N 1101.

⁷⁴ G. Piquerez, *Traité de procédure pénale*, 2^e éd., Zurich 2006, 502.

⁷⁵ ATF 118 Ia 144 c. 1c, JdT 1994 IV 95. Sur la question de l'avis de droit, voir B. Bettex, *L'expertise judiciaire*, Berne 2006.

⁷⁶ A. Donatsch, in: *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber (édit.), 2^e éd., Zurich 2014, Art. 182 N 23, et les nombreuses références citées.

⁷⁷ J. Vuille, in: *Commentaire Romand, Code de procédure pénale*, A. Kuhn/ Y. Jeanneret (édit.), Bâle 2011, Art. 182 N 22-25.

Le recours à une expertise culturelle paraît donc pertinent parce que l'expérience générale de la vie d'un citoyen suisse, fût-il magistrat, ne lui permet en général pas de connaître en détail et en profondeur la culture d'un prévenu migrant⁷⁸ et l'impact que celle-ci aura pu avoir sur le comportement du prévenu. En théorie, on pourrait imaginer plusieurs types d'expertises dans ce contexte :

1. une expertise portant sur le contenu du droit pénal étranger en vigueur dans le pays d'origine du prévenu (qui pourrait être réalisée par un juriste) ;
2. une expertise portant sur des normes sociales propres au groupe auquel le migrant appartient (qui pourrait être réalisée par un ethnologue ou un anthropologue⁷⁹) ;
3. une expertise portant sur l'effet que ces différentes normes auront eu sur le migrant et comment elles auront façonné sa vision du monde et de ses relations aux autres, et sa compréhension de ses droits et de ses obligations au sein du groupe social (qui pourrait être réalisée par un ethnologue ou anthropologue accompagné par un psychologue ou psychiatre, selon les nécessités du cas d'espèce⁸⁰).

La jurisprudence⁸¹ et la doctrine⁸² insistent sur la nécessité de faire porter l'expertise sur le troisième objet mentionné ci-dessus. En effet, se focaliser sur la personne du migrant et son acte plutôt que sur sa culture en général permettrait d'éviter les visions stéréotypées de la culture d'origine et d'assurer un traitement équitable au prévenu. Nous nous rallions à cette vision des choses.

Une telle expertise serait mise en œuvre conformément aux art. 182 ss CPP, notamment en garantissant aux parties le droit de se prononcer sur le choix de l'expert et des questions d'expertise (art. 184 CPP), de formuler des observations une fois l'expertise versée au dossier (art. 188 CPP)⁸³ et de proposer des questions complémentaires si l'expertise était incomplète ou peu claire (art. 189 CPP). Un soin particulier devrait être porté au choix de l'expert, notamment pour éviter que l'expert et le prévenu ne proviennent du même groupe social étroit au sein de leur diaspora, ce qui pourrait donner lieu à des conflits d'intérêt dans la réalisation

⁷⁸ L'exception étant le cas où le magistrat est lui-même migrant et issu de la culture de laquelle provient le prévenu. Selon la doctrine majoritaire, le fait qu'un magistrat jouisse de connaissances particulières ne suffit toutefois pas à rendre l'expertise superflue. En effet, aux termes de l'art. 182 CPP, un expert doit être mandaté si des connaissances spécialisées sont requises dans le cas d'espèce *dans l'absolu*, et pas uniquement lorsqu'il manque au magistrat les connaissances requises ; la règle existe car il est rare que tous les intervenants dans la procédure (parties, tribunal, mais aussi instances d'appel et de recours) possèdent les mêmes connaissances spécialisées. Le fait qu'un magistrat soit issu de la même culture que le prévenu (migrant) ne rend donc pas l'expertise culturelle superflue.

⁷⁹ Pour le récit d'un anthropologue ayant témoigné comme expert dans une affaire de meurtre, voir *J.L. Caughey, The anthropologist as expert witness : the case of a murder in Maine*, in: *Multicultural jurisprudence: Comparative perspectives on the cultural defense*, M.-C. Foblets/A. Dundes Renteln (édit.) Oxford 2009, 321.

⁸⁰ Pour une expertise réalisée conjointement par un psychiatre et l'Institut d'ethnologie de l'Université de Berne afin de tenter d'éclairer le passage à l'acte d'un père turc ayant tué sa fille après que celle-ci eut refusé de se soumettre à un mariage arrangé, voir ATF 127 IV 10, JdT 2003 IV 102, consid. 1d.

⁸¹ ATF 127 IV 10, JdT 2003 IV 102, consid. 1d.

⁸² *Egeter* (n. 6), 113-114 ; *Frischknecht* (n. 11), 261 et les nombreuses références citées.

⁸³ Les conditions de mise en œuvre d'une expertise au sens des art. 182 ss CPP incluent le respect du principe de proportionnalité (ATF 128 IV 241, JdT 2005 IV 103). Il ne serait dès lors pas pertinent de recourir à un expert de façon systématique.

de l'expertise⁸⁴. Enfin, comme toute expertise, l'expertise culturelle serait soumise à la libre appréciation des preuves (art. 10 al. 2 CPP) et ne lierait donc pas le magistrat⁸⁵.

VII. Les effets possibles de l'expertise culturelle dans la procédure pénale

La question à laquelle nous tenterons de répondre dans le présent chapitre est celle des différents stades de la procédure pénale auxquels l'élément culturel pourrait – voire devrait – intervenir dans le raisonnement juridique et où une expertise culturelle pourrait être utile aux autorités dans le but de prendre les meilleures décisions.

1. Le classement de la procédure

En vertu de l'art. 319 CPP, lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi, lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis, lorsqu'un fait justificatif rend un acte – pourtant typique d'une infraction – licite, lorsque certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont pas remplies (absence de plainte pénale, prescription, décès du prévenu, etc.), ou encore lorsqu'en vertu de la loi il est possible de renoncer à la poursuite pénale, la direction de la procédure classe tout ou partie de la procédure pénale. A titre exceptionnel, la même disposition prévoit encore la possibilité – à certaines conditions strictes – de classer la procédure lorsque l'intérêt d'une victime mineure l'exige impérieusement. Le CPP prévoit par ailleurs que l'ordonnance de classement équivaut, une fois entrée en force, à un acquittement (art. 320 al. 4 CPP).

L'argument culturel pourrait ici intervenir dans deux cas de figure :

- a) En cas de commission d'un acte typique d'une infraction (tous les éléments constitutifs étant réalisés) et illicite (aucun fait justificatif ne pouvant être retenu), commis intentionnellement (art. 12 al. 2 CP) par une personne pénalement responsable (art. 19 CP), mais pour lequel la culpabilité ne pourrait pas être retenue en raison de l'existence d'une erreur sur l'illicéité. Concernant cette hypothèse, nous renvoyons le lecteur au point du présent chapitre sur l'erreur en droit pénal suisse.
- b) En cas de commission d'un acte typique d'une infraction, illicite et coupable, mais que l'erreur sur l'illicéité vient se mêler à un intérêt prépondérant d'une victime mineure. Nous pensons ici à l'exemple réel – traité par l'un des auteurs de la présente contribution – d'un parent étranger aveugle élevant seul son enfant et qui, pour le punir d'une grosse bêtise, l'attache à un radiateur à l'aide

⁸⁴ L'art. 56 CPP, par renvoi de l'art. 183 CPP, prévoit ainsi la récusation de l'expert s'il existe un doute quant à son impartialité. Il a par exemple été jugé que le fait que l'expert et le prévenu appartiennent à des ethnies différentes s'étant affronté lors d'un conflit armé ne suffit pas à faire naître des soupçons de prévention (EVG/IV. Kammer, 1.2.2002, I 297/00, consid. 2b, cité par *M. Heer*, in: *Basler Kommentar StPO*, M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, Art. 183 N 26). A noter que dans ce cas précis, l'objet de l'expertise n'était pas d'éclairer le tribunal quant à la culture du prévenu. Selon les circonstances du cas d'espèce, il faudra toutefois faire attention à ce point.

⁸⁵ A noter toutefois que la jurisprudence a limité cette liberté au fil du temps : le magistrat doit ainsi avoir un motif sérieux pour s'écarter des conclusions de l'expert et il doit motiver sa décision. (ATF 129 I 49, JdT 2005 IV 141). Le motif est sérieux s'il y a une divergence entre les faits retenus par l'expert et ceux établis par la procédure, si l'expert répond à des questions juridiques, s'il y a des contradictions dans l'expertise, ou si l'expert contredit par ses déclarations ultérieures l'expertise écrite sur des points importants. Voir *Vuille* (n. 77), art. 189 CPP, N 10-12 et les références citées.

de cordons électriques avant de lui infliger des coups de ceinturon. Dans ce cas de figure, la seule provenance culturelle n'autorisait pas le père à frapper son enfant⁸⁶ ; le fait qu'il était aveugle ne l'autorisait pas davantage à attacher son enfant pour que celui-ci ne puisse pas échapper à ses coups ; mais ces deux arguments combinés aux faits que cette « famille » venait d'arriver en Suisse après un long périple durant lequel le père avait pris le plus grand soin de son enfant, lui sauvant la vie à plusieurs reprises, que les châtiments corporels étaient admis, voire encouragés, en matière éducative dans la culture d'origine du père, et qu'une sanction pénale infligée au père aurait probablement eu pour conséquence de rompre la relation entre le père et son fils, ont poussé le juge d'instruction de l'époque à classer l'affaire⁸⁷. Ce sont donc ici essentiellement des considérations de bien de l'enfant et d'intérêt prépondérant de la victime qui ont abouti à ce classement, résultat qui n'aurait néanmoins probablement pas été le même si les aspects culturels mis en avant lors de l'instruction n'étaient pas venus apporter une explication « acceptable » à l'acte commis.

Au-delà de ces cas de figure, il n'est pas impossible que, de manière non apparente publiquement, en Suisse comme en France selon certains auteurs, le principe de l'opportunité des poursuites permette de mettre en place « une politique pénale plus ou moins établie de non poursuite ou de poursuite sous une qualification moins grave du fait de l'influence de la culture d'appartenance dans la réalisation de l'acte »⁸⁸.

2. La diminution de la responsabilité

En droit suisse, une personne n'est punissable pour la commission d'une infraction que si, au moment d'agir, elle possédait la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte et de se déterminer d'après cette appréciation (art. 19 al. 1 CP). Si ces facultés cognitives et volitives sont altérées mais non totalement abolies, la personne sera mise au bénéfice d'une responsabilité restreinte (art. 19 al. 2 CP). En cas de doute sérieux sur le degré de responsabilité de l'auteur, l'autorité d'instruction doit nommer un expert (art. 20 CP).

Dans les affaires américaines mentionnées précédemment, l'argument culturel a souvent servi à admettre une diminution de la responsabilité de la personne. Or, cet usage de la défense culturelle a été vertement critiqué par une partie de la doctrine au motif qu'il assimile le fait d'être influencé par une culture étrangère à une maladie mentale⁸⁹. Dans l'affaire Kimura, par exemple, la prévenue a été reconnue irresponsable non pas parce qu'elle avait violé les normes culturelles japonaises, mais parce qu'elle les avait respectées⁹⁰. A notre sens, cela ne correspond pas à la définition de l'irresponsabilité, respectivement de la responsabilité restreinte, en droit suisse : la personne qui agit en respectant les normes de sa culture a des capacités cognitives et volitives intactes ; c'est la pesée des intérêts qu'elle fait qui ne correspond pas à ce que la culture majoritaire prescrit, ce qui est une question totalement différente. Enfin, considérer qu'un prévenu n'est pas pleinement responsable de ses actes sous prétexte qu'il provient d'une culture minoritaire pourrait avoir un effet pervers sur l'évaluation de sa dangerosité future. En résumé, cette solution n'est pas satisfaisante à nos yeux.

⁸⁶ Arrêt du TF 6S.178/2005 du 22.6.2005, c. 4.

⁸⁷ Ou, plus précisément, à rendre un non-lieu en vertu du Code cantonal de procédure pénale alors en vigueur.

⁸⁸ *Parizot* (n. 64), 9–22, 20.

⁸⁹ Voir not. *Chiu* (n. 16). En droit suisse, la maladie mentale n'est pas une condition nécessaire pour admettre l'irresponsabilité ou la responsabilité restreinte du prévenu. Mais il est vrai qu'un tel raccourci mental entre les deux notions peut exister dans la culture populaire.

⁹⁰ *Kim* (n. 36), 205

Dans l'ATF 127 IV 10, l'instance inférieure semblait avoir admis une diminution de responsabilité du prévenu, un père turc ayant tué sa fille après que celle-ci eut refusé de se soumettre à un mariage arrangé. En réalité, la diminution de responsabilité n'a pas été admise en raison du conflit de cultures dans lequel se trouvait le prévenu. En effet, une expertise psychiatrique avait également établi que le prévenu souffrait, au moment de l'acte, de troubles psychologiques causés par le stress d'une intégration difficile en Suisse, un conflit de générations au sein de sa famille entre les parents restés très traditionnels et les enfants intégrés rapidement à la société suisse par le biais de l'école, et les pressions exercées sur lui par ses proches restés en Turquie afin qu'il « contrôle » mieux sa famille⁹¹.

3. L'admission d'une erreur de la part du prévenu

L'erreur dans laquelle se trouve l'auteur d'une infraction au moment de commettre son acte affecte la dimension cognitive de la faute qu'il est en train de commettre. Cette erreur peut porter sur un élément constitutif de l'infraction – on parlera alors d'une erreur sur les faits au sens de l'art. 13 CP – ou sur l'illicéité de l'acte – auquel cas on parlera d'une erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP. Dans les deux cas, l'erreur affecte son intention de commettre un acte délictueux et doit donc être prise en compte. C'est ainsi qu'en cas d'erreur sur les faits, l'intention faisant défaut sur l'un des éléments constitutifs de l'infraction commise, cette dernière ne pourra pas être retenue à l'encontre son auteur, qui devra donc être jugé d'après l'appréciation erronée des faits qu'il se faisait – pour autant que cette appréciation lui soit favorable. Quant à l'auteur agissant sous l'effet d'une appréciation erronée du droit en vigueur et croyant donc fermement que ce qu'il est en train de faire est licite, il sera acquitté pour autant qu'il n'ait pas pu se douter, au moment d'agir, que son comportement était illicite.

L'**erreur sur les faits** se produit lorsque l'auteur de l'infraction n'a pas connaissance d'un élément constitutif d'une infraction ou se base sur une appréciation erronée de celui-ci. Dans un tel cas, l'intention de commettre l'infraction au sens de l'art. 12 CP fait défaut. L'auteur doit alors être jugé d'après son appréciation erronée si elle lui est favorable. Or, il peut arriver qu'une personne issue d'une culture minoritaire se trompe sur un élément de fait *précisément à cause de sa culture*, et ignore ainsi qu'elle est en train de commettre une infraction. Le cas *Moua* en est une bonne illustration⁹²: après que la victime eut déposé plainte, le prévenu dit qu'il avait agi en toute bonne foi, en respectant toutes les règles traditionnelles, et ne s'était pas rendu compte que sa victime n'était pas consentante. Conformément à la tradition, le prévenu et la victime avaient flirté pendant un certain temps ; ils s'étaient ensuite échangés des lettres et des petits cadeaux durant la période du Nouvel An, des actes typiques du rituel de fiançailles Hmong. Pour le prévenu, le fait que la jeune femme ait participé à ces rituels signifiait qu'elle consentait à aller plus loin. Au moment du « rapt », il avait bien vu et entendu qu'elle protestait, mais dans sa culture, la femme était censée résister et pleurer pour montrer sa vertu, et l'homme était censé insister pour prouver sa virilité. Il pensait que c'est ce qu'il s'était passé dans son cas, et que sa victime désirait cette relation sexuelle autant que lui⁹³. Initialement poursuivi pour enlèvement et viol, le prévenu fut mis au bénéfice de l'argument culturel : le tribunal retint qu'il y avait eu une réelle incompréhension entre les deux jeunes gens. *Moua* ne fut finalement condamné que pour séquestration (une qualification moindre des faits par rapport au viol

⁹¹ ATF 127 IV 10, JdT 2003 IV 102, consid. 1d.

⁹² *People v. Moua*, No. 315972-0 (Cal. Super. Ct. Feb. 7, 1985). Sur cette thématique, voir *Yang* (n. 70), 39 ; *Beyea* (n. 38), 714 ; *M.M. Sheybani* (n. 19), 751, 774. A noter que dans le cas Hmong, l'avocat du prévenu n'invoqua pas une « mistake of fact », mais utilisa les facteurs culturels pour négocier une requalification des faits favorables à son client. Voir à ce sujet *Goldstein* (n. 23), 141, 150.

⁹³ *Tomao* (n. 49), 241.

initialement retenu) à 120 jours de privation de liberté et versa une compensation financière à la jeune femme.

Dans l'affaire *Croy*, un jeune homme amérindien avait abattu de plusieurs balles un officier de police au cours d'une altercation. Il invoqua la légitime défense, se disant terrifié par les représentants de l'ordre blancs et persuadé qu'ils le tueraient s'ils parvenaient à l'arrêter. Son avocat argua du fait que, dans le comté dans lequel Croy vivait, des tensions importantes existaient depuis de nombreuses années entre les forces de l'ordre (dont les membres étaient majoritairement caucasiens) et la communauté amérindienne, et que de nombreux incidents pouvaient effectivement faire croire aux justiciables amérindiens qu'ils seraient en danger si une confrontation se produisait⁹⁴. Condamné en première instance pour assassinat à la peine de mort, Croy fut acquitté en appel après que son avocat eut rappelé en détail à la cour les exactions commises contre les Amérindiens par les Blancs et comment ces événements avaient fait naître des craintes persistantes et légitimes dans les communautés touchées.

A l'inverse, une personne peut avoir une représentation correcte de la réalité qui l'entoure, mais commettre une **erreur sur l'illicéité**. Il peut en effet arriver qu'une personne issue d'une culture minoritaire n'ait pas connaissance d'un interdit issu d'une norme pénale en vigueur à l'endroit où elle se trouve. Il peut en aller ainsi d'un touriste suisse qui boit une bière dans un parc new-yorkais – acte prohibé par le droit local – comme d'un vacancier ou d'un migrant arrivant en Suisse en provenance d'un Etat dont certaines normes ne sont pas identiques à notre droit. Dans ce genre de situations, le législateur suisse a considéré que l'on ne pouvait pas simplement appliquer l'adage qui veut que « nul n'est censé ignorer la loi ». Dans certaines circonstances, la personne qui se trompe alors qu'elle avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir⁹⁵ doit être jugée en fonction de sa représentation erronée des choses. L'erreur peut soit mener à un acquittement si la personne ne savait et ne pouvait savoir que son comportement était illicite (art. 21 CP, première phrase), soit à une atténuation de la peine si l'erreur était évitable (art. 21 CP, seconde phrase). L'erreur dont il est question ici porte sur la nature illicite de l'acte commis – l'auteur agit en connaissance de tous les faits et avec intention, mais pense à tort que sa façon d'agir est licite –, mais peut aussi porter sur les conditions ou l'étendue de la légitime défense (art. 15 CP) ou d'un état de nécessité (art. 17 CP)⁹⁶.

Pour être reconnue, l'erreur doit être inévitable ; il faut donc démontrer, dans le cas d'espèce, que l'auteur avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir et non seulement qu'il estimait que son acte n'était pas punissable. Tel est par exemple le cas lorsqu'un changement de jurisprudence intervient après la commission de l'acte, rendant celui-ci illicite alors qu'auparavant il ne l'était pas⁹⁷ ou lorsque l'auteur s'est renseigné auprès d'une personne compétente avant d'agir⁹⁸. Une simple ignorance ne suffit dès lors pas à fonder une erreur sur l'illicéité, figure juridique qui ne doit être retenue que très restrictivement. S'il va ainsi de soi que l'art. 21 CP ne sera pas retenu lorsqu'un auteur agit en ayant conscience du caractère illicite de son acte, voire conscience du caractère immoral ou socialement préjudiciable de son

⁹⁴ *People v. Croy*, No. 52587 (Placer County Sup. Ct Mar. 21 1989), cité par *Goldstein* (n. 23), 153. Sur cette affaire, voir *Levine* (n. 2), 55. Cet argument n'étonnera pas le lecteur suivant les actualités états-uniennes et informé du nombre de citoyens noirs américains morts ces dernières années dans des circonstances troubles impliquant les forces de l'ordre.

⁹⁵ ATF 128 IV 201, JdT 2005 IV 57, consid. 2; ATF 104 IV 217 consid. 2.

⁹⁶ On parlera alors de légitime défense putative ou d'état de nécessité putatif. Pour des explications jurisprudentielles complémentaires, voir ATF 129 IV 6, c. 3.2, JdT 2005 IV 215, et pour un cas d'application, voir ATF 122 IV 1, c. 2b., JdT 1997 IV 2. Voir également *M. Killias M./A. Kuhn/N. Dongois*, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016, 309–314, 717.

⁹⁷ Voir *Killias/Kuhn/Dongois N.*, Précis (n. 96), 1627.

⁹⁸ ATF 128 IV 201, JdT 2005 IV 57, consid. 2.

comportement⁹⁹ – ce qui représente un indice de conscience de l’illicéité –, la question se pose de savoir si des considérations culturelles peuvent engendrer l’application de cette disposition.

L’art. 21 CP s’applique à chaque fois que l’auteur a agi sans même se poser la question de l’illicéité de son acte, tellement il considérait que sa manière d’agir était conforme au droit. Comme mentionné plus haut, cette « pseudo-conformité » au droit peut provenir d’un renseignement obtenu auprès d’une personne ou d’une autorité compétente, mais il n’est pas à exclure qu’elle puisse également provenir d’une conception totalement différente de la réalité culturelle et juridique. Certes une telle compréhension diamétralement opposée de certains comportements faisant l’objet de normes propres à notre système juridique semble difficilement concevable à une époque de large partage d’informations, mais le fait d’en exclure la possibilité serait une marque d’ethnocentrisme. C’est ainsi que le fait de tuer et/ou de manger certains animaux, la manière de tuer un animal, l’âge sexuellement protégé¹⁰⁰, l’âge auquel on est autorisé à boire de l’alcool, etc. sont des éléments fondamentalement culturels qui varient de manière importante d’un endroit à l’autre du globe. Il paraît dès lors raisonnable de considérer que l’erreur sur l’illicéité peut s’appliquer dans ce genre de situations. Le Tribunal fédéral a d’ailleurs été dans ce sens en considérant que, dans des cas exceptionnels, « les mœurs et les conventions culturelles » pouvaient avoir une influence sur la conscience d’un auteur étranger et donc justifier l’application de la disposition sur l’erreur sur l’illicéité, ce même si l’art. 21 CP n’a finalement pas été retenu en l’espèce¹⁰¹.

Dans l’affaire de l’excision jugée en été 2018 à Neuchâtel, une mère somalienne a été poursuivie pour avoir fait exciser ses deux filles en Somalie cinq ans auparavant. Elle invoquait l’erreur sur l’illicéité. Celle-ci n’a toutefois pas été retenue au motif que l’excision est interdite par la constitution somalienne et que, même si la prévenue ignorait ce fait, elle avait tout de même conscience d’agir dans l’illégalité, étant donné qu’elle avait emmené ses filles se faire exciser non pas dans une clinique ou chez un médecin agréé, mais dans un endroit clandestin. Elle avait par ailleurs reconnu avoir eu conscience que l’excision était quelque chose « qui n’est pas bien », et elle ne s’était pas renseignée sur la situation juridique dans son pays, alors même qu’elle en aurait eu la possibilité. L’erreur était donc évitable¹⁰². Le poids de la tradition et la pression sociale en Somalie n’ont par ailleurs pas été retenus au bénéfice de la recourante car ces deux éléments ne pouvaient pas, selon le Tribunal fédéral, contrebalancer la conscience que celle-ci avait de commettre un acte contraire à ce qui se doit¹⁰³.

4. La requalification de l’acte

Puisque la culture du prévenu permet, dans certains cas, de mieux comprendre les buts et les motivations de l’auteur, la prise en compte de la culture du prévenu pourrait avoir pour effet de mener à une requalification de l’acte commis. Celle-ci peut d’ailleurs se faire en faveur ou en défaveur du prévenu, selon le regard que la société dominante porte sur les raisons d’agir du migrant. Dans un cas similaire à l’affaire Kimura mentionnée plus haut, on pourrait par exemple imaginer que, une fois éclairé par un anthropologue spécialiste du Japon et un psychiatre ayant examiné la prévenue, un magistrat suisse décide de ne pas renvoyer cette dernière pour assassinat ou meurtre, mais plutôt pour meurtre passionnel, afin de prendre en compte le fait

⁹⁹ V. *Thalmann* in: Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, R. Roth/L. Moreillon (édit.), Bâle 2009, art. 21 N 11–12, et la jurisprudence citée.

¹⁰⁰ A ce propos, voir ATF 104 IV 2017.

¹⁰¹ Arrêt du TF 6S.178/2005 du 22.6.2005, consid. 4. En l’espèce, il s’agissait d’une question de droit de correction d’une enfant par son père.

¹⁰² Arrêt du TF 6B_77/2019 du 11.2.2019, consid. 2.2.

¹⁰³ Arrêt du TF 6B_77/2019 du 11.2.2019, consid. 2.3.

que, dans sa représentation des choses, la mère avait agi dans un état de profond désarroi et dans le but d'éviter des souffrances supplémentaires à ses enfants.

A noter toutefois que la prise en compte de la vision du monde du prévenu pour qualifier l'acte peut également se retourner contre ce dernier. Dans une affaire belge datant de 2011, par exemple, quatre membres d'une famille d'origine pakistanaise ayant assassiné une jeune femme parce qu'elle fréquentait un Belge et avait refusé un mariage arrangé par sa famille ont été reconnus coupables d'assassinat avec la circonstance aggravante que l'acte avait été commis pour un motif discriminatoire¹⁰⁴. En Suisse, dans l'affaire du père turc ayant tué sa fille car elle refusait de mener une vie conforme aux attentes de sa famille¹⁰⁵, le recourant avait initialement été reconnu coupable de meurtre. Il était toutefois ressorti de l'instruction qu'il avait souhaité « punir sa fille de mort » car elle refusait de se soumettre. Le TF requalifia l'acte en assassinat, considérant le mobile particulièrement odieux au sens de l'art. 112 CP. Il n'est donc pas dit que la prise en compte de la culture d'origine du prévenu et des motivations que celle-ci a fait naître chez lui soit toujours favorable en termes de fixation de la peine (et parfois en termes de qualification de l'acte).

5. La prise en compte de circonstances atténuantes au sens de l'art. 48 CP

Pour fixer une peine, le juge doit, dans un premier temps, fixer le cadre légal (c'est-à-dire la fourchette de peine possible) à l'intérieur duquel la peine concrète infligée dans le cas d'espèce devra impérativement se situer. Pour ce faire, il part de la clause pénale (on parle parfois de « peine-menace », qui est toujours libellée sous la forme d'une fourchette se situant entre un minimum et un maximum) de l'infraction retenue dans le verdict de culpabilité, peine-menace qu'il étend vers le bas s'il retient une circonstance atténuante (art. 48a CP) et/ou vers le haut lorsqu'il retient une circonstance aggravante (art. 49 CP). Une fois ce travail purement technique effectué, le juge doit, dans un second temps, fixer la peine concrète du cas d'espèce à l'intérieur du cadre légal précédemment déterminé, en tenant compte du degré de culpabilité (soit de la faute pénale) de l'auteur de l'infraction en application de l'art. 47 CP.

Dans la première phase de la réflexion autour de la fixation de la peine, la culture pourrait intervenir en tant que contrainte morale. Il n'est en effet pas impossible que l'appartenance culturelle pèse très fortement sur l'auteur d'une infraction au moment du passage à l'acte, et qu'une circonstance atténuante lui soit ainsi reconnue. Dans une affaire new-yorkaise, un immigré laotien ayant tué sa femme après avoir appris qu'elle le trompait avait invoqué le fait qu'il avait agi sous le coup d'une perturbation émotionnelle extrême (« extreme emotional disturbance »¹⁰⁶). Selon le droit new-yorkais de l'époque, cet argument était recevable si cet état émotionnel était raisonnablement explicable ou excusable, l'aspect rationnel devant être déterminé en référence à une personne se trouvant dans la situation du prévenu et dans les mêmes circonstances que lui. Son défenseur plaida que cette perturbation émotionnelle était due au stress physique et psychique causé par le fait d'être un réfugié laotien aux Etats-Unis, et avait eu pour conséquence de lui faire perdre le contrôle à la suite de l'humiliation induite par l'adultère de son épouse. Le prévenu voulut faire entendre deux experts qui auraient expliqué à la cour d'une part la culture laotienne et d'autre part les conditions de vie des réfugiés laotiens aux USA, mais la cour refusa de les entendre et condamna le prévenu pour meurtre. La cour d'appel estima que les experts auraient dû être entendus et ordonna un second procès. Celui-ci n'eut jamais lieu car le procureur offrit un « plea deal » au prévenu sous la forme d'une condamnation pour une infraction privilégiée (« manslaughter »).

¹⁰⁴ Cour d'assises de Mons, 9 et 12 décembre 2011. Décision non publiée. Le Soir, 27 août 2012, citée par *Wyvekens* (n. 10), 896.

¹⁰⁵ ATF 127 IV 10, JdT 2003 IV 102, consid. 1f.

¹⁰⁶ *People v. Aphaylath*, 502 N.E.2d 998, 998 (N.Y. 1986). Sur cette affaire, voir *Chiu* (n. 16), 1354 ss.

Nous sommes d'avis que, en droit suisse, une application de l'une des circonstances atténuantes de l'art. 48 let. a CP (« mobile honorable », « détresse profonde » ou « menace grave ») serait également envisageable à un niveau théorique. Dans le cas de l'excision, par exemple, l'alternative peut se résumer de la manière suivante : « Exciser et tomber sous le coup de la loi ... ; ne pas exciser et violer les règles de son groupe, mettre l'enfant hors du groupe »¹⁰⁷. N'est-il pas honorable de vouloir assurer à son enfant une place dans le groupe social, une chance de se marier et de fonder sa propre famille, plutôt que de la voir exclue car considérée comme impure ? Nous posons la question de façon volontairement provocatrice, d'autres éléments entrant évidemment en ligne de compte dans l'admission ou non d'une telle circonstance atténuante. Mais un examen intellectuellement honnête de la problématique requiert à notre sens de mener ce type de réflexion.

Dans le même sens, on pourrait imaginer un cas dans lequel l'auteur plaiderait avoir été induit en tentation grave par la conduite de la victime, au sens de l'art. 48 let. b CP. Il y a tentation grave de la victime lorsque l'auteur n'a pas souhaité d'emblée agir comme il l'a fait, mais qu'il a été soumis à une pression telle qu'une personne *raisonnable*, placée dans la même situation, aurait eu de la peine à résister¹⁰⁸. Or, la notion de personne raisonnable est forcément ancrée culturellement¹⁰⁹. Un père turc « raisonnable » est-il à ce point provoqué par sa fille qui refuse un mariage arrangé qu'il puisse bénéficier d'une application de l'art. 48 let. b CP après l'avoir tuée ? La problématique est d'autant plus complexe que de nombreux hommes turcs vivant actuellement en Turquie rejettent les crimes d'honneur comme étant d'un autre temps ; rien ne permet donc de considérer ce fait comme un acquis culturel applicable à l'ensemble de la population masculine de ce pays sans effectuer une expertise sur le sujet.

6. L'atténuation de la peine dans le cadre de l'art. 47 CP

C'est dans la seconde phase de la fixation de la peine (art. 47 CP) que s'inscrit principalement la nécessité de prendre en considération les aspects culturels¹¹⁰. En effet, la situation personnelle de l'auteur et ses antécédents¹¹¹ – dont fait partie sa provenance culturelle – y jouent un rôle déterminant, à tel point d'ailleurs que la situation personnelle est mentionnée à deux reprises dans la même disposition, soit à l'alinéa premier – en parallèle au degré de culpabilité – et à l'alinéa second – comme faisant partie intégrante de la culpabilité. Cette situation personnelle peut en effet parfois altérer la faculté d'apprécier le caractère illicite d'un acte, certes pas suffisamment pour que la responsabilité pénale de l'auteur (art. 19 CP) en soit affectée, ni pour que la disposition réglant l'erreur sur l'illicéité (art 21 CP) soit retenue, mais néanmoins assez pour ne pas pouvoir en faire totalement abstraction. C'est alors au niveau de la fixation de la peine qu'une telle « mauvaise appréciation du caractère illicite d'un acte » – éventuellement due à une provenance culturelle différente de la culture majoritaire – pourrait intervenir.

¹⁰⁷ G. Giudicelli-Delage, Excision et droit pénal, Droit et cultures 1990, 201, 205–206.

¹⁰⁸ Voir Killias/Kuhn/Dongois, Précis (n. 96), 1016.

¹⁰⁹ DePalma (n. 50), 10.

¹¹⁰ Un cas d'atténuation de la peine fondé sur la culture étrangère avait été inséré dans le projet de la commission d'experts s'étant penché sur la révision de la partie générale du code pénal entrée en vigueur en 2007, mais avait été abandonné après avoir essuyé des critiques véhémentes. Dans le Message, il est néanmoins précisé que les aspects culturels peuvent être pris en compte sous l'égide de l'art. 47 CP : « L'origine étrangère de l'auteur, érigée en circonstance atténuante dans l'avant-projet (art. 50, let. d, AP), n'a pas été reprise dans le présent projet en raison de la violente opposition qu'elle a suscitée lors de la consultation. Il est d'ailleurs parfaitement possible d'en tenir compte dans le cadre de l'article 47, 1^{er} alinéa, CP » (FF 1999 1868). A ce sujet, voir Frischknecht (n. 11), 72.

¹¹¹ La notion d'« antécédents » ne comprend pas uniquement le passé judiciaire du condamné, mais également son parcours de vie, pour autant bien entendu qu'il soit en relation avec l'infraction qui lui est reprochée. A ce propos, voir N. Queloz/V. Humbert in: Commentaire Romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, R. Roth/L. Moreillon (édit.), Bâle 2009, art. 47 N 49–54.

La sensibilité à la sanction fait partie des éléments à prendre en compte sous l'égide de l'art. 47 CP¹¹². Le Tribunal fédéral a ainsi admis, par exemple, que le grand âge, une maladie grave ou la surdimutité, étaient propres à influencer sur la sensibilité à la peine en précisant toutefois que « selon la jurisprudence et la doctrine, le juge ne doit tenir compte de la vulnérabilité à la peine, comme circonstance atténuante, que si elle rend la sanction considérablement plus dure que pour la moyenne des autres condamnés »¹¹³. Selon nous, il est dès lors envisageable de considérer que la provenance culturelle pourrait intervenir, au titre de circonstance atténuante, lorsque le condamné provient d'une culture rendant la privation de liberté (et l'isolement social qui l'accompagne) beaucoup plus difficile à supporter que pour le condamné suisse moyen.

La situation personnelle de l'auteur comprend également le comportement de ce dernier après l'acte et pendant la procédure pénale : a-t-il collaboré à l'établissement des faits ? a-t-il pris conscience de ses actes ?¹¹⁴ Les aveux et la collaboration du prévenu ont en général un effet d'atténuation sur la peine¹¹⁵. Or, ce que l'on considère comme un comportement approprié dans ce contexte est aussi ancré culturellement. En Occident, d'un point de vue moral, le pire des péchés à cet égard est de mentir¹¹⁶. Ne dit-on pas « faute avouée est à demi pardonnée » ? Dans d'autres cultures, sauver la face peut être préférable au fait de dire la vérité. Dans une perspective strictement helvétique, un tel comportement pourra pourtant être retenu contre le prévenu au moment de la fixation de la peine ; mais est-ce équitable, si la culture du prévenu rend l'aveu quasiment impossible pour lui ? Une expertise culturelle pourrait ainsi éclairer le magistrat et lui permettre de mieux comprendre l'attitude du prévenu à l'égard des autorités pénales.

Les détracteurs de la défense culturelle dénoncent souvent le fait qu'elle mène à une atténuation de la peine, ce qui, selon eux, ne serait pas souhaitable. Mais la recherche empirique en la matière suggère que la prise en compte de la culture du prévenu pourrait ne pas toujours profiter au prévenu ; bien au contraire. Les magistrats rencontrés par *Wyvekens* ont ainsi exprimé un certain dégoût pour des coutumes considérées comme « barbares » et des agissements devant être réprimés sans complaisance¹¹⁷. Dans ce cadre, il semblerait que l'argument culturel ait plutôt pour effet d'aggraver la sanction prononcée. La prise en compte de l'origine culturelle du prévenu pourrait donc se révéler être un argument à double tranchant. A notre sens, savoir si la culture du prévenu mène *in fine* à une peine plus clémente ou plus sévère n'est pas pertinent dans ce contexte; le point fondamental est que, pour respecter le cadre légal suisse, la peine imposée au prévenu doit refléter le degré de faute qui peut lui être imputée, au vu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce et de sa situation personnelle. L'expertise culturelle permettrait, à notre sens, de nous rapprocher de ce but.

7. L'aménagement de l'exécution de la peine privative de liberté¹¹⁸

L'exécution de la peine privative de liberté peut constituer un choc culturel pour le prévenu migrant, car le quotidien des établissements privatifs de liberté est réglé selon les normes

¹¹² ATF 116 IV 288 (fr.).

¹¹³ Arrêt du TF 6B_14/2007 du 17.4.2007, consid. 5.2 (fr.).

¹¹⁴ ATF 121 IV 202, JdT 1997 IV 108.

¹¹⁵ *G. Ege*, Der Affekt im schweizerischen Strafrecht, Die Berücksichtigung von heftigen Gemütsbewegungen im Allgemeinen und Besonderen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 2017, 192, et les nombreuses références citées.

¹¹⁶ Sur la question de savoir si le prévenu jouit d'un droit au mensonge en procédure pénale, voir *M. Thommen*, Darf der Beschuldigte im Strafverfahren lügen ?, *sui-generis* 2018, 313.

¹¹⁷ *Wyvekens* (n. 10), 895-6.

¹¹⁸ A ce propos, voir *A. Baechtold/J. Vuille*, Etrangers en milieu carcéral, in: *Lexique pénitentiaire suisse*, B.F. Brägger/J. Vuille (édit.), 210.

culturelles helvétiques¹¹⁹. Que cela touche aux horaires, à la nourriture, aux exigences en matière d'hygiène, aux modes de communication ou encore aux occupations, ce sont les habitudes helvétiques qui prévalent. Le respect des droits fondamentaux commande toutefois que certains aménagements soient faits pour que le détenu provenant d'une culture étrangère ne souffre pas indûment de son incarcération. On pensera notamment au respect de la liberté de conscience et de croyance qui nécessite la mise en place d'un accompagnement spirituel non chrétien et à l'offre de repas sans porc, par exemple¹²⁰.

Au-delà de ces aspects pragmatiques qui peuvent poser des difficultés au quotidien, au terme de l'art. 75 CP, l'exécution de la peine privative de liberté doit viser à améliorer le comportement social du détenu, en particulier permettre à ce dernier de vivre sans commettre de nouvelles infractions. La loi énonce plusieurs principes directeurs qui doivent permettre d'atteindre ce but : principe de normalisation, principe d'assistance, principe du moindre mal, principe de neutralisation¹²¹.

L'idée de cette disposition est de donner au détenu les outils nécessaires à sa réinsertion. En bref, on veut améliorer la capacité de la personne à respecter la loi. Or, comment lui donner les outils nécessaires si on ne prend pas en compte ses besoins propres, ses motivations, ses représentations du monde ? Le fait de savoir dans quel groupe social la personne vivra lorsqu'elle sera relâchée et quels défis elle devra affronter dans ce contexte renvoie forcément à la question de la culture : même si elle sera réintégrée dans la société suisse en général, elle le sera plus particulièrement dans sa communauté locale, sa famille et parmi ses proches. Elle devra peut-être faire face aux mêmes pressions que celles qui l'avaient poussée à commettre l'infraction pour laquelle elle a été condamnée, et elle devra savoir y répondre. Enfin, le fait d'avoir été reconnue coupable d'une infraction et d'avoir fait un séjour en prison pourra entraîner une stigmatisation particulière dans son groupe social, stigmatisation qu'elle devra aussi avoir apprise à gérer avant d'être libérée. On ne peut donc pas resocialiser un détenu migrant comme on resocialise un citoyen suisse *lambda*, sans égard aux circonstances concrètes qu'il rencontrera une fois remis en liberté. Indépendamment de savoir si la culture du prévenu est prise en compte pour apprécier la faute qui lui est imputable, une expertise culturelle pourrait ainsi servir à aménager l'exécution de la peine de telle sorte à ce qu'elle corresponde le mieux possible aux besoins du condamné migrant dans l'optique de sa réinsertion future dans la communauté.

VIII. Conclusion

La société suisse actuelle est composée de personnes provenant de cultures diverses ; en 2017, il y avait en Suisse plus de 2.12 millions de personnes de nationalité étrangère, soit environ 25% de la population totale¹²². Comme les Suisses, les migrants commettent parfois des infractions et, comme le droit pénal suisse est territorial, il s'applique à tout infracteur, quelle que soit son origine. Mais le droit pénal suisse est également fondé sur la notion de faute ; or, quelle faute imputer à un prévenu lorsque le tribunal ne comprend pas vraiment pour quelles raisons il a agi, notamment s'il a agi pour être en conformité avec les diktats de sa culture d'origine ?

¹¹⁹ A. Baechtold, *Strafvollzug und Strafvollstreckung an Ausländern: Prüfstein der Strafrechtspflege oder bloss "suitable enemies"?*, RPS 2000, 245, 256.

¹²⁰ Sur ce sujet, voir I. Becci *et al.*, *Enjeux sociologiques de la pluralité religieuse dans les prisons suisses*- rapport final, Lausanne : EESP PNR 58, 2011.

¹²¹ B. Viredaz, *Les principes régissant l'exécution des peines privatives de liberté* (art. 74 et 75 al. 1 CP), thèse, Genève/Bâle/Zurich 2009.

¹²² Office fédéral de la statistique, 2019. A noter qu'une grande majorité d'entre eux, en provenance de pays de l'Union européenne, ont une culture d'origine très proche de la culture helvétique.

Nous sommes dès lors d'avis qu'à chaque fois qu'un prévenu issu d'une culture étrangère a commis une infraction qui pourrait s'expliquer par des motifs culturels, une expertise culturelle devrait être mise en œuvre par le magistrat instructeur. De cette façon, la faute imputable à l'auteur pourrait être mieux circonscrite. Cette position n'est d'ailleurs pas seulement altruiste, dans le sens où elle bénéficierait au prévenu ; elle est également utilitaire. En effet, en prenant en considération les raisons profondes qui ont poussé le prévenu à agir, on se donnerait de meilleurs moyens pour le resocialiser et diminuer ainsi le risque qu'il ne commette de nouvelles infractions dans sa société d'accueil. A l'inverse, ne pas développer le concept d'expertise culturelle reviendrait à nier les problématiques soulevées par la multiculturalité en droit pénal, au risque de distordre des concepts juridiques développés pour couvrir d'autres cas de figure, et ainsi de porter atteinte à la légitimité du système pénal en général.

Ce désir de comprendre l'autre, si noble soit-il, ne doit toutefois pas être illimité. La tolérance, autrement dit, ne devrait pas aller jusqu'à couvrir l'intolérable. En particulier, les progrès faits ces dernières décennies en matière de répression des délits contre les femmes, les enfants et d'autres personnes vulnérables ne devraient pas être mis en péril au nom du multiculturalisme. Dans ce sens, nous sommes d'avis que l'expertise culturelle ne doit pas automatiquement mener à excuser les faits reprochés au prévenu. Mais dans un cas concret, le tribunal devrait pouvoir prendre une décision en étant le mieux informé possible des mobiles qui ont poussé le prévenu à agir. En ce sens, la culture du prévenu serait prise en compte non pas comme défense culturelle dont seuls les migrants profiteraient, mais comme n'importe quel autre élément pouvant éclairer le tribunal quant à l'état d'esprit de la personne au moment du passage à l'acte ou en cours de procédure¹²³. En effet, nous ne pourrions à terme convaincre les « autres » de l'éventuelle prééminence de certaines de nos valeurs et de la nécessité d'abandonner des pratiques que nous considérons comme barbares que si nous comprenons d'abord leur point de vue. Dans ce contexte, recourir à une expertise culturelle serait de toute manière bénéfique¹²⁴. Paradoxalement, c'est donc le fait même de considérer nos valeurs comme intangibles qui rend le recours à l'expertise culturelle nécessaire en procédure pénale.

Remerciements

Les auteurs remercient Elisabeth Chappuis, Loïc Parein et Anne-Christine Trémon pour leurs réflexions critiques.

¹²³ *Beyea* (n. 38), 735.

¹²⁴ *Cohan* (n. 45), 251.