

## LES DROITS HUMAINS ET L'ADÉQUATION CULTURELLE DE LA PEINE

*Patrice Meyer-Bisch*

### 1. Enjeu

L'enjeu du développement des droits culturels au sein du système des droits humains est de prendre en compte la dimension culturelle des droits de l'homme sans risquer le relativisme, mais en garantissant au contraire une *extension* de la compréhension de l'universalité à la diversité des situations. En lien avec la définition des droits culturels proprement dits, il s'agit ici de considérer la dimension culturelle d'un droit de l'homme civil, un des composants du droit à un procès équitable : le droit à une peine adéquate.

La thèse est donc que l'« adéquation culturelle » d'un droit de l'homme n'est pas qu'une adaptation marginale à certaines particularités culturelles, afin de parfaire l'effectivité du droit, une fois garanti son noyau intangible ou substance. C'est au contraire une condition cruciale de l'effectivité qui met en jeu *l'interprétation de la substance même du droit*. L'enjeu ici est d'évaluer la portée d'une juste inculturation du système judiciaire au sein du système juridique et politique dans lequel l'interprétation et la mise en œuvre du droit à une peine adéquate s'inscrivent.

L'analyse des dimensions culturelles du droit à une peine adéquate ne peut pas, cependant, s'appliquer seulement à des communautés culturelles déterminées, migrantes ou marginales. Quelles que soient leurs origines, les auteurs de délits ne témoignent-ils pas d'une « pauvreté culturelle », non pas, peut-être, en général, mais du moins en culture démocratique ?

### 2. L'effectivité des droits culturels conditionne celle de tous les autres droits de l'homme

Les droits culturels sont, parmi les droits humains, les droits les plus sensibles, car ils montrent que la dignité humaine n'est pas pensable en dehors de la reconnaissance du droit au respect de l'identité. Toute relation d'aide, tout programme de mise en œuvre des droits de l'homme qui ignore cette intimité du sujet, à l'origine de toutes ses ressources, est non seulement inefficace, mais est elle-même une violence, une « seconde violence »<sup>1</sup>. C'est celle que l'on inflige à un malheureux en lui offrant une aide dépersonnalisante, celle que l'on administre à une population qui a faim en lui donnant des surplus au mépris de ses capacités de production et de choix, celle que l'on envoie aux victimes locales du tsunami en ignorant leurs capacités à déterminer elles-mêmes leurs besoins, leurs douleurs, leurs priorités et leurs réseaux de solidarité. *Une aide sans culture est une aide méprisante*. La première violence est la violation du droit concerné (habitation, alimentation, justice, etc.), la seconde est une atteinte aux capacités dont le sujet a besoin pour être lui-même le premier responsable de son droit et de celui d'autrui. La seconde violation est en réalité souvent plus fondamentale, plus définitive, alors même qu'elle survient sous le prétexte de répondre à la première. C'est un don forcé, une aggravation de l'aliénation, une impossibilité pour le sujet de s'approprier son droit et celui des siens. Il est injurieux de répondre à un droit par une aumône, nécessairement

---

<sup>1</sup> Par analogie avec la double peine, par exemple, celle que subit un étranger lorsqu'il est expulsé après avoir subi la peine correspondant à son délit. On attend du pauvre et de l'étranger une reconnaissance et une soumission sans borne puisqu'on lui accorde une libéralité. Toute entorse est perçue comme une insulte à la générosité du nanti, de l'ordre établi.

inappropriée. Il est injurieux de répondre à un droit fondamental, comme s'il s'agissait d'un besoin élémentaire qu'on pouvait satisfaire par l'octroi d'un simple bien. Le respect du droit implique celui des libertés et des responsabilités du sujet, auteur de son propre droit, cela veut dire responsable d'en évaluer lui-même l'interprétation la plus ajustée. C'est pourquoi, à l'origine même de chaque droit de l'homme, nous trouvons l'exigence du respect de l'identité du sujet, longtemps laissé de côté car c'est un flou au sens de Mireille Delmas-Marty (2004), mais c'est un « flou crucial » (BORGHI et MEYER-BISCH, 2001). Il s'agit pour nous de montrer que nous n'atteignons l'universel que si nous respectons le singulier dans chaque femme, chaque homme, chaque enfant, en tant que sujet de droit. *L'universel du droit fondamental ne peut s'opposer au particulier, il est à même de le comprendre.*

L'universalité est le contraire de sa standardisation, elle est une invention, sans cesse renouvelée par les sujets eux-mêmes, une *appropriation* par le puisement des ressources culturelles dans le vivier de la diversité. Il faut remarquer les deux sens de l'appropriation :

- *approprié* à la complexité du milieu : c'est la constatation d'une adaptation et d'une adaptabilité cohérentes avec les spécificités du milieu ;
- *approprié par* le sujet : c'est un acte du sujet qui reconnaît comme siens les objectifs ou valeurs et les moyens en jeu pour les réaliser, et qui prend sa part de responsabilité.

L'appropriation est une autre façon de désigner la dimension culturelle de l'« adéquation », telle qu'on la trouve pour le droit à une alimentation, à une information, à un logement « adéquats »<sup>2</sup>. Il nous appartient de définir ce qu'est une « adéquation culturelle » : elle ne peut pas être laissée à la simple appréciation des magistrats et des autres acteurs en charge de l'application et de la mise en œuvre ; il est essentiel qu'elle soit définie au niveau des droits humains eux-mêmes, à savoir par les droits culturels qui y sont reconnus.

Les droits culturels peuvent être simplement définis comme des droits à l'identité, dit sous forme négative : au respect de l'identité<sup>3</sup>. Mais personne ne peut garantir l'identité, pas plus que la santé. De façon plus précise, nous les définissons comme les droits de l'individu, seul ou commun, d'accéder aux ressources nécessaires au processus d'identification, c'est-à-dire à ce qui permet d'être soi-même, avec et par autrui. Ils sont les conditions mêmes de l'existence concrète du sujet capable d'accéder aux ressources sans lesquelles la reconnaissance de son droit, de ses libertés et de ses responsabilités reste en bonne partie formelle. Ces sont des droits individuels, au même titre que les autres droits de l'homme. L'expression « seul ou en commun » reprise de l'article 17 de la Déclaration universelle de 1948, pour définir le sujet du droit à la propriété, signifie simplement que si l'individu est sujet du droit, l'exercice se fait en commun, comme dans l'exemple du droit à la langue. Mais cela est valable, de façons variées, pour chaque droit de l'homme. Le propre des droits culturels est qu'ils touchent chaque personne dans son intimité comme dans sa capacité relationnelle ; ils se trouvent à l'interface, là où la peau est à la fois superficielle et profonde, c'est pourquoi, sans doute, a-t-on pu les classer abusivement comme des droits collectifs.

---

<sup>2</sup> Voir les *Observations générales* du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, notamment les Observations générales : p. 4 sur le droit au logement, §8 ; p. 12, sur le droit à une alimentation adéquate, §7 et surtout §11 ; p. 15 sur le droit à l'eau, §11 et 12.

<sup>3</sup> Les droits reconnus sont le droit de participer à la vie culturelle et le droit à l'éducation. Le « Groupe de Fribourg » a rassemblé les nombreux droits dispersés dans les différents instruments et les a synthétisés dans la *Déclaration de Fribourg* sur les droits culturels, en huit droits: choix et respect de son identité culturelle, connaissance et respect des cultures, accès aux patrimoines, référence à des communautés culturelles, accès et participation à la vie culturelle, éducation et formation, information et communication, coopération culturelle. Voir sur notre site [www.unifr.ch/iiedh](http://www.unifr.ch/iiedh).

La culture ayant été souvent considérée comme secondaire ou tertiaire par rapport aux biens premiers, ceux qui mettent visiblement en jeu la sécurité civile et socio-économique, les droits culturels sont arrivés en dernier dans le système des droits de l'homme, et ils restent encore largement sous-développés. Mais sans eux, les droits les plus établis en droit positif restent abstraits pour les plus pauvres. Pire encore, leur application peut être perverse, « ethnodominante », si elle se fait sans le respect du principe du choix et de l'appropriation culturelle des fins et des moyens, dans les relations d'aide. Toute application qui ignore, voire méprise, l'adéquation culturelle des ressources conduit à des gaspillages sans fin : l'injustice liée au mépris des capacités du sujet est peut-être aussi le plus grand des gaspillages économiques. Et quand la dignité humaine est en jeu, les gaspillages sont des fautes.

Nous assistons heureusement à un virage important dans la conscience politique. Si les cultures étaient considérées comme particulières, en deçà de l'universalité, il est de plus en plus accepté que la diversité culturelle est le vivier de l'universalité, et que les milieux culturels sont aptes à produire de l'universel et à contribuer ainsi à l'enrichissement de la compréhension internationale des concepts valables pour tous. L'adoption de la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle* en septembre 2001<sup>4</sup> est une borne symbolique qui marque ce changement dont les effets commencent seulement à se déployer. Le respect de la diversité culturelle, en tant que patrimoine commun de l'humanité, se traduit en termes individuels par le respect de l'identité des personnes et des patrimoines qui leur sont nécessaires. On conçoit alors que les droits culturels, garantissant le libre accès aux références et aux patrimoines comme aux ressources qui sont nécessaires, sont des leviers du développement individuel et collectif, car ils permettent de prendre appui sur les savoirs acquis. *Ce sont les droits qui autorisent chaque personne, seule ou en commun, à développer ses capacités; ils permettent à chacun de s'alimenter aux ressources culturelles comme à la première richesse sociale* ; ils constituent la matière et le lieu de la communication, avec autrui, avec soi-même, réellement par les œuvres de la culture : pêle-mêle, les langues, les coutumes, les traditions, les maisons, les livres, les techniques, les formes de propriété, les modes de conciliation, etc.

Pour interpréter l'adéquation culturelle, je propose d'introduire les trois questions, du relativisme, de l'individualisme et de l'objet des droits culturels, afin de pouvoir interpréter dans la seconde partie la peine en tant qu'« objet culturel ».

### 2.1. L'adéquation au milieu culturel n'est pas un relativisme, mais une condition d'effectivité

Relevant des droits de l'homme, les droits du justiciable ne sont pas compatibles avec une approche essentialiste des cultures, souvent liée au discours multiculturaliste. Considérer les cultures comme des ensembles comparables, comme des totalités sociales qui couvrent les individus et les déterminent, est une erreur méthodologique, car c'est une négation des libertés et des créativités individuelles ainsi que de la diversité et des contradictions culturelles inhérentes à toute société comme à toute personne. Ce n'est pas parce qu'il existe des pouvoirs qui entretiennent l'illusion des cultures closes qu'on a le droit de se laisser prendre au piège du leurre et de l'amalgame. *Le terme de « culture » n'a pas assez de consistance pour désigner une unité sociologique ou historique* ; au niveau individuel, il ne peut que signifier un moment provisoire dans un processus d'identification jamais achevé ; au niveau collectif, le terme de culture ne peut désigner rien de plus qu'un milieu désordonné et composite, avec plus ou moins d'homogénéité construite, souvent bricolée. Les personnes et leurs

---

<sup>4</sup> La Déclaration en ses articles 4 et 5 reconnaît l'importance des droits culturels, et son plan d'action en son article 4 en recommande l'analyse et le développement.

communautés ne s'inscrivent pas dans des systèmes clos, elles évoluent, de choix en choix, entre des références culturelles dont elles se servent pour constituer leur identité. Ce processus les oblige à faire une sorte de va et vient entre diversité et universalité, à trouver comment le sens circule dans l'agrégat de références culturelles auxquelles les individus et leurs associations ont accès. On ne dira jamais assez les liens entre le *diversus* et l'*universus*. Ce n'est pas une douce complémentarité : la dialectique est puissante et jamais en repos. *L'universalité n'est pas le plus petit dénominateur commun. Elle est le défi commun*, celui de cultiver la condition humaine par un travail permanent sur nos contradictions communes. Elle ne s'oppose pas à la diversité, elle en est l'intelligence et le recueil.

C'est pourquoi le « Groupe de Fribourg » a adopté une définition de la culture non essentialiste centrée sur le sujet : « Le terme de « culture » recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime les significations qu'il donne à son existence et à son développement »<sup>5</sup>. J'ajoute : c'est un « objet » composite, un système de références, mêlant ordre et désordre, et nécessitant des choix permanents. Espace de libertés, elle ne peut être une totalité collective comparable à une autre. Certes, une dimension collective existe car il est nécessaire de se rapporter à des références communes, mais l'adéquation culturelle d'un système juridique ne se limite pas à la prise en compte d'une diversité de communautés culturelles, ce qui reviendrait à catégoriser les personnes dans des structures collectives. Il s'agit de respecter les dynamiques du droit à l'identité (le droit d'accès aux ressources nécessaires à son identification) de chaque personne, c'est-à-dire les droits culturels. La dimension culturelle collective du système juridique est orientée vers le respect des droits individuels. Dans cette perspective l'adéquation culturelle du droit peut être définie comme *la juste relation aux ressources culturelles du sujet* ; elle est à l'opposé du relativisme inhérent à l'approche collective. La mise en relation culturelle n'est pas une réduction de l'universalité, elle en est le déploiement jusqu'à la singularité du sujet<sup>6</sup>.

L'essentialisme des cultures, l'amalgame des situations et le relativisme se répondent. A l'inverse, l'individualisme du sujet des droits humains, répond à une universalité capable de se recueillir la richesse dans les façons singulières de vivre l'humanité commune. Collectivisme et standardisation nivellent, alors qu'individualité du sujet et diversité sont les deux composantes de la richesse et donc de la texture serrée du tissu social. Tel est le paradoxe de l'individualisme des droits humains, condition de la vitalité de la texture sociale et politique, quant le lien culturel est respecté et protégé dans sa double fonction de diversification / cohésion.

## 2.2. L'approche individualiste des droits culturels est garante du normatif

La définition des droits culturels au sein du système des droits humains introduit l'aspect normatif en référence à l'individu : *le sujet est individuel, mais l'objet du droit est commun*<sup>7</sup>. L'objet d'un droit culturel peut être une œuvre (chose ou institution), un savoir, une communauté culturelle (le droit d'appartenir ou non à une communauté), ou de façon générale, des ensembles de références culturelles qui constituent autant de systèmes culturels

---

<sup>5</sup> *Les droits culturels. Déclaration de Fribourg*, art. 2, al. a.

<sup>6</sup> Pour une analyse générale du lien entre le relatif et l'universel, voir DELMAS-MARTY (2004), en particulier p. 406 ss.

<sup>7</sup> Cet argument est développé dans: MEYER-BISCH (2004).

entrecroisés<sup>8</sup>. Les droits culturels sont des droits de participation des sujets à ces systèmes. Le milieu culturel d'une personne ou d'une collectivité est alors l'ensemble, dans un temps donné, des références utilisées. Un milieu culturel est plus ou moins accompli, dans la mesure où il permet une intégration des différentes composantes de l'activité, tout en favorisant les droits, libertés et responsabilités de chacun<sup>9</sup>.

L'orientation normative n'est pas un choix plus ou moins arbitraire de valeurs, mais une position épistémologique qui consiste à considérer avant tout la valeur pour les personnes de *l'écart entre richesse et pauvreté culturelles*. On peut être cultivé de mille et une façons, mais on l'est plus ou moins à l'intérieur des valeurs et disciplines choisies. Pas de développement culturel, et donc de libertés culturelles, sans maîtrise de disciplines culturelles. La multiplicité des valeurs ne contredit pas la nécessité d'avoir des échelles des valeurs. La comparaison ne se fait pas de « culture » à « culture », de civilisation à civilisation, mais seulement d'une pratique, ou ensemble de pratiques, à une autre. Le référent normatif qui permet une évaluation partielle des pratiques est l'effectivité des droits culturels des personnes, dans le présent et dans la durée, leurs capacités culturelles. A la différence de l'approche multiculturelle collective, l'approche individuelle normative - qui ne méprise aucunement la dimension collective mais la place au niveau de l'objet et non du sujet du droit - est profondément dynamique et progressiste.

Afin de préciser la définition d'une position qui dépasse le dualisme individualisme / collectivisme, il est nécessaire de démarquer une approche constructiviste ou culturelle d'une vision atomisée ou « naturaliste ». Pour celle-ci, les collectivités et les individus sont des totalités qui se répondent ; pour la première, la subjectivité individuelle ne se réalise, ne se développe, que dans un tissu d'interaction. Dans une vision « fondamentaliste » ou « naturaliste », les libertés sont naturelles : certains naissent plus doués, plus intelligents, plus moraux, alors que d'autres sont très tôt limités dans leurs capacités, contaminés par le crime, la paresse, etc. Chacun doit alors utiliser sa liberté, sinon il est mauvais ou paresseux. Seule la contrainte peut l'obliger : il y a un bien et un mal. Au contraire, dans une vision « rationaliste », ou culturelle, les libertés s'éduquent par l'expérience de la raison partagée. L'éducation se fait à deux niveaux par un « tissage » des capacités (les *capabilities* d'Amartya Sen)<sup>10</sup> :

---

<sup>8</sup> Un système culturel désigne ici une organisation sociale d'un cycle création / production / transmission / destruction de diverses formes de savoirs entrelacés (savoir être, savoir faire, savoir transmettre) avec leurs symbolisations et réalisations; il entretient et développe les ressources utiles aux processus individuels et collectifs d'identification. Sa caractéristique est d'identifier chaque pratique sociale et de la lier à d'autres; il réalise ainsi du sens et de l'intégration en une dynamique commune. C'est pourquoi le culturel est proche de l'éthique : il permet l'invention et l'appropriation du sens par les personnes et les acteurs collectifs, ainsi que sa « circulation » entre les différents domaines.

<sup>9</sup> J'adopte partiellement la démarche du Rapport du PNUD sur le développement humain de 2004 : « La liberté culturelle vise à élargir des choix individuels, et non à préserver des valeurs et des pratiques en tant que fin en soi en faisant allégeance aveugle à la tradition. » PNUD (2004), p. 4. Il reste que si ce rapport montre bien l'individualisme du sujet, il méconnaît complètement la consistance, y compris intergénérationnelle, de l'objet: les traditions, les patrimoines, les communautés. Son individualisme est alors partial, non équilibré par la logique sociale dont les objets culturels sont porteurs.

<sup>10</sup> Par *capabilities*, Amartya Sen entend non seulement une capacité qui peut s'épanouir, mais plusieurs capacités qui se nouent pour former de nombreux possibles, une capacité de choix (par laquelle il définit exactement le degré de développement), une liberté d'action riche. Voir en particulier: SEN (2000), p. 66-67. J'ai développé ce point en logique économique dans: MEYER-BISCH (2002).

- à l'intérieur de chaque individu : l'exercice des libertés physiques, culturelles, sociales, économiques permet à chacun de se constituer un « capital » d'expérience et d'identité avec ces multiples dimensions ;
- entre les individus : nous avons besoin des capacités des uns et des autres, nous vivons une interdépendance profonde.

La question de principe selon laquelle les libertés peuvent, ou non, se renforcer mutuellement, être facteurs l'une de l'autre, semble être le bon critère pour distinguer entre un libéralisme naturaliste ou fondamentaliste (les libertés sont naturelles et il suffit d'organiser des conditions cadres) et un libéralisme intégral, construit ou culturel, qui prend en compte leur double interdépendance : entre les sujets et dans chaque sujet, selon les dimensions civiles, culturelles, écologiques, économiques, sociales et politiques.

Cette confiance dans la possibilité de croissance des libertés est inhérente aux Lumières, car elle est liée à la foi dans la rationalité : la raison peut croître patiemment et indéfiniment par le cumul des raisons individuelles. Il en va de même des libertés. Si on considère qu'un droit de l'homme est tout à la fois un droit, une liberté et une responsabilité, un libéralisme culturel (cultivé) est une confiance dans la progressivité de ces trois capacités fondamentales du sujet.. *Une logique culturelle considère les capacités comme des nœuds.* La culture est alors un travail permanent de développement et de connexion des capacités.

En ce sens, il est possible d'évaluer la richesse d'un milieu culturel par la densité de ses interactions, porteuses d'une connectivité entre capacités, au cœur d'un même sujet, entre les sujets, au cœur d'un acteur collectif et, de façon générale, à la source du tissage social entre les acteurs individuels et collectifs. La richesse culturelle est ici comprise comme une connectivité produite par l'interaction entre les capacités. Dit autrement, un milieu culturel dans lequel chaque activité trouve et donne du sens est plus riche, il rend effectif le droit de chacun de participer à la vie culturelle dans le déroulement et les choix quotidiens de sa vie. A l'inverse, un milieu cloisonné, dans lequel une activité, le travail, l'administration, l'école, la productivité économique, par exemple, est non seulement distincte mais déconnectée de la vie quotidienne, est plus pauvre : il crée des discriminations et des gaspillages considérables.

### 2.3. La dimension commune de l'objet des droits culturels et les pratiques néfastes

Dans cette perspective, tout est liberté et responsabilité. *L'identité est une multiplicité de rapports et non une barrière*, c'est une « surface de communication » ; la richesse d'une identité mesure la capacité de socialisation. De même, une communauté culturelle est un lieu de formation du lien social et politique, et non un facteur de partition, de regroupement, qui primerait sur l'individuation du sujet. Mais liberté n'est pas licence : les libertés culturelles, comme les autres, ne prennent de sens que si leur exercice est orienté par le respect et le développement des libertés d'autrui. Dans cette perspective, tout est orienté vers - et par - le respect des trois capacités fondamentales et inaccessibles de la personne - droits, libertés, responsabilités – les capacités de socialisation. Chaque personne est comprise comme nœud et tisserand du tissu social, sa liberté est certes aussi de dénouer des appartenances non voulues, mais au service général des libertés, non à leur détriment, selon le principe de l'indivisibilité.

A l'inverse du relativisme, la mise en relation aux milieux culturels, ou adéquation culturelle du droit, permet de dénoncer les « pathologies sociales » comme autant de violations des droits humains. Plus précisément, l'effectivité des droits culturels, ainsi que la prise en compte des dimensions culturelles de tous les droits humains, peuvent être considérées comme les indicateurs de pathologies sociales, liées à une pauvreté culturelle, que celle-ci soit le fait d'une négligence ou d'une volonté de nuire. La dénonciation des « pratiques néfastes »,

c'est-à-dire des pratiques contraires aux droits humains sous prétexte de respect des traditions, ne relève pas d'un jugement porté à travers la diversité culturelle au nom de normes occidentales, mais de la démonstration de falsifications, d'appauvrissements, ou de développements insuffisants des références culturelles invoquées. C'est par une « contre-argumentation culturelle » que l'anthropologue mauritanien Abdoulaye Sow, démontre que c'est en allant puiser au plus riche des ressources culturelles qu'on atteint le principe d'interprétation entre ce qui est favorable et ce qui est néfaste pour la dignité humaine<sup>11</sup>. La richesse des traditions, patrimoines et, de façon générale, des systèmes culturels, est un bien commun qu'il convient de protéger publiquement, car elle est la première ressource pour la compréhension et la réalisation des droits humains<sup>12</sup>.

### 3. Le droit à une peine culturellement adéquate

La dimension culturelle d'un droit, comme de toute relation sociale, signifie donc un processus de liaison entre individus et communautés en référence à des patrimoines ; ce processus est analysable en termes d'appropriation de valeurs. Chacun sait qu'un système juridique n'est efficace qu'à proportion du degré d'appropriation des normes éthiques sur lesquelles il se fonde par les membres de la société dans laquelle il s'applique. Or, il ne s'agit pas d'une adhésion morale qui serait au-delà des cultures. L'adhésion morale se fait par un appel à l'interprétation des valeurs fondatrices de l'identité culturelle de chacun. Pour ce faire, l'individu a besoin d'accéder aux références culturelles les plus pertinentes, celles qui lui permettent la lecture, critique, et l'appropriation des valeurs exprimées par la loi. Cette adéquation culturelle de la publicité faite à la loi par tous les acteurs du système juridique au sens large devrait être l'objectif prioritaire permanent. Celui-ci s'exprime notamment par la qualité du travail interne au système juridique proprement dit (élaboration et réforme des lois, observation et analyse doctrinale, observation des procès et jurisprudence), et du travail externe de présentation publique (formation et information, publicité des procès, enquêtes sur les conditions de possibilité des délits et des crimes et sur les moyens de prévention) en vue d'une bonne « publicité » de la loi. Le droit garantit le système social de réciprocité, la peine est conçue comme moyen de restauration de la réciprocité lorsqu'elle a été rompue. Il convient d'analyser ce droit individuel et son objet commun.

#### 3.1. Le droit individuel de participer à un système de réciprocité

L'adéquation culturelle du « droit à une peine adéquate » se comprend alors, non seulement durant la procédure judiciaire, mais en amont et en aval. Il s'agit de savoir en amont dans quelle mesure tout délinquant potentiel peut être conscient de la gravité des délits et crimes possibles et de la nature de la peine encourue, puis quel est le rôle pédagogique de la procédure et du procès, et enfin en aval quelle est la vertu réparatrice de l'application de la peine.

<sup>11</sup> Sow (2006a, 2006b). Ces travaux sont disponible en ligne sur le site: [www.iedh.ch](http://www.iedh.ch) et ont été effectués dans le cadre de l'Observatoire de la diversité et des droits culturels, en partenariat avec la Francophonie, l'UNESCO et le département fédéral suisse des affaires étrangères.

<sup>12</sup> C'est le sens de la *Déclaration universelle de l'UNESCO pour la diversité culturelle* à la rédaction de laquelle notre groupe a pu participer, puis de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*. Le droit de participer aux patrimoines est reconnu en tant que droit individuel dans la récente Convention du Conseil de l'Europe, dite « *Convention de Faro* » (No199) actuellement ouverte à la signature et dans laquelle nous avons pu faire reconnaître un droit individuel d'accès aux patrimoines: *Convention cadre sur la valeur du patrimoine culturel pour la société*, 27.10.2005.

Si on définit la citoyenneté comme la capacité pour un individu d'exercer ses droits humains avec les libertés et responsabilités correspondantes aux différentes échelles de gouvernance d'une communauté politique, il s'agit ici de développer la dimension culturelle de la citoyenneté. En l'occurrence, c'est le droit de participer au système juridique, en tant que système régulateur de la communauté politique. Si on place la citoyenneté au niveau fondamental des droits humains, cela signifie en outre qu'elle dépasse le cadre national et s'appuie sur le droit international. La citoyenneté ainsi définie inclut comme allant de soi une multi-appartenance politique.

Le droit à une peine adéquate peut alors être défini comme un droit, avec les obligations correspondantes, d'avoir accès aux moyens de restauration du lien de réciprocité générale qui constitue le lien politique défini par la loi ; cette réparation est en même temps une restauration de l'exercice des libertés. La question est centrale du point de vue de la dimension culturelle si on considère que le choix et l'application de la peine répond :

- au droit du criminel à une mesure de *ré-identification*, de retour sur soi et de reconstruction progressive de ses liens sociétaux (réinsertion), plus précisément, une restauration de la *réciprocité* ;
- à la réparation réelle et symbolique de la dignité des victimes directement meurtries par le non-sens ;
- à la *ré-identification* de l'intérêt public constitué par la publicité de la loi : reconsidération des interdits fondateurs, analyse des conditions de possibilité du crime aux fins de prévention et de correction des injustices sociales et d'éventuels vides juridiques ; réhabilitation de la réciprocité générale.

La « matière pénale » est ainsi interrogée par la discipline transversale des droits de l'homme, débordant le droit pénal proprement dit<sup>13</sup>, dans une perspective de philosophie politique, visant la peine comme un problème et un enjeu pour toute la société. Le criminel, la victime et la société, les trois parties prenantes à la peine, ont toutes les trois besoin, non pas d'effacer, mais de comprendre l'importance du mal, sa « banalité » selon les analyses d'Hanna Arendt, la tendance toujours présente à la destruction sociale, bref les pathologies auxquelles toute société démocratique doit trouver une façon légitime de faire face.<sup>14</sup>

### 3.2. La peine, objet commun de droit

La réciprocité exprime l'essence du lien que le collectif ne fait que décrire et n'explique pas, elle est le « nouage social » des personnes, des subjectivités qui se déploient dans l'intersubjectivité, qui se donnent mutuellement les constituants d'un capital de confiance. En ce sens, la peine appropriée (ou adéquate) peut être considérée comme un bien culturel dont la fonction est de restaurer le lien de droit entre le justiciable, la victime ou /et ses proches, et la société dans son ensemble. Il s'agit d'une réappropriation mutuelle après une déchirure sociale dont toutes les conséquences ne sont pas réparables ni repérables : la capacité de réinsertion du justiciable dépend en partie de celle des systèmes sociaux complexes qui se mettent à sa portée.

---

<sup>13</sup> Sur la matière pénale débordant le droit pénal, voir DELMAS-MARTY (2004), p. 371 ss.

<sup>14</sup> Pour une description de l'entropie sociale telle qu'elle se manifeste dans les démocraties, voir: FLEURY (2005), p. 259:« Si la démocratie adulte a un défi à relever, c'est bien celui de 'voir et de s'avouer sa tendance au mal' ». Son analyse s'appuie ici sur l'œuvre de C. G. Jung.



La peine a un *prix* que tous les partenaires doivent évaluer, le prix de la réparation d'une déchirure. Cela rejoint l'étymologie latine : *poena*, la rançon. C'est la rançon d'une restauration, le recouvrement d'une dette. L'allemand possède trois significations<sup>15</sup> :

- *la peine* qu'on se donne : *Mühe*, la quantité de travail ;
- *la peine* que l'on perçoit : *Leid, Schmerz*, la douleur, liée à la perception du mal, à la honte ;
- *la peine* que l'on donne : *Strafe*, la sanction, la punition avec un travail « pénible ».

Le prix représente à la fois un signal et une énergie sociale : la quantité d'énergie sociale qu'on est prêt à investir, autrement dit : l'évaluation de la profondeur et donc de la complexité requise et le degré de priorité.

- L'évaluation de la profondeur – le niveau fondamental des droits humains – et le degré de complexité sont liés, car le premier renvoie aux principes de l'indivisibilité et de l'interdépendance. Autrement dit, une application linéaire d'une peine supposée proportionnée, qui ne prendrait pas en compte la complexité des droits, libertés et responsabilité, ni la complexité des acteurs, serait inadéquate, mal inculturée, mal inscrite dans la complexité sociale, avec les effets pervers de la récurrence que l'on connaît et qui peuvent être décrits en terme de déculturation et donc désocialisation aggravée.
- Le degré de priorité peut être comparé au degré de démocratie, si on accepte l'idée approximative qu'une démocratie faible s'occupe essentiellement de la majorité, alors qu'une démocratie forte attache un prix considérable à la réinsertion permanente des exclus dans un double objectif : assurer l'effectivité des droits individuels de tous, et recueillir les précieux témoignages des exclus de toutes sortes sur les pathologies sociales visibles ou endémiques.

Le prix à payer se traduit en termes de véritable « conversion sociale », de critique d'une société capable de reconnaître l'insuffisance de son savoir, de sa capacité à prévenir les perversions c'est-à-dire à protéger les droits humains. La tendance entropique de toute société est de se « décharger » du fardeau de la peine sur l'auteur du délit ou du crime, tout en témoignant poliment sa compassion à l'égard des victimes, lorsqu'une réparation terme à terme n'est pas possible. La réparation qui compte le plus est celle du savoir : il y a, de fait, une « communauté de la peine » entre les trois parties prenantes (criminel, victimes, société) souillées par la déchirure et qui ont droit à une restauration, c'est-à-dire un développement du savoir fondamental sur la réciprocité. Une « justice restauratrice » n'atteint les trois parties prenantes que par une restauration du savoir qui constitue la confiance dans le lien de droit. La jurisprudence en est un aspect, les conditions de l'application de la peine et de la restauration un autre, les analyses juridiques et politiques un troisième<sup>16</sup>. Mais c'est la même question.

---

<sup>15</sup> J'ai développé ce point dans: MEYER-BISCH (2006).

<sup>16</sup> Cela implique notamment l'abandon de toute vision linéaire du droit, comme si le but de la peine était de tout faire rentrer dans l'ordre, nous avons besoin de la « pluralité des modèles » juridiques selon les analyses de Mireille Delmas-Marty dans: DELMAS-MARTY (2006b), p. 278 ss, qu'elle développe à la suite de la philosophie du droit, dialectique et systémique, de François Ost et M. van der Kerchove dans: OST, VAN DE KERCHOVE (2002).

#### 4. Qui porte le poids de la peine ?

Il n'y a pas de question plus importante. C'est à la fois une question individuelle (chacun doit gérer son budget financier, son « budget-temps », son « budget » d'énergie psychique) et collective : le prix est une valeur d'échange, la peine aussi est une relation. Toute question sociale est une question spirituelle qui se traduit aussi en question d'argent : non seulement en ce qui concerne les allocations budgétaires, mais de façon plus générale en évaluation du prix du respect et du non-respect de l'adéquation culturelle de la peine. Combien une collectivité peut-elle et doit-elle investir dans un système pénitentiaire complet et efficace pour mineurs en ressources humaines et monétaires, incluant les systèmes d'insertion dans les différents secteurs sociaux ? Deux questions se posent alors : l'extension du problème et comment se répartit la charge ?

##### 4.1. Toute délinquance est déculturation

L'adéquation culturelle de la peine ne peut être réduite à l'illusion d'une adéquation d'un régime général à des particularismes culturels, c'est une question d'interprétation permanente du régime général lui-même : est-il conçu comme un système d'appropriation et de ré-appropriation continues du lien, d'inculturation progressive et progressiste (volontariste) de tous les droits humains comme fins et moyens de développement démocratique ? Est-il conçu comme un système dont tous les citoyens ont la responsabilité, en particulier face aux personnes qui en ont le moins conscience ?

Peut-on étendre à tout criminel la question de l'adéquation culturelle de la peine, et non pas seulement à des personnes qui appartiennent à des communautés culturelles reconnues comme différentes ? L'argument est celui-ci : l'accomplissement d'un crime suppose généralement une faible conscience de sa gravité liée à un sous-développement des référents culturels fondamentaux. Toute rupture du lien de droit ressemble en effet à une « pathologie identitaire », ce qui ne signifie pas une déresponsabilisation, mais une irresponsabilité injuste, indigne et dommageable, signe d'un manque de culture citoyenne. Cette conception va à l'encontre de la notion d'acte volontairement nocif. L'idée est que le malfaiteur ne respecte pas la loi, non pas qu'il ne la connaisse pas, mais parce qu'il la méprise, il n'en connaît pas le prix. La faute majeure est l'ignorance de la valeur de la loi, fondatrice du lien. Le malfaiteur feint de l'ignorer ou il la provoque par violence directe. Il est pauvre en culture du lien.

En ce sens, toute délinquance est un cri à entendre et à réorienter. La richesse culturelle est un capital de confiance, la pauvreté est un isolement, la misère un désespoir de solitude. La violence vient d'une incapacité de dire. Beaucoup de communautés humaines, - familles, associations diverses, communes, peuples - sont en deçà d'un seuil de « pauvreté culturelle », lorsque les cloisonnements de toutes sortes interdisent ou empêchent les connexions, enferment et désespèrent les personnes. De mêmes, nos cloisonnements, dits bureaucratiques, mais en général psycho-sociaux, sont autant de freins à l'adéquation culturelle, se traduisant par un gaspillage de ressources humaines et non humaines, un gâchis social. La pauvreté culturelle se reconnaît au manque de capacités à se lier à son milieu (aux autres, aux oeuvres et à soi-même) ; c'est :

- un *dénuement* car la personne se trouve sans identité sociale, privée d'objets ; l'objet des droits à la culture est ce qui permet à chacun d'être présent aux autres, aux oeuvres et à soi ;
- un *désœuvrement*, car l'individu est sans travail, sans utilité et lien social ; s'il exécute des tâches, celles-ci sont pour lui dépourvues de sens, de liberté et d'avenir.

Les violations des droits culturels empêchent le respect de tous les autres droits, car elles atteignent directement *l'intégrité* de la personne en ce qu'elle a de propre : son identité. Ce sont autant de négations des capacités du sujet à vivre son processus libre et jamais achevé d'identification. La violation d'un droit culturel est l'empêchement ou la rupture du lien entre le *for interne* et le *for externe*, comme une asphyxie de l'intelligence et des sens qui, à mon sens, est l'origine générale de la violence. L'impossibilité de dire, d'être reconnu, de créer n'est pas qu'une mutilation, c'est le plus haut degré de violence vers autrui et vers soi-même, génératrice d'explosion ou de détournement. Certes, toutes les délinquances ne sont pas des violences directes, des atteintes à l'intégrité des personnes. Mais l'atteinte aux biens, le vol sous toutes ses formes, n'en est pas moins une violence sociale, une violation du lien, alors même que le malfaiteur n'en mesure pas forcément l'ampleur : il n'en éprouve pas la peine.

#### 4.2. Le poids commun de la peine

La seconde question relève de l'application : comment répartir le poids – ou le prix – de la peine ? Comment éviter que les parties les plus faibles soient éventuellement celles qui paient le prix le plus fort, que l'individu et ses proches déjà déracinés soient assujettis à une double peine ? Comment éviter que malfaiteurs et victimes assument seuls la méconnaissance de l'importance des droits culturels dans nos sociétés ? Bien sûr, il n'est pas question d'accuser la société de tous les maux et de décharger les individus de ce poids. La société n'est rien d'autre que du lien social et culturel interindividuel complexe, c'est la valeur de ce lien, exprimé par la loi, qu'il faut interroger. Le lien interindividuel est un lien social dans la mesure où il inclut le tiers, les autres, la société. La question ne peut être détachée de la nature culturelle de la peine, en tant que facteur de restauration du lien de réciprocité entre ses trois parties prenantes : l'auteur ou les auteurs du délit (l'auteur et secondairement celles et ceux qui l'ont rendu possible), la ou les victimes, la société en général. La restauration de la réciprocité, avons-nous vu, est essentielle pour les trois parties blessées. Le problème est que tous n'évaluent pas avec la même gravité la profondeur de la blessure, de ses causes et de ses conséquences, le poids de la peine.

Il est nécessaire de renforcer l'observation permanente, par tous les acteurs concernés, du système juridique et de ses sous-systèmes, notamment les systèmes judiciaire et pénitentiaire. Nos travaux sur les indicateurs du droit à l'éducation de base au Burkina Faso<sup>17</sup> nous ont amenés à traduire en indicateurs les quatre capacités d'un système social, telles qu'elles ont été énumérées dans l'*Observation générale 13* du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Si un système éducatif peut être évalué selon ces quatre capacités, il n'y a pas de raison de ne pas l'appliquer à tout système social dont l'objectif politique est de garantir l'effectivité des droits humains. Ce, d'autant plus qu'un système judiciaire peut être considéré, à sa façon, comme un système éducatif, pour les justiciables et pour l'ensemble des citoyens. Les quatre capacités sont les suivantes :

- *l'acceptabilité (Acceptability)* : appropriation du droit, participation, exercice des libertés dans la diversité ;
- *l'adaptabilité (Adaptability)* : engagement des acteurs, diversité du système, connaissance des résultats, circulation d'une information adéquate ;

---

<sup>17</sup> IIEDH/APENF (2005). Le tableau, construit pendant quatre années de recherche avec les différents acteurs du système de l'éducation au Burkina, comporte 52 indicateurs classés selon les quatre capacités, tout en faisant système.

- *l'accessibilité (Accessibility)* : non-discrimination selon le genre, l'origine sociale et culturelle, l'espace géographique, la capacité économique :
- *la dotation (Availability)* : dotation adéquate en ressources humaines (nombre de personnes, valeur de leur formation initiale et permanente, valeur de leur salaire), et en ressources non humaine (équipements), ainsi que des investissements à l'interface entre le système social concerné (système éducatif, assistance sociale, système judiciaire) permettant d'optimiser les synergies.

Pour répondre à l'effectivité du droit à une peine adéquate, de la façon la plus économique possible, il est essentiel de mettre au point un système d'observation avec des indicateurs précis.

## 5. « L'effet de levier » des droits culturels

*L'action culturelle est effectivement primordiale. Elle permet de poser la question de l'exclusion humaine d'une manière plus radicale que ne le fait l'accès au droit au logement, au travail, aux ressources ou à la santé. On pourrait penser que l'accès à ces autres droits devient inéluctable, lorsque le droit à la culture est reconnu.*<sup>18</sup>

L'homme pauvre et l'homme violenté, ne peuvent accéder aux libertés que s'ils sont en mesure de s'approprier les liens avec les réserves de culture, les « capitaux culturels », fournisseurs de sens et révélateurs de leur propre capacité de sens. Sans cet accès à la capacité de trouver du sens à l'existence, les aides diverses tombent à plat, elles restent extérieures ; elles ne peuvent atteindre la source de croissance des capacités. C'est pourquoi les droits culturels peuvent être compris comme des « capacités de capacités », au niveau individuel et social :

- les droits culturels sont des capacités de capacités, dans la mesure où ils désignent le travail (la culture), l'appropriation de chaque capacité inhérente à la dignité personnelle ;
- ce double niveau de capacité nécessite cependant l'intervention - la médiation - d'autrui, c'est-à-dire la communication de ressources entre sujets (adéquation entre les capacités individuelles et sociales), afin de passer de la capacité à l'effectuation (l'accomplissement de l'acte), c'est-à-dire à l'effectivité du droit.

Une peine culturellement adéquate est une peine qui rend possible la restauration de ces capacités pour toutes les parties prenantes à la peine. La première obligation de n'importe quel débiteur à l'égard du droit à la peine – du droit à vivre sa peine - est celle de l'interaction: nous ne pouvons répondre que par la création d'un tissu social dense, parce que culturellement riche. Nous sommes les nœuds et les tisserands, l'effectivité des droits sont nos liens et attestent du prix que nous accordons aux déchirures humaines et à notre conscience qu'une restauration de la réciprocité n'est pas qu'une réparation bricolée, qu'elle demande un nouveau développement. Face à l'évaluation de ce « coût humain », le droit pénal et la matière pénale ne peuvent être cantonnés dans une logique de réparation, ils participent à la perspective progressiste des droits de l'homme qui sont la substance d'une culture démocratique.

---

<sup>18</sup> WRESINSKI (2004), p. 40.