

Tirage à part:

Gauchs Welt

Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Pierre Tercier / Marc Amstutz / Alfred Koller / Jörg Schmid / Hubert Stöckli

JOSÉ HURTADO POZO

Le droit pénal et les conflits culturels

Le droit pénal et les conflits culturels

JOSÉ HURTADO POZO, Dr en droit, Dr h.c., Professeur à l'Université de Fribourg

«Le fait que l'identité nationale ne requière pas de valeurs communes explique, en outre, pourquoi les nations sont les unités de base qui conviennent à une théorie libérale – les rassemblements nationaux définissent en effet un domaine de liberté et d'égalité et donnent lieu à une reconnaissance et à une confiance mutuelles qui permettent de contenir la portée des désaccords inévitables et de la dissidence relative aux conceptions du bien qui, dans la société moderne, entrent en concurrence»¹

I

La circulation des modèles juridiques² se fait plus facilement dans les domaines du droit public et privé qu'en droit pénal. Les pays en voie de développement ont adopté la Constitution des pays développés pour mettre sur pied leur propre système politique. Ainsi, certains pays ont repris la Constitution américaine ou française comme modèle en les adaptant à leurs propres orientations politiques et culturelles. Le modèle fédératif suisse a été source d'inspiration pour plusieurs pays qui ressentent le besoin d'unir leurs différentes communautés culturelles. Quant à l'adoption des codes civils, elle se fait plus facilement lorsque les Etats ont besoin de se doter d'un système juridique approprié pour se moderniser et attirer les investisseurs étrangers.

D'ailleurs, cette adoption a été assez souvent conditionnée par la colonisation. Tout d'abord, la puissance colonisatrice a imposé son droit aux peuples indigènes et ensuite, le gouvernement des peuples émancipés a adopté ou imité le droit de l'ancienne métropole. Cependant, ce phénomène s'est également présenté même dans les pays où il n'y a pas eu de colonisation. Par exemple, l'adoption du Code civil suisse par la

WILL KYMLICKA, La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités. Traduit de l'anglais par PATRICK SAVIDAN, Éditions la découverte, Paris 2001, p. 9 s.

Je tiens à remercier mon assistante, Madame Khanh Nguyen, de sa collaboration dans la préparation de ce texte.

2 ALAN WATSON, Legal Transplants An Approach to Comparative Law, Edinburgh 1974, p. 21 ss; JOSÉ HURTADO POZO, La circulation des modèles juridiques: influences étrangères sur l'actuel code pénal suisse, in: Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé, Montréal 19-24 août 1990, Zurich 1990, p. 7-22.

Turquie a entraîné la soumission des communautés turques à un droit étant le fruit d'une société culturellement différente. Par conséquent, le régime d'Attaturk n'a pas réceptionné les dispositions suisses concernant le droit de la famille afin de tenir compte du système familial musulman³.

Les conflits culturels⁴ dans le domaine du droit pénal, de par la nature même des intérêts en jeu, sont plus intenses et donc plus difficiles à surmonter. Lors d'un processus d'adoption d'une loi pénale étrangère, les problèmes surgissent rarement dans la phase de réception de l'acte législatif, mais plutôt au moment de l'application, soit lors de la phase d'assimilation de la loi adoptée⁵. Ce phénomène s'explique par le fait qu'un modèle juridique occidental, par exemple celui du Code pénal suisse, fut suivi par plusieurs pays dont la société n'avait pas encore atteint le développement économique et social helvétique. Un exemple typique est celui du Pérou dont le législateur, en 1924, promulgua un Code pénal reprenant en grande partie des projets suisses de 1916 et 1918. Cet acte législatif représentait un avancement technique remarquable pour le système juridique péruvien. En revanche, sur le plan social, sa réception rencontra de sérieuses difficultés.

Eu égard à notre formation de pénalistes, nous ne sommes pas en mesure d'aborder l'analyse des conflits culturels en droit privé, domaine dans lequel Peter Gauch⁶ à qui est destiné cet hommage a une réputation largement reconnue. Néanmoins, comme ce dernier a aussi enseigné le droit pénal dans notre Faculté, nous nous contenterons de lui rendre hommage par ce bref exposé relatif aux conflits culturels dans le domaine du droit pénal, en espérant que notre contribution reconforte son esprit ouvert et créatif.

II

Toute société est multiculturelle en ce sens que ses membres forment des groupes ayant des façons différentes de percevoir le monde et d'agir⁶. Cette divergence plus ou moins sensible est l'aboutissement d'un long processus historique et social qui sert de base à la naissance et à la consolidation des États modernes. La Suisse, comme la

3 A. C. PAPACHRISTOS, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris 1975, p. 23 s.

4 Sur la notion de culture: cf. PIETRO ROSSI (éd.), *Il concetto di cultura. I fondamenti teorici della scienza antropologica*. Traduction de Daniele Pianciola, 2^e éd., Torino 1970; JEAN-PIERRE MARTINON, *Culture (sociologie de la)*, in *Encyclopédie Universalis*, vol. 5, Paris 1987; DENYS CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris 1996; JÖRG FISCH, *Die Kultur als Nationsersatz. Plädoyer für eine Kultur im Singular*, in *Neue Zürcher Zeitung*, 6. April 1988, Feuilleton, p. 27.

5 JOSÉ HURTADO POZO, *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*. Centro de estudios de derecho y sociedad, Lima 1979, p. 20 s.

6 WALTER KÄLIN, *Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft*, Zürich 2000, p. 26 ss: Le terme multiculturalisme permet de signaler la pluralité culturelle d'une population. Cependant, il est actuellement utilisé pour désigner un mouvement d'idées, alimenté par un corpus théorique qui lui sert de base conceptuelle et de légitimation intellectuelle; cf. ANDREA SEMPRINI, *Le multiculturalisme*, PUF, Paris 1997, p. 57.

plupart des États européens⁷, est constituée par une pluralité de communautés d'origines différentes: germanophone, francophone, italophone et romanche. Cependant, cette diversité ne provoque pas de rupture profonde entre les communautés. Les fondements culturels sont communs dans la mesure où ils ont la même origine, à savoir religieuse, politique et sociale. Les conflits culturels ne sont donc pas si graves; ils ne compromettent pas l'élaboration d'un système juridique unique. L'application de ce système a lieu sans qu'un groupe social ne se sente discriminé parce que ses spécificités culturelles sont méconnues.

Force est de constater que, lors de travaux d'unification du droit pénal suisse, il n'y a eu aucun besoin de prévoir des dispositions pour répondre aux problèmes d'application de la loi résultants de conflits d'ordre culturel. En raison des différences linguistiques, un comportement délictueux peut être décrit de manière différente dans plusieurs langues, mais le choix du modèle le plus convenable a résolu ce problème. Il est ainsi possible d'affirmer que «tout en payant un tribut suffisant à la tradition, le législateur conserve une marge très suffisante pour tenir compte des besoins de notre époque, et pour résoudre les problèmes pénaux eu égard à l'état actuel de notre pays, tant au point de vue moral qu'au point de vue économique». La perception unitaire de la société est mise en évidence dès que l'importance du droit pénal est abordée. Il est ainsi dit que «l'on tendra au relèvement moral de la société, aussi bien en travaillant à l'amélioration des individus, que par l'action générale des peines et autres mesures. Cette action se résume ainsi: éveiller et fortifier le sentiment social individuel et collectif, tout en refoulant les éléments qui ne peuvent se plier aux exigences morales de notre civilisation actuelle»⁸.

En Suisse⁹, les questions législatives soulevées en droit pénal sont plutôt liées à des aspects particuliers et restreints inhérents à ce domaine. Un cas significatif est celui de la modification des dispositions relatives à l'avortement. Le débat a opposé d'un côté ceux qui, en reconnaissant les droits des femmes, militaient pour l'assouplissement de la répression de certains cas d'interruption de la grossesse, et de l'autre ceux qui tenaient au respect absolu de la vie depuis la conception¹⁰. Au cours des votations successives, les citoyens ont rejeté aussi bien les projets tendant à la libéralisation que ceux orientés à renforcer la protection de la vie en général.

Face à cette impasse, la solution dite «fédéraliste», selon laquelle chaque canton devrait régler séparément l'impunité de l'avortement, a été proposée en vue de mieux respecter les spécificités de chaque canton. En effet, la réglementation de chaque canton dépendrait non seulement de la manière dont ses tribunaux interprètent et appliquent l'art. 120 CP, mais aussi de la sévérité de ses organes de poursuite par rapport à l'avortement. Cette proposition a été rejetée à juste titre. Ainsi, dans le rapport concernant la modification du Code pénal, il a été souligné que: «La plupart des

7 WILL KYMLICKA, (note 1), p. 9 s.

8 EMIL ZÜRCHER, Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908, traduit par A. Gautier, Berne 1914, p. 8, 14.

9 ISTOK EGETER, Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt, Schulthess, Zürich 2002, p. 46 ss.

10 JOSÉ HURTADO POZO, Manuel de droit pénal, partie spéciale I, Zurich 1997, n. 249 ss.

experts se prononcent pour une réglementation législative unique pour toute la Suisse. Une solution fédéraliste paraît problématique, car elle prescrit l'inégalité de droit et qu'elle déclencherait dans chaque canton des discussions politiques sur l'admission et les conditions de l'intervention. Vu les expériences faites à ce jour, elle n'aurait pas pour effet d'inciter les femmes à mener leur grossesse non désirée à terme, mais de provoquer des déplacements ennuyeux et coûteux vers un autre canton¹¹. La vie, y compris la vie embryonnaire, est considérée par tous les groupes sociaux suisses comme une valeur fondamentale. De plus, la reconnaissance aux femmes d'un droit à la maternité est largement répandue. Ces deux éléments ont permis de trouver une solution consensuelle conforme aux critères moraux et sociaux helvétiques. Cela montre que les fondements homogènes de la société suisse permettent de reconnaître des valeurs interculturelles¹² et d'y orienter le comportement des personnes par une réglementation unitaire.

Cette homogénéité de la société a été sensiblement bouleversée par le flux migratoire. Concernant l'immigration des Italiens et des Espagnols, en particulier des années 50 et 60, les conflits culturels ont été moins intenses en raison du fait que ces immigrés provenaient de milieux culturels ayant une base similaire à celle de la société suisse. Par contre, les immigrations des Européens de l'Est suite à la chute des régimes communistes et des Africains, en particulier du Maghreb, ont fait surgir des situations problématiques. Cela s'explique par le fait que ces derniers, en particulier les personnes de religion musulmane, ont parfois du mal à s'intégrer au système social suisse et par conséquent continuent à se comporter, dans certains contextes, selon leurs coutumes et convictions religieuses. D'ailleurs, ils réclament le respect de leurs propres pratiques. Par exemple, certains d'entre eux continuent à pratiquer la polygamie, l'excision du clitoris, la discrimination des femmes, la violence familiale, etc. Comme tous ces comportements constituent des infractions punies par le droit pénal suisse, la question est de savoir dans quelle mesure la reconnaissance des différences de culture en Suisse peut ou doit influencer l'application de son droit pénal. A cet égard, les partisans d'un certain multiculturalisme parlent d'une reconnaissance des droits collectifs d'ordre ethnique (polyethnicité)¹³.

Un premier exemple qui représente peu d'effets pénaux, mais a une portée significative pour les droits fondamentaux, c'est celui d'un membre de la communauté Sikh condamné pour avoir conduit un cyclomoteur sans porter un casque de protection¹⁴. Pour éviter la répression, il a expliqué que sa religion lui obligeait de couvrir sa tête avec un turban en public, et cela lui empêchait de porter le casque réglementaire. Toutefois, les juges fédéraux ne lui ont pas donné raison. Ils prétendent que l'obliga-

11 Rapport explicatif de l'avant-projet de modification du Code pénal suisse concernant l'interruption de grossesse, n. 32.

12 OTFRIED HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?: ein philosophischer Versuch*, Frankfurt 1999, p. 10 ss; KARL-OTTO APPEL, *Anderssein, ein Menschenrecht? Ueber die Vereinbarkeit universaler Normen mit kultureller und ethnischer Vielfalt*, in: Hilmar Hoffmann/Dieter Kramer, *Anderssein, ein Menschenrecht?*, Weinheim 1995, p. 9 ss.

13 WILL KYMLICKA (note 1), p. 24, 32 ss.

14 ATF 119 IV 260 ss; Cf. KÄLIN (note 6), p. 136.

tion légale de porter un casque ne lèse pas la liberté de conscience et de croyance des membres de la communauté religieuse Sikh. Dans ce sens, ils affirment: «*Ob ein Eingriff in das Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit infolge eines überwiegenden öffentlichen Interesses am Helmtragobligatorium, das der Verhütung schwerer Unfälle und der daraus resultierenden hohen, auch die Allgemeinheit belastenden Kosten dient, nicht jedenfalls auch verhältnismässig wäre, braucht unter diesen Umständen nicht geprüft zu werden*»¹⁵. Ainsi, une limite est tracée pour la reconnaissance des valeurs culturelles étrangères. Ces valeurs ne peuvent pas exiger un respect absolu au détriment des principes fondamentaux constitutifs de l'ordre juridique suisse. Les différents intérêts sociaux entrant en conflits doivent être pris en considération afin d'établir une préférence selon le principe de la proportionnalité. Par conséquent, le membre de la communauté Sikh ne peut pas se comporter selon ses modes de vie culturels ou religieux en invoquant le simple fait qu'ils mériteraient une reconnaissance de même niveau que ceux prédominants la société suisse.

Un cas¹⁶ plus grave et plus complexe est celui d'un citoyen albanais qui commet un homicide et essaie ensuite de se justifier en invoquant le droit coutumier de sa région d'origine. Les faits sont les suivants:

En 1988, madame S. Bab. et monsieur M. Bal., tous les deux ressortissants albanais de religion musulmane, se mariaient au Kosovo. Ils ont deux enfants: D. et V. Bal. Ils sont arrivés en Suisse en 1990.

De 1990 à 1992, le père de la femme, H. Bab., domicilié au Kosovo, leur rendit plusieurs fois visite en Suisse. Pendant son séjour, il travaillait pour son fils qui possédait un magasin d'alimentation.

Le 10 janvier 1993, M. rentra chez lui et surprit sa femme au lit avec N. Ber. Ce dernier fut rattrapé puis tué par trois coups de feu du mari. La femme réussit à s'enfuir. M. a été ensuite appréhendé puis incarcéré par la police.

Le père, ayant appris la nouvelle, emménagea chez sa fille. Il craignait des actes de vengeance des familles Bal. et Ber. et se procura donc un pistolet.

S. sortait souvent la nuit. Elle ignorait son père et ses ordres de discrétion. Ce dernier estimait que, comme femme mariée et dont le mari était en prison, elle devait rester à la maison. Il voulait qu'elle lui obéisse et se comporte selon les règles de son pays d'origine.

Le 23 avril 1993, après avoir travaillé au magasin et bu quelques bières avec le voisin, H. rentra chez sa fille et la trouva dans la cour avec ses amis. Il pénétra alors dans l'appartement, s'empara du pistolet caché et sortit à la recherche de S. Un peu plus tard, il l'apercevait sur le chemin à la maison avec ses enfants. Il sortit son pistolet et tira sur eux. S. et l'un des enfants, D., grièvement blessés, tombèrent

15 ATF 119 IV 265.

16 Geschworenengericht des Kantons Zürich (Nr. 6/94), Urteil vom 22. März 1995 (Prozess-Nr. U/WG940006); cf. CHRISTIAN GIORDANO, Inkompatibilität von Normen – Der Ethnologe als Forensischer Gutachter, in: Ethnoscripts, Jahrgang 2, tome 2, p. 10 ss, p. 16 s.

inconscients tandis que l'autre enfant, V., était mort sur le coup. H. s'éloigna du lieu comme si rien ne s'était passé, mais se laissa maîtriser sans résistance par deux passants quelques instants après. Il a expliqué plus tard qu'il avait agi ainsi «pour sauver son honneur, pour ne pas perdre sa dignité».

La famille de H. est originaire de la partie montagneuse de l'Albanie, où la présence de l'Etat et du droit est encore faible. Les communautés restent fidèles à un système de droit coutumier. L'organisation sociale tourne essentiellement autour du patriarcat. Le comportement des membres est régi par le code de l'honneur qui constitue l'instance morale et sociale absolue.

L'homme doit se montrer autoritaire et se mettre en avant. Il doit prouver sa force et sa capacité à pouvoir protéger les siens, éventuellement avec une arme. Le père est la figure centrale de la famille et il doit être respecté en tant que tel. La société s'articule ainsi autour de la masculinité.

La femme non mariée, elle, doit strictement obéir aux règles suivantes: discrétion, continence sexuelle et virginité. Cela lui assure l'honneur et garantit sa pudeur jusqu'au mariage. En cas d'impudicité, elle apporte la honte sur toute sa famille. Un statut social ne lui est accordé que lorsqu'elle met le premier enfant mâle au monde: il est ainsi dit que «le fils est la fleur de la femme». Sa naissance lui donne une place sociale et lui permet de s'émanciper.

Ce droit coutumier s'exprime à travers un code de l'honneur appelé le «Kanun». L'honneur signifie la préservation de la dignité. L'entité familiale joue un rôle prépondérant dans l'articulation de ces règles. L'honneur est placé au-dessus de la vie. La perte de la vie touche l'individu; par contre, la perte de l'honneur porte atteinte à la parenté et au clan. Lorsque le clan est bafoué, selon le «Kanun», il faut se faire justice soi-même. La vengeance de sang constitue ainsi l'institution centrale de cette justice privée. À la différence de la loi du talion, le système du «Kanun» prévoit aussi le pardon et la possibilité de faire la paix. Cette possibilité de paix est appelée la «Besa» selon laquelle il est possible en tout temps de recourir à l'intervention des personnes détentrices de l'autorité pour chercher un accord pacifique conclu conformément aux règles du «Kanun».

En vertu du droit coutumier, M. Bal. a tué son rival N. Ber., et aurait dû aussi tuer son épouse infidèle. Comme il ne l'a pas fait, il devait s'attendre aux représailles de la famille de la victime. Quant au père de la femme, il doit assumer la protection de sa fille et de ses petits-enfants. Face au manque d'obéissance de la fille, il doit la tuer pour préserver l'honneur de la famille. Il n'agit selon les règles du «Kanun» que par rapport à la mort de cette dernière. En revanche, le droit coutumier ne «légitime» pas l'agression contre les enfants de moins de dix-huit ans.

Le comportement de H., commis en Suisse, est soumis au droit pénal suisse. Il s'agit d'une action qui réalise tous les éléments constitutifs de l'énoncé de fait légal prévu à l'art. 111 CP. En effet, l'auteur a tiré sur les victimes avec conscience et volonté pour leur causer la mort. Les circonstances personnelles et matérielles dans lesquelles l'auteur a agi peuvent cependant faire l'objet de discussion. Il peut arriver que d'une

part, la défense invoque l'émotion violente excusable pour atténuer la répression et d'autre part, le Ministère public argumente le manque de scrupules pour aggraver la peine.

Une fois la typicité du comportement de H. constatée, il faudrait se poser la question s'il existe un fait justificatif permettant d'exclure la répression. Vu le déroulement des faits, il n'est pas envisageable d'appliquer une des circonstances justificatives prévues par le code pénal (les art. 32 à 34 CP). En effet, il ne serait pas légitime de sauver l'honneur de la famille par la vengeance en invoquant les règles du «Kanun». Il est donc exclu de considérer le comportement de H. comme un «acte ordonné par la loi» ou déclaré par la loi «permis ou non punissable». D'après l'art. 32, il doit s'agir d'une disposition légale suisse qui ordonne l'impunité de l'acte et non d'une norme légale étrangère, moins encore d'un droit coutumier¹⁷

Une fois le comportement considéré illicite, il reste à déterminer si l'auteur a commis son forfait de manière coupable. Comme H. ne se trouvait pas dans une situation de danger au moment de l'acte, la présence d'un état de nécessité excusable est exclue. On ne pourra pas non plus imaginer qu'il était sous pression et ne pouvait pas agir autrement. La contrainte de se comporter conformément aux règles du «Kanun» n'était pas si pressante pour admettre un danger grave de sa personne. Il pouvait et devait respecter la vie et l'intégrité corporelle des victimes.

Par contre, il est envisageable de se poser la question si l'auteur s'est trompé sur le caractère illicite de son acte. En effet, l'auteur pouvait croire, au moins en donnant la mort à sa fille, que son acte était licite selon les règles de son droit coutumier. Dans ce cas, sa culpabilité aurait été atténuée ou exclue en raison de son erreur¹⁸. Cependant, selon l'art. 20 CP, la personne qui a agi sous l'influence d'une erreur sur le caractère illicite de son acte doit avoir eu «des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir». Sans se référer à l'interprétation très restrictive du Tribunal fédéral de cette disposition, il s'avère plus ou moins évident de rejeter son application pour atténuer ou exclure la culpabilité de l'auteur. En effet, celui-ci habitait et travaillait en Suisse depuis un certain temps, il devait connaître les normes sociales et morales à respecter en Suisse. Partant de cette idée, il serait difficile d'admettre qu'il n'était pas conscient, d'une part que tuer une personne est interdit en Suisse et, d'autre part qu'il ne pouvait pas se permettre d'agir selon son droit coutumier albanais sur le territoire suisse.

De *lege ferenda*, serait-il équitable de ne pas prendre en compte des pratiques culturelles ou religieuses étrangères à la société suisse, en particulier celles qui sont enracinées dans la mentalité des personnes et conditionnent leur comportement? La réponse dépend non seulement de la considération des différences de culture au moment de l'élaboration de la loi mais aussi au moment de l'appliquer. Ce qui implique également d'accorder une importance à la politique de reconnaissance et du respect des minorités culturelles. Cependant, il est clair que la prise en compte des spécificités culturelles a comme limite le respect des droits de l'homme.

17 KURT SEELMANN, in: Niggli/Wiprächtiger, Art. 32 N. 26.

18 EGETER, (note 9), p. 56 ss.

III

La discordance culturelle s'avère encore plus profonde dans les pays où coexistent le processus de colonisation et les groupes sociaux natifs qui conservent leur culture d'origine peu modifiée par les transformations sociales. Reprenons l'exemple de l'adoption du Code pénal suisse par le Pérou. En effet, le législateur péruvien, lors de l'élaboration de son Code pénal de 1924 reprenant les projets suisses¹⁹, a essayé de prendre en considération les différences ethniques et culturelles entre les populations du pays (art. 44 et 45)²⁰. Cette démarche avait été complètement ignorée par le passé. Ce faisant, le législateur avait classé les habitants du pays en trois catégories. La première était constituée par les personnes civilisées, c'est-à-dire celles intégrées complètement à la culture officielle (chrétienne, hispanophone et alphabète). La deuxième était formée par les indigènes «semi-civilisés» dégradés par la servitude et l'alcoolisme. La troisième catégorie englobait toutes les personnes membres des communautés résidant dans les forêts vierges, appelées les «sauvages». Concernant les personnes de la troisième catégorie, le législateur prévoyait la substitution des peines privatives de liberté par l'internement dans une colonie pénale agricole pour une durée maximale de 20 ans. Leur libération conditionnelle serait toutefois possible si les deux tiers de la détention étaient accomplis et «leur assimilation à la vie civilisée et leur moralité les rendaient aptes à se comporter en liberté». Quant aux «semi-civilisés», l'internement dans une colonie agricole pour l'éducation par les travaux forcés était aussi prévu en plus de l'atténuation de la peine en raison de leur capacité restreinte.

L'application de la loi pénale était ainsi perçue comme une occasion propice pour civiliser les personnes qualifiées de «sauvages» ou «semi-civilisées». Le droit pénal était donc utilisé comme un instrument pour mener à bien la politique d'assimilation des populations non intégrées au système social et économique du pays. Toutefois, cette politique reflétait une méconnaissance de différences culturelles et un mépris à l'égard des cultures des peuples autochtones, estimées inférieures à la culture officielle.

L'incapacité de l'État péruvien à organiser un système approprié pour l'exécution des mesures de sûreté empêcha la mise en œuvre des sanctions prévues pour les «sauvages» et «semi-civilisés». En réalité, les délinquants issus desdits groupes sociaux furent soumis aux peines privatives de liberté ordinaires. Mais leurs spécificités culturelles furent parfois prises en considération pour l'application des dispositions de la partie générale du code pénal, comme celles régissant l'erreur sur l'illicéité ou la culpabilité restreinte.

Face aux changements sociaux et idéologiques de ces dernières décennies, dont le point commun est la reconnaissance à la pluralité culturelle et au droit de chacun à conserver et développer son identité, diverses mesures ont été prises par l'État aussi

19 JOSÉ HURTADO POZO, La réception des droits étrangers au Pérou et plus particulièrement l'influence suisse, in RPS 93 (1977) p. 1 ss.

20 JOSÉ HURTADO POZO, (note 5), p. 67 ss.

bien au niveau constitutionnel que législatif en matière pénale. Il s'agit d'un mouvement de niveau international²¹ qui se déroule sous pression des personnes directement intéressées à faire respecter leurs droits.

Dans ce contexte, la Constitution péruvienne de 1993, en suivant les critères déjà tracés dans celle de 1979, affirme que la Nation péruvienne est constituée d'une pluralité ethnique et culturelle et oblige l'Etat à reconnaître et à protéger ce pluralisme (art. 2 al. 19). Partant de ce critère, l'identité ethnique et culturelle est reconnue comme un droit individuel. Pour renforcer ce droit, l'Etat doit promouvoir l'éducation bilingue et interculturelle (art. 17 al. 4). En ce qui concerne l'administration de justice, l'on reconnaît aux autorités autochtones la compétence d'appliquer les droits coutumiers sur leur propre territoire, à condition qu'ils soient conformes aux droits fondamentaux.

Des efforts ont été faits également lors de la révision de l'ancien Code pénal de 1924 pour abandonner les discriminations à l'égard de diverses communautés. L'idée de la reconnaissance à la pluralité culturelle du pays et celle de l'égalité des cultures ont orienté le législateur vers une solution qui tient compte des effets qu'un conflit culturel peut avoir sur le comportement des personnes. Ainsi, selon l'art. 15²² du Code pénal, n'est pas responsable celui qui, en raison de différence de cultures ou de coutumes, commet un fait pénalement punissable sans comprendre le caractère délictueux de son acte ni pouvoir se déterminer d'après cette appréciation. Il ressort clairement du texte que cette disposition ne se limite pas seulement au cas spécifique des populations Andines et Amazones. Elle devient plutôt une circonstance générale de non punissabilité. Le droit pénal ne peut pas rendre coupable celui qui, en raison de différences culturelles, est incapable de reconnaître le caractère illicite de son comportement. Ceci s'explique par le fait que, dès sa naissance dans un groupe social, l'individu entame un processus d'adaptation au système culturel par l'imitation et l'apprentissage. Ainsi, il assimile des modèles culturels qui forment ensuite sa personnalité. Il se comporte donc selon les normes culturelles acquises de sa communauté. Si les règles de comportement dictées par le Code pénal lui étaient étrangères, l'individu serait incapable de les respecter. Il serait difficile dans ce cas de lui reprocher d'avoir commis un crime de manière coupable.

Certes, cette façon de prendre en considération les différences culturelles entre les peuples n'est pas parfaite, mais elle a un double avantage: premièrement, le respect des valeurs interculturelles est désormais admis comme un des droits fondamentaux, et deuxièmement la marginalité des minorités culturelles est sensiblement amoindrie.

Vu l'intégralité géographique et économique du Pérou, il n'est pas possible d'envisager la solution d'organiser deux ou plusieurs systèmes juridiques coexistants et

21 Cf. HENRI FAVRE, *L'indigénisme*, PUF, Paris 1995, p. 110 ss; RODOLFO STAVENHAGEN, *Cultural Rights: a social Science Perspective*, in: *Cultural Rights and Wrongs*, Paris/Leicester 1998, p. 1 s.

22 Cf. LUIS FRANCA, *Pluralidad cultural y derecho penal*, in: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú, n° 47, Lima 1993, p. 511; ENRIQUE GARCÍA VITOR, *Diversidad cultural y Derecho penal. Aspectos criminológicos, Político-criminales y Dogmáticos*, Santa Fé 1994; RAÚL ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, p. 58.

conservant en même temps une certaine autonomie. Cette solution rappelle celle préconisée pendant la colonisation espagnole en vue de constituer parallèlement une « République des Indiens » et une « République des Espagnols ». D'ailleurs, la politique des « réserves indiennes » pratiquée par certains pays comme le Canada ou les États-Unis isole et anéantit les peuples autochtones ainsi que leurs cultures au lieu de favoriser leur survie et développement.

Les systèmes normatifs des communautés autochtones sont assez hétérogènes malgré le fait qu'ils aient subi l'influence commune de la culture et du droit hispaniques. Afin de prendre en compte ces diversités, il serait préférable de faire une sélection en retenant les aspects positifs et écartant ceux qui sont négatifs. Par exemple, est considérée comme aspects positifs en droit autochtone la solution préférentielle en faveur de la conciliation ou encore la compensation des intérêts en cause lors de la commission d'une infraction. Cependant, il est inacceptable, par exemple, de favoriser les coutumes relatives à la manière de rendre justice qui sont loin d'être conformes à l'exigence d'une procédure équitable ou encore d'admettre l'application de peines corporelles et collectives. Ainsi, serait-il équitable, dans le même contexte politique et normatif, de tolérer les atteintes aux droits fondamentaux au profit de la reconnaissance des valeurs coutumières? Une réponse affirmative à cette question impliquerait la relativisation de la prédominance desdits droits qui prétendent être universels.

En ce qui concerne la Suisse, le recours aux critères pénaux de la capacité pénale et de la culpabilité suffit pour mieux comprendre les différences culturelles dans les limites du respect de la dignité humaine. Quant aux pays comme le Pérou, une réflexion approfondie est indispensable afin de surmonter le problème de méconnaissance des différentes cultures. Il serait envisageable d'innover les concepts et règles réceptionnés concernant les conditions de punissabilité afin de mieux juger les personnes qui, en raison de l'enracinement profond des coutumes dans leur mentalité, ne se comportent pas conformément aux normes et modèles du système de contrôle pénal officiel. Néanmoins, il serait convenable de réfléchir sur l'opportunité d'intégrer au système officiel certaines de ces traditions en vue de mieux résoudre des conflits sociaux ou réparer les préjudices causés à autrui.