

COLLECTION INTERDISCIPLINAIRE

La pierre angulaire

Le «flou crucial» des droits culturels

M. Borghi, P. Meyer-Bisch éd.



ÉDITIONS UNIVERSITAIRES FRIBOURG SUISSE

Sommaire

	<i>Page</i>
Liminaire	VII
I. Itinéraires	
Les droits culturels ne sont plus le terrain vague des droits de l'homme – Itinéraire d'une recherche collective <i>Patrice Meyer-Bisch</i>	3
Le Conseil de l'Europe et les droits culturels: un chantier toujours en souffrance <i>Raymond Weber</i>	31
L'UNESCO et la question de la diversité culturelle: bilan et stratégies, 1946-2000 Etude réalisée à partir d'un choix de documents officiels <i>Katerina Stenou</i>	41
La diversité culturelle - L'ambiguïté d'une notion <i>Bernard Wicht</i>	71
II. Violations et contenus	
La ruine doctrinaire Une pathologie identitaire post-totalitaire <i>Corina Suteu</i>	99
Droits culturels et principe d'égalité La pratique des Comités des Nations Unies <i>Mylène Bidault</i>	109
La répression pénale des comportements conformes aux traditions culturelles <i>Marco Borghi / José Hurtado Pozo</i>	145
Les droits culturels dans le tissu identitaire du "Proche Orient" – Le cas Palestine-Israël <i>Alicia Fuentes</i>	179
La recherche mathématique dans les pays les plus pauvres Une nécessité pour les pays en développement <i>Claude Lobry</i>	207

III. Le sujet: la personne, seule ou en commun

L'avenir des communautés culturelles	
<i>Emmanuel Decaux</i>	223
Les communautés culturelles ne sont pas sujets mais objets des droits culturels	
<i>Patrice Meyer-Bisch</i>	243
Développer les conditions d'une démocratie culturelle	
<i>Alain Touraine</i> questionné par <i>Patrice Meyer-Bisch</i>	285
Définir de nouveaux profils pour des agents culturels éthiquement avertis	
<i>Eduard Delgado</i>	295

IV. Problèmes de protection et de mise en œuvre

Les droits culturels et l'évolution des politiques culturelles nationales	
<i>Máté Kovács</i>	303
Droits culturels et développement, à la recherche de principes d'indication	
<i>Jean-Jacques Friboulet / Hélène Gapany</i>	315
Les indicateurs du droit à l'éducation, au sein des droits culturels	
<i>Pablo Salvat B.</i>	363

V. Annexes

1. Les droits culturels – Projet de déclaration	377
2. Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Proposition d'amendement)	383
3. Conseil de l'Europe: Démocratie, droits de l'homme, minorités: les aspects éducatifs et culturels. Déclaration finale	385
4. Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle	393

La répression pénale des comportements conformes aux traditions culturelles

Marco Borghi* et José Hurtado Pozo**

A la mémoire de Franklin Pease G.Y.¹

1. Introduction

2. Quelques jalons philosophiques et juridiques

2.1. Les droits culturels, un débat ancien: l'Ecole de Salamanque et Bartolomé de Las Casas

2.1.1. Généralités

2.1.2. Les diverses influences exercées sur l'Ecole de Salamanque

2.1.3. Quelques idées de Las Casas

2.1.4. Les suites de l'Ecole de Salamanque

2.2. L'universalité, l'indivisibilité, l'objectivité et le noyau intangible des droits de l'homme

2.2.1. L'objectivité des droits humains

2.2.2. L'universalité des droits humains et le relativisme culturel

2.2.3. L'indivisibilité

2.2.4. Le noyau intangible

3. Un exemple: la réglementation pénale du Pérou face aux diverses communautés culturelles

3.1. Historique: l'évolution des conceptions

3.1.1. De la conquête à la fin du 19^e siècle

3.1.2. Les grands bouleversements du 20^e siècle

3.2. La nouvelle réglementation pénale

3.3. L'application des droits culturels

4. Réflexion finale

* Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Fribourg et directeur de l'IEDH.

** Professeur de droit pénal à l'Université de Fribourg.
Les auteurs tiennent à remercier *Suat Ayan*, assistante à l'Université de Fribourg, et *Gibi Borghi* pour leur précieuse collaboration.

¹ Historien et militant pour la défense des droits culturels des populations autochtones du Pérou, Franklin Pease, par ses recherches et, notamment, par sa participation au colloque de Lima des 17-18 juillet 1995 (dont les actes ont été publiés in *Derechos Culturales*, Lima 1996), nous a permis de cerner de nouvelles perspectives dans le domaine des droits culturels.

1. Introduction

De plus en plus, constitutionnalistes et pénalistes découvrent les liens unissant leurs domaines de recherche respectifs. En fait, ces liens remontent aux fondements mêmes de l'ordre juridique, mais l'approche taxonomique et la spécialisation croissante introduites notamment par l'enseignement universitaire ont produit un effacement de leurs racines communes. Certes, plusieurs thèmes, tels que la légitimation du rôle de sanction de l'Etat, les règles fondamentales de procédure, les valeurs sociales exigeant la protection accrue du droit pénal, les modalités de la répression, notamment les caractères des peines, sont depuis longtemps débattus par les chercheurs appartenant aux deux domaines. Pourtant, bien que les auteurs se réfèrent régulièrement les uns aux autres, une véritable démarche commune interdisciplinaire fait le plus souvent défaut.

Cette absence de cohérence et de réflexion commune est évidente en Suisse, car même la relation hiérarchique entre la Constitution et la loi pénale est controversée. La retenue avec laquelle le Tribunal fédéral suisse utilise la méthode d'interprétation conforme à la norme supérieure (*verfassungskonforme Auslegung*) en constitue un exemple évident², cette retenue a, par ailleurs, été sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme³. Pourtant, la coordina-

² La Haute Cour a reconnu, dans quelques arrêts où entraient en jeu les libertés d'expression et de la presse, qu'il fallait tenir compte de celles-ci dans l'application du droit pénal (cf. par exemple ATF 123 IV 211, ATF 118 IV 109, ATF 99 IV 92). Dans les autres domaines du droit fédéral et cantonal, le TF respecte mieux le principe d'interprétation conforme à la Constitution (voir, par exemple: pour le droit civil: ATF 111 II 245, ATF 120 II 76; pour le droit public: ATF 115 Ib 97, ATF 106 Ia 136).

³ Cour eur. D. H., Arrêt Hertel c. Suisse, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, p. 2298 ss. La Cour, après avoir rappelé que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, a désavoué le Tribunal fédéral, pour qui l'interdiction faite à un scientifique de publier les résultats de ses recherches dans la presse (certes d'une façon provocatrice), violait la Loi fédérale sur la concurrence déloyale et pouvait être considérée comme une atteinte à la liberté d'expression justifiée par un intérêt public prépondérant, en l'occurrence le bon fonctionnement de la concurrence.

tion des valeurs garanties par la Constitution et la détermination des modalités de leur interaction et de leur application, notamment par le droit pénal, constituent un principe fondamental qui ne peut être pleinement respecté qu'au moyen d'une démarche exigeant la prise en considération dialectique des recherches réalisées dans les deux domaines.

Il existe même des sujets qui ne peuvent être traités que par une approche conjointe; vraisemblablement, le plus typique est représenté par le conflit résidant dans le fondement commun de l'Etat de droit et du droit pénal: le principe de la légalité. Ainsi, lorsqu'il faut trancher entre la légitimité de la loi pénale et de son application et celle d'un comportement réprimé mais conforme à la culture et aux traditions d'une minorité, il est aberrant de recourir à une méthode de travail dissociant les deux disciplines. En effet, ce conflit peut aller jusqu'à mettre en cause le principe d'universalité des droits de l'homme, lorsque la loi pénale respecte les valeurs protégées par ces derniers, mais qu'elle a été imposée par la répression des valeurs culturelles et des traditions des peuples autochtones: dans ce cas, la solution du conflit ne peut éluder la question du rang des droits culturels, voire de l'objectivité des droits de l'homme.

Pour le constitutionnaliste suisse et pour le pénaliste originaire du Pérou, pays, qui, d'ailleurs, applique un code pénal fortement influencé par le droit suisse, ce thème, même dans leurs discours amicaux, est incontournable et nécessairement interculturel.

Nous avons essayé de formuler dans un texte commun quelques réflexions pouvant représenter une approche originale de ce thème fondamental. Ainsi, après avoir passé en revue certains aspects théoriques en relation avec la question (cf. *infra* 2), nous nous concentrerons sur des cas où le droit pénal se trouve aux prises avec les droits culturels, et traiterons en particulier des solutions choisies par les pays issus de la colonisation espagnole, par le biais de l'exemple représentatif du Pérou (cf. *infra* 3).

2. Quelques jalons philosophiques et juridiques

2.1. *Les droits culturels, un débat ancien:*

l'Ecole de Salamanque et Bartolomé de Las Casas

2.1.1. *Généralités*

Pour mieux comprendre les droits de l'homme (en particulier les droits culturels) et leur application en Amérique latine, il nous est apparu opportun de présenter brièvement les conceptions de l'Ecole de Salamanque et de Bartolomé de Las Casas, qui ont beaucoup œuvré pour la reconnaissance des droits des indigènes.

L'Ecole de Salamanque nous intéresse ici à deux titres. D'une part, elle fait une synthèse des pensées de son temps (cf. *infra* 2.1.2). D'autre part, elle pose des jalons conceptuels fondamentaux ayant permis le développement ultérieur des droits de l'homme (cf. *infra* 2.1.4).

2.1.2. *Les diverses influences exercées sur l'Ecole de Salamanque*

D'après l'Ecole de Salamanque, le droit naturel classique a été influencé par trois courants de pensée: l'humanisme, le nominalisme et le thomisme⁴

En ce qui concerne l'humanisme, il faut signaler que les représentants de Salamanque (par exemple Soto, Vitoria et de Las Casas) se sont fortement inspirés de la Bible et ont, par conséquent, basé leurs travaux sur l'origine et le destin de l'espèce humaine plutôt que sur l'individu ou la société. De même, ils ont placé l'homme, dans son caractère sacré et inviolable, au centre de leurs préoccupations, de telle sorte que la dignité de celui-ci devait, à leurs yeux, constituer un obstacle à la façon dont on avait, jusque là, disposé de sa vie ou de sa liberté.

L'idée de la dignité humaine a amené les représentants de cette école à repousser les essences universelles, au sens platonique.

⁴ Mauricio BEUCHOT, *Derechos naturales y derechos humanos en Bartolomé de Las Casas y la Escuela de Salamanca*, in Abelardo VILLEGAS, *Democracia y Derechos humanos*, México 1994, p. 86 ss.

Sous l'influence du nominalisme et, en particulier, des idées d'Ockham, ils ont adopté un critère individuel qui leur a permis d'abandonner la notion objective de droit (véhiculée par la conception jusnaturaliste classique) en faveur d'une idée subjective. Ils ont donc cessé de concevoir le droit en tant qu'action ou relation juste et ont affirmé qu'il s'agissait plutôt d'une propriété de l'individu.

De leur côté, les idées thomistes ont permis aux penseurs de Salamanque de limiter l'influence du nominalisme, en favorisant la conservation de l'idée des universaux et en évitant ainsi que leurs conceptions tombent dans un individualisme et un relativisme excessifs. Pourtant, contrairement aux thomistes, ils considéraient que les universaux trouvaient leur concrétisation dans les individus. Dans cette perspective, ils estimaient que l'espèce humaine était pourvue de droits et que l'individu était au bénéfice de ces droits du seul fait de son appartenance au genre humain: il s'agit là de la première manifestation de la commune nature humaine⁵.

Il découle de ce qui précède que les représentants de l'Ecole de Salamanque étaient parvenus à établir les fondements des droits de l'homme comme droits naturels de l'homme en tant que tel. D'une part, l'acceptation d'universaux nuancés par le nominalisme leur avait permis d'accepter des droits qui appartenaient à l'homme en vertu de sa seule essence (thomisme), mais qui lui appartenaient de façon individuelle et subjective (nominalisme). D'autre part, l'influence humaniste les avait poussés à insister sur l'enracinement de ces droits dans la dignité humaine⁶.

2.1.3. *Quelques idées de Las Casas*

Pour préciser les théories de l'Ecole de Salamanque, prenons le cas exemplaire de Bartolomé de Las Casas⁷, qui a soutenu l'humanité des Indiens d'Amérique, reconnu la valeur de leurs cultures et dé-

⁵ Charles GILLEN, *Bartolomé de Las Casas, Une biographie*, Paris 1995, p. 144 s.

⁶ Mauricio BEUCHOT, op. cit., p. 92 ss.

⁷ Brevísima relación de la destrucción de las Indias, Editora de André Saint-Lu, 2^e ed., Colección Letras hispánicas n° 158, Madrid: Cátedra, 1984.

fendu leurs droits en considérant que ceux-ci découlaient du simple fait que leurs titulaires appartenaient à l'espèce humaine. Continuant ce raisonnement, Bartolomé de Las Casas est allé jusqu'à qualifier d'injuste la *Conquista*, à justifier au contraire le fait que les Indiens aient défendu avec violence leurs droits et à nier la possibilité de christianiser des personnes par la force⁸. Dès lors, il s'est éloigné et a contredit les idées défendues par les humanistes de son époque, en particulier celles soutenues par Ginés de Sepúlveda⁹. D'après celui-ci, en effet, les Indiens devaient être soumis et catéchisés parce qu'ils œuvraient contre l'humanité en ne respectant pas les coutumes civilisées¹⁰. Bartolomé de Las Casas, en rejetant ce type d'humanisme, a choisi une voie qui l'a amené à accepter que des peuples non chrétiens (indiens ou noirs) réalisent aussi l'*humanitas*, à leur façon¹¹. Comme le souligne Mauricio Beuchot¹², il s'agit de la reconnaissance de l'Indien en tant qu'être humain, avec une *humanitas* propre malgré des coutumes totalement différentes, c'est-à-dire de son humanisme indigène et de sa dignité d'homme, sur laquelle se basent ses droits de l'homme.

2.1.4. *Les suites de l'Ecole de Salamanque*

Les idées de l'Ecole de Salamanque et les théories de Las Casas sont encore à la base d'une partie des courants de pensée actuels¹³.

⁸ Cf. à ce propos Marianne MAHN-LOT, *Las Casas moraliste: Culture et foi*, Paris 1997, p. 24: "[E]n dehors des guerres défensives, le seul cas de guerre juste qu'il admette est la guerre faite par les païens contre les chrétiens pour défendre leurs dieux et leur liberté".

⁹ Juan Ginés de SEPÚLVEDA, *Apología, Fray Bartolomé de las Casas*, traduction castellana de los originales latinos, introducción y notas por Angel LOSADA, Editora nacional, Madrid 1975.

¹⁰ Voir Charles GILLEN, op. cit., p. 211 ss.

¹¹ Cette assertion doit toutefois être nuancée par le fait suivant: Las Casas, en homme d'Eglise, préconisait l'évangélisation des populations autochtones, mais refusait, pour ce faire, l'emploi de la force armée. A ce propos, il a d'ailleurs écrit son fameux traité, *De unico vocationis modo*; voir Charles GILLEN, op. cit., p. 117 ss.

¹² Mauricio BEUCHOT, op. cit., p. 97 s.

¹³ Pour une explication plus précise, cf. Marianne MAHN-LOT, *Bartolomé de Las Casas et le droit des Indiens*, Paris 1982, p. 257 ss.

En effet, en énonçant pour la première fois "la commune nature humaine" et donc en admettant que tous les êtres humains ont une dignité égale, les penseurs espagnols ont dépassé un seuil que peu (si ce n'est personne) avant eux avaient osé franchir. Or, c'est cette dignité commune qui nous permet aujourd'hui de prétendre que les droits de l'homme sont universels, c'est-à-dire reconnus à tous et en tout lieu¹⁴.

Il est certes vrai que, pour en arriver aux théories actuelles sur l'universalité, il a fallu accumuler tout le bagage philosophique tiré des Lumières et des révolutions et déclarations qui s'ensuivirent, mais c'est bel et bien de l'école espagnole qu'est parti le mouvement de laïcisation et d'individualisation des droits de l'homme¹⁵, lesquels, sous leur forme prodromique, étaient jusque là justifiés par des valeurs morales purement théologiques¹⁶.

2.2. *L'universalité, l'indivisibilité, l'objectivité et le noyau intangible des droits de l'homme*

"Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés"¹⁷. Cette affirmation, qui a l'air d'une lapalissade pour tout défenseur des droits de la personne¹⁸, ne va pourtant, aujourd'hui encore, pas de soi dans la pratique. Certes, elle est proclamée dans la Déclaration universelle des droits de

¹⁴ Cf. *infra* 2.2.

¹⁵ Il sera par conséquent intéressant (cf. *infra* 3) d'examiner le droit pénal péruvien en relation avec les théories élaborées par Las Casas et par l'École de Salamanque. Il paraît en effet douteux que lorsqu'ils défendaient les droits des Indiens, ces penseurs aient eu pour objectif de protéger des particularités culturelles violant le caractère universel et irréductible du droit à la vie.

¹⁶ Voir à ce propos la contribution de Pierre-Henri IMBERT, in *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, Strasbourg 1990, p. 155 ss (157).

¹⁷ Cf. § 5 de la Déclaration de Vienne du 25.06.1993.

¹⁸ Cf. notamment Daniel COLARD, *De l'universalité des droits de l'homme au droit à la sécurité démocratique*, in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Karel Vasak Amicorum Liber, Bruxelles 1999, p. 127 ss (129).

l'homme ainsi que dans les déclarations ayant suivi les conférences de Téhéran et de Vienne. Elle fait toutefois l'objet de nombreuses relativisations, tant par rapport au principe d'universalité qu'à celui d'indivisibilité.

En outre, on peut reprocher à cette formule l'omission d'une caractéristique capitale de tout droit de l'homme: l'existence d'un noyau intangible, découlant de l'indivisibilité et sans l'affirmation duquel les deux principes ci-dessus pourraient être vidés de leur sens.

Les paragraphes suivants tendent donc à revoir en quoi consistent les caractéristiques reconnues aux droits de l'homme par la doctrine contemporaine et les problèmes que rencontre leur application en relation avec les droits culturels. Le but est, par la suite, de voir si la solution adoptée par le législateur pénal péruvien respecte ces divers principes.

2.2.1. L'objectivité

Traditionnellement, on a considéré que les droits humains appartiennent au droit naturel, en définissant le droit naturel comme un ensemble de normes ou de principes valables en tout temps et en tout lieu. D'après cette théorie, le législateur a pour seule tâche de reconnaître les droits et de les incorporer aux normes juridiques positives.

La difficulté (fréquemment constatée) de cette conception réside dans la diversité de critères permettant d'expliquer le fondement du droit naturel¹⁹. On a ainsi invoqué, en fonction des lieux et des époques, la raison ou la volonté divines, la raison humaine, la nature de l'homme ou des choses, etc. De plus, le droit naturel a autant servi à promouvoir l'égalité des personnes qu'à justifier l'esclavage ou la différence entre homme et femme.

¹⁹ De plus, la notion même de nature est tributaire du temps et du lieu où elle est utilisée. Se pose alors le problème de la relativité temporelle et culturelle des droits reconnus: en prenant un exemple qui nous est proche, on s'aperçoit que ce qui nous paraissait naturel il y a 50 ans nous paraît complètement barbare aujourd'hui; de même, ce qui appartient au droit naturel pour un Européen n'est pas forcément naturel aux yeux d'un Africain.

Une partie de la doctrine a tenté par conséquent d'élaborer une nouvelle définition du droit naturel, afin que celle-ci englobe les droits de l'homme. Cassese soutient, par exemple, que les droits de l'homme constituent "un nouveau droit naturel de l'humanité" c'est-à-dire un "ensemble de paramètres de conduite et d'évaluation distillés de commun accord (...) à partir de traditions idéologiques et philosophiques (...)" et érigés par les Etats en code international de conduite²⁰. Cette définition laisse toutefois trop de place aux équivoques.

C'est donc pour éviter de se référer à un prétendu caractère naturel des droits qu'il convient de déterminer un fondement objectif des droits de l'homme. Sans tomber dans un positivisme outrancier, on peut considérer que trois (au moins) principes justifient les droits de l'homme: l'inviolabilité de la personne, la dignité humaine et l'égalité, dont le fondement anthropologique constitue en outre la prémisse de l'ordre démocratique.

En effet, les droits de l'homme exercent également une fonction qui va au-delà de la protection des droits subjectifs de l'individu: leur respect est une garantie pour l'existence d'un Etat de droit. C'est ce que certains auteurs contemporains appellent également "la prééminence des droits fondamentaux en tant que valeurs sociales de l'Etat"²¹.

2.2.2. *L'universalité et le relativisme culturel*

L'universalité des droits de l'homme, si chère à René Cassin et à ses successeurs, signifie que ces droits sont reconnus à tous les êtres humains, en tous lieux et indépendamment du régime politique, sans discrimination, que celle-ci soit fondée sur le sexe, la race, la religion, la politique, la nationalité, la situation économique, so-

²⁰ Antonio CASSESE, *La valeur actuelle des droits de l'homme*, in *Humanité et droit international, Mélanges Jean-René Dupuy*, Paris 1991, p. 65 ss (66).

²¹ C. GREWE ET H. RUIZ-FABRI, cités par Frédéric SUDRE, *Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH?*, in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles 1995, p. 381 ss (385).

ciale, etc.²². Les droits de l'homme sont considérés comme universels, puisqu'ils sont la garantie du fondement commun à tous: ils reflètent la dignité de l'être humain, la protection de son essence²³.

Cette reconnaissance universelle a fait l'objet, au cours des dernières décennies, d'un grand nombre de controverses, dont certaines sont en relation directe avec la reconnaissance des droits culturels, et plus précisément de la diversité culturelle²⁴. Ces divergences d'opinions ont abouti, de nos jours, à diviser la doctrine en trois courants: l'universalisme ethnocentrique²⁵, le relativisme culturel faible ou "universalité relative" (qui prône l'universalité des droits de l'homme tout en reconnaissant certaines fluctuations en raison des circonstances culturelles) et le relativisme culturel fort (pour lequel tout acte doit être jugé en fonction de la culture de l'agent)²⁶.

Il nous apparaît d'emblée que la réalisation d'une véritable universalité ne peut se baser sur le modèle d'une seule culture qui serait supérieure à toutes les autres: une telle tendance ethnocentrique n'aurait rien de viable, puisque la vision actuelle du monde est justement fondée sur l'égalité de dignité des diverses cultures. Cette approche comporte en effet une face despotique néo-colonisatrice et contredit de ce fait le sens profond des instruments internationaux des droits de l'homme.

Il faut également repousser la voie du relativisme culturel fort. Ce courant nie le caractère universel des droits de l'homme (en tant

²² Voir également Paul TAVERNIER, *L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, *Revue trim. dr. h.*, 1997, p. 379 ss (381).

²³ Préambule de la Déclaration de Vienne, 2^e alinéa.

²⁴ Ainsi, pour Hélé Béji, la notion de droit culturel, en tant que légitimité propre à chaque culture, "est déjà une non-reconnaissance implicite d'une morale valable pour tous les hommes" (opinion exprimée lors des Entretiens du XXI^e Siècle à l'UNESCO).

²⁵ Ce courant, préconisant l'universalité des droits de l'homme, prétend que ceux-ci doivent être réalisés selon un seul modèle culturel.

²⁶ Pour une recension et une explication de ces trois courants, voir William H. MEYER, *Toward a global culture: Human rights, group rights and cultural relativism*, in *International Journal on Group Rights*, Volume 3 (1995/1996), n^o 3, p. 169 ss (173 ss).

que standards minimums appartenant aux êtres humains comme tels), et tend à accepter qu'un même acte soit jugé selon des critères différents, déterminés par la culture à laquelle appartient l'agent. Certains représentants d'Asie ou d'Afrique ont utilisé cette approche pour remettre en question l'universalité des droits de l'homme et l'application de ceux-ci dans leurs propres systèmes culturels²⁷. Or, une telle approche présupposerait l'existence de cultures homogènes et stables, ce qu'une analyse affranchie de généralisations simplistes démentit aisément²⁸.

Ces deux conceptions démontrent d'ailleurs leurs faiblesses lorsqu'on essaie de s'en servir pour résoudre le dilemme suivant. Il est aujourd'hui patent que les droits de l'homme sont considérés comme les conditions minimales pour accepter ou nier le caractère démocratique, en particulier, des normes légales et, en général, des systèmes politiques. L'idée d'Etat de droit ou de démocratie s'est, du reste, transformée en critère pour censurer les Etats, avec toutes les conséquences politiques, économiques ou sociales qu'une telle censure comporte. Si l'on doit choisir entre un universalisme ethnocentrique et un relativisme culturel fort, on se trouve devant l'alternative suivante: soit on prétend à la priorité du système des droits de l'homme élaboré par notre système culturel, soit on accepte que notre culture est seulement une parmi d'autres. Ces deux conceptions sont inconciliables et stériles, l'une en prétendant que seule une culture détient la vérité absolue, l'autre en se retranchant derrière des prétendues spécificités dont l'authenticité est démentie par leur caractère hétérogène et par l'inévitable influence qu'un contexte pluraliste et global exerce.

Il faut donc opter, comme la majorité de la doctrine, pour une universalité relative (ou relativisme culturel faible). Pour les tenants de cette conception, le respect des droits fondamentaux tend à favoriser la diminution de l'injustice et à satisfaire les besoins vitaux des êtres humains: il apparaît par conséquent clairement que ces droits

²⁷ Xiarong LI, "Asian Values" and the Universality of Human Rights, in *Report from the Institute for Philosophy and Public Policy*, vol. 16 (1996), n° 2.

²⁸ Amartya SEN, *Un nouveau modèle économique*, Paris 2000, p. 247.

forment une base permettant la constitution de sociétés pluralistes respectueuses des droits de l'homme. L'universalité, conçue de cette manière, est donc parfaitement compatible avec la reconnaissance des diversités culturelles²⁹.

Un problème demeure: comment soutenir que les droits de l'homme sont universels alors qu'une partie des Etats du globe (notamment les pays asiatiques) refusent de reconnaître cette universalité? On pourrait se contenter, comme Nicolas Valticos, de dire que malgré toutes les objections qu'elle suscite, l'universalité doit être admise pour deux raisons: (1) l'existence de textes et de mécanismes de mise en œuvre universels; (2) le noyau commun aux droits consacrés par les instruments universels et régionaux³⁰. Or cette déclaration est insuffisante, voire trompeuse. L'universalité ne découle pas uniquement de l'existence d'instruments de mise en œuvre et de leur adoption par la majeure partie des Etats, même si cette ratification en constitue un indice³¹. Cette caractéristique procède également de la nature transcendante, de l'essence même des droits, qui sont objectivement (cf. *supra* 2.2.1) intrinsèquement liés à la dignité humaine et dont découle, pour l'Etat et les particuliers, non seulement le devoir de ne pas violer ces droits, mais aussi celui d'agir de manière positive en faveur de leur réalisation³².

2.2.3. L'indivisibilité

Le principe de l'indivisibilité des droits de l'homme signifie que ceux-ci ont tous une valeur égale et que l'on ne peut pas en discriminer certains en faveur d'autres. Ce principe est en outre une condition de l'universalité, car toute atteinte portée à un droit de l'homme

²⁹ Daniel COLARD, op. cit., p. 127.

³⁰ Nicolas VALTICOS, *Universalité et relativité des droits de l'homme*, in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles 1998, p. 737 ss (742).

³¹ Claudio ZANGHI, *Evolution et développements de la déclaration universelle des droits de l'homme dans les différentes réalités culturelles*, in *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Karel Vasak *Amicorum Liber*, Bruxelles 1999, p. 433 ss (441).

³² Francisco LAPORTA, *Sobre el concepto de derechos humanos*, in *Doxa* n° 4, Alicante 1987, p. 35 ss.

affecte la réalisation des autres droits de même que toute action en faveur d'un droit permet l'avancée de tous les autres. Cette constatation se justifie même d'un point de vue économique, comme le démontre Amartya Sen³³.

Cependant, divers arguments, plus ou moins pernicious, ont été avancés pour nier l'indivisibilité. Ainsi, de la manière la plus nette qui soit, certains auteurs renient la qualité de droits de l'homme aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans le même sens, mais avec une plus grande retenue, un courant doctrinal a longtemps prétendu que certains droits, du fait de leur importance moindre ou des frais que leur réalisation entraîne, devaient être relégués au second plan. Les tenants de cette approche ont ainsi élaboré une théorie dite des générations des droits de l'homme, appuyée sur la prétendue différence de priorité entre les différents droits reconnus par les instruments des Nations Unies. Pour eux, les droits civils et politiques doivent être réalisés en premier, tandis que les droits économiques, sociaux et culturels dépendent des ressources que les Etats sont disposés à investir pour leur réalisation. Les arguments qu'ils avancent pour justifier cette priorité sont tirés, d'une part, de l'existence de plusieurs instruments internationaux partageant de façon dichotomique lesdits droits en deux catégories et, d'autre part, d'une soi-disant différence de nature entre les droits de la "première génération" et ceux des deux autres; notamment, les droits économiques, sociaux et culturels, contrairement aux droits civils et politiques, ne seraient pas "self-executing". En fait, cet argument a essentiellement une connotation idéologique comme le démontre le fait que de nombreux droits sociaux, économiques et culturels sont justiciables (par exemple: le droit au minimum d'existence, consacré par le Tribunal fédéral et inséré formellement dans la nouvelle Constitution fédérale suisse à l'art. 12; sur le plan des droits culturels, il suffit de penser au droit constitutionnel à la formation primaire³⁴).

³³ Dans son dernier ouvrage, *Un nouveau modèle économique*, cit.

³⁴ Concernant ce thème et la réponse aux divers arguments affirmant l'existence de diverses catégories des droits de l'homme, cf. Marco BORGHI, *L'effectivité sociale de la CEDH*, in *Aspects du droit européen*,

Il faut par conséquent une fois pour toutes rejeter l'idée que la théorie des générations puisse justifier la discrimination d'une catégorie de droits par rapport aux autres: ceux-ci découlent tous de la dignité de l'homme et ne peuvent, pas plus que celle-ci, être morcelés ou divisés³⁵.

Pour ce qui est des droits culturels, cette indivisibilité implique entre autres que leur reconnaissance et leur protection ne peuvent se faire au détriment d'autres droits de l'homme, tels que le droit à la vie et à la santé physique ou psychique. Les droits de l'homme se limitent les uns les autres et la promotion d'un droit ne doit pas porter atteinte aux autres et à l'intégrité du tout. C'est l'un des aspects critiquables de la solution trouvée par le législateur péruvien à l'art. 15 du nouveau code pénal. Nous y reviendrons plus loin, mais nous pouvons d'ores et déjà formuler l'hypothèse que cette législation, en voulant protéger les droits culturels par une discrimination positive des personnes issues de populations autochtones, risque en fait de couvrir de graves atteintes à d'autres droits de l'homme.

2.2.4. *Le noyau intangible*

Chaque droit fondamental peut être restreint, à certaines conditions, mais sans vider de sa substance le droit fondamental lui-même. On considère par conséquent que ladite "substance" appelée également

Hommage offert à la Société suisse des juristes à l'occasion de son assemblée générale 1993, Fribourg 1993, p. 71 ss et *La détermination juridique du noyau intangible d'un droit social: le droit au logement in Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg 1991, p. 131 ss.

³⁵ Comme le relève Valticos, "les motivations souvent données et tirées de la nature de ces droits et de ce qu'on a ingénieusement appelé la succession des "générations" des droits en question sont, à notre avis, secondaires et relatives, contestables même, par rapport à l'unité profonde qui rattache l'ensemble de ces droits. Ni le caractère prétendument absolu ou relatif des uns et des autres, ni leur immédiateté ou leur nature progressive (...) ne constituent des critères suffisamment fondamentaux (...) pour écarter la profonde unité de leur nature et de leur contenu"; Nicolas VALTICOS, op. cit., p. 739.

"noyau intangible" est protégée de façon absolue. Elle est inaliénable, son titulaire ne peut pas y renoncer de façon valable³⁶.

La protection absolue signifie d'une part, sous son aspect dit "négatif" que le noyau intangible ne peut être restreint, indépendamment de l'existence d'éventuels intérêts publics prévalant sur l'intérêt privé du titulaire du droit: par exemple, l'Etat ne peut torturer un terroriste afin de le contraindre à indiquer l'endroit où il a placé une bombe. D'autre part, l'Etat est obligé de créer les conditions matérielles, "positives" susceptibles d'en garantir l'intégrité³⁷.

La définition du contenu de chaque droit est susceptible de certaines variations dues aux diversités culturelles et à l'évolution des circonstances; c'est le cas notamment des droits sociaux et économiques. Par exemple, le noyau intangible d'un droit social, tel le droit au logement, peut être plus ou moins étendu selon les ressources économiques dont dispose l'Etat débiteur dudit droit: il peut être limité à l'aménagement d'infrastructures pour les habitants des favelas en Amérique latine; par contre une telle définition de son contenu ne serait pas considérée comme suffisante en Suisse, la notion de "droit à un abri" droit social justiciable selon la Constitution suisse, dépasse largement le droit d'habiter dans des endroits précaires, bien que pourvus d'eau potable et d'électricité³⁸. Le noyau intangible est par conséquent la portion irréductible des droits de

³⁶ A cet égard, on peut ici rappeler un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a reconnu que l'Etat avait pour tâche, dans les limites de sa marge d'appréciation, d'établir les limites du "dommage que la loi doit tolérer lorsque la victime est consentante" par une mise en balance de l'autonomie privée et des "considérations de santé publique" (voir Michel LEVINET, *La légitimité de la répression par l'Etat des pratiques sadomasochistes, observations sur l'arrêt Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, *Revue trim. dr. h.*, 1997, p. 733 ss [743]).

³⁷ Pour une analyse des "obligation positives" découlant de la CEDH, cf. Marco BORGHI, *La CEDH: un fondement pour des prestations positives de la part de l'Etat?*, in *Protection des droits fondamentaux en Europe*, Cahiers suisses de l'intégration européenne, Bern/Zürich 2001, p. 37 ss.

³⁸ Marco BORGHI, *Le noyau intangible d'un droit social, le droit au logement* in *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg 1991, p. 125 ss.

l'homme qui demeure après les variations dues aux circonstances (géographiques, historiques, culturelles) et à la marge d'appréciation reconnue au législateur. Il s'agit de l'universel au sens restreint du terme, le minimum imprescriptible au-dessous duquel la dignité de l'homme n'existe plus.

L'existence de ce noyau intangible est une garantie de l'effectivité minimale des deux principes dont nous avons parlé ci-dessus (universalité et indivisibilité). Pour ce qui est de l'universalité, la substance du droit est la partie de celui-ci que l'on ne peut relativiser pour des raisons de diversités culturelles³⁹. Certains y voient l'expression de la notion de *jus cogens*⁴⁰. L'indivisibilité, quant à elle, se trouve confirmée par la reconnaissance du noyau intangible, qui constitue la limite à toute dérogation: vider de sa substance une liberté entraîne nécessairement la violation des autres droits fondamentaux⁴¹.

La définition du noyau intangible d'un droit de l'homme n'a d'utilité que lorsque celui-ci est susceptible de faire l'objet de restrictions. Il existe en effet certains droits qui sont par nature élémentaires et, par conséquent, totalement intangibles. Cette distinction entre droits non dérogeables et droits fondamentaux (pouvant être restreints sauf leur noyau intangible) découle des textes des divers instruments internationaux de protection des droits de l'homme et des constitutions nationales ainsi que de la jurisprudence des organes de mise en œuvre⁴².

L'intangibilité d'un droit de l'homme ou d'un aspect de ce dernier peut figurer explicitement dans un traité international ou une cons-

³⁹ Marco BORGHİ, *Le noyau intangible des droits culturels*, in *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 321 ss (331).

⁴⁰ Dans ce sens, Claude KATZ, *Pour la proclamation par la communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 541 ss (548 ss).

⁴¹ Patrice MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme*, Fribourg 1993, p. 287.

⁴² Pour une analyse des droits intangibles reconnus par la CEDH, cf. la contribution précitée de Frédéric SUDRE.

titution. Lorsque tel n'est pas le cas, c'est à l'interprète de déterminer l'aspect irréductible que chaque droit de l'homme contient nécessairement. Il faut en outre préciser que, dans ces cas, l'autorité chargée de l'application du droit ne pourra argumenter *e contrario*, en déduisant de l'absence de prescription formelle de l'intangibilité d'autres droits un prétendu refus de l'auteur du traité ou de la constitution d'admettre l'existence implicite du noyau intangible de ces droits. Par exemple, même le droit à l'intégrité physique n'est pas protégé de façon absolue: des restrictions, poursuivant un but d'intérêt public et respectant le principe de la proportionnalité, sont admissibles (il suffit de penser à l'obligation de se soumettre à une prise de sang en cas d'ébriété au volant ou à une vaccination). Par contre une atteinte durable et irréversible à l'intégrité psychique ou physique viole le noyau intangible de ce droit, même si le droit international ou la constitution applicable (en l'espèce, par exemple l'art. 3 CEDH et l'art 10 al. 3 de la nouvelle Constitution suisse) n'en protègent formellement que certains aspects.

Cette nature intangible du fondement des droits de l'homme constitue l'un des obstacles majeurs, comme nous l'avons déjà souligné, aux dérapages de relativisation culturelle. Elle apporte la preuve que la diversité culturelle, bien qu'elle doive être elle-même protégée (par des mesures tant positives que négatives), ne doit pas aboutir à une acceptation aveugle de pratiques qui portent atteinte à la dignité même de l'homme⁴³. Comme l'a admis la Cour européenne⁴⁴, la dignité mérite d'être protégée contre toute atteinte, même si celle-ci est le fruit du libre consentement du titulaire⁴⁵.

⁴³ Cf. Marco BORGHI, *Le noyau intangible des droits culturels*, op. cit., p. 328 ss.

⁴⁴ Michel LEVINET, op. cit, p. 741 ss.

⁴⁵ Sur ce point encore, la solution du législateur pénal péruvien est sujette à critique. Cf. *infra*.

3. Un exemple: la réglementation pénale du Pérou face aux diverses communautés culturelles

Le problème posée par l'application d'un droit officiel, élaboré conformément à une tradition culturelle euro-continentale, à des groupes sociaux de cultures différentes s'est présenté de façon particulièrement significative au Pérou. L'expérience qui servira de base⁴⁶ à cette partie du travail est celle des communautés indigènes de la région andine d'Amérique Latine et des tribus autochtones de l'Amazonie, avec pour exemple particulier le cas du Pérou.

3.1. Historique: l'évolution des conceptions

Dans une perspective historique, la conquête espagnole a constitué un choc culturel⁴⁷ qui a impliqué, d'une part, la soumission des indigènes à un système politique, juridique et moral et, d'autre part,

⁴⁶ Nous avons évité d'adopter une approche exemplative parce que l'enseignement que l'on peut tirer de l'exemple péruvien permet d'établir une méthode d'étude applicable à toute législation pénale régissant des populations issues de cultures diverses, diversité qui peut être d'ailleurs le fruit de l'immigration ou de la formation d'un Etat sur un territoire où cohabitent déjà des populations possédant des traditions propres. Le problème reste posé au législateur qui adopte les normes, et au juge qui doit les appliquer: dans quelles limites doivent-ils tenir compte des diversités culturelles? En particulier, l'appartenance de l'agent à une culture totalement différente de celle qui a présidé à l'adoption de la norme pénale peut-elle, comme c'est le cas dans le code pénal péruvien, constituer une raison pour qualifier celui-ci d'incapable? La solution reste donc un problème de subsomption.

Pour une étude des différentes pratiques traditionnelles et de leur relation avec le droit "officiel" étatique, cf. *Cultural Rights and Wrongs*, Leicester 1998, et Heinrich SCHOLLER (éd.), *Gewohnheitsrecht und Menschenrechte, Aspekte eines vielschichtigen Beziehungssystems*, Baden-Baden 1998.

⁴⁷ Nathan WACHTEL, *Sociedad e ideología. Ensayos de historia y antropología andinas*, Instituto de Estudios peruanos, Lima 1973, p. 161; José Carlos MARIATEGUI, *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana I*, Empresa editora Amauta, Lima 1972, p. 56; Karen SPALDING, *De indio a campesino. Cambios en la estructura social del Perú colonial*, Instituto de Estudios peruanos, Lima 1974, p. 150; Jorge BRAVO, *Bresani, Mito de la oligarquía peruana*, in *Perú Actual (sociedad y política)*, Instituto de Estudios peruanos, Lima 1970, p. 93

l'imposition d'une religion et d'une langue. Ce processus d'acculturation a provoqué autant le rejet que l'assimilation des modèles culturels espagnols. Dans un même temps, comme c'est le cas dans tout processus de conquête, les conquistadors ont modifié leurs modèles culturels en raison de la réalité physique et sociale dans laquelle ils agissaient. Le résultat en a été un métissage ethnique et culturel qui, en grande partie, caractérise actuellement les peuples hispano-américains.

Cependant, il faut reconnaître, d'une part, qu'il existe des communautés autochtones encore totalement isolées ou qui n'ont que des contacts sporadiques avec la culture prédominante; d'autre part, on admet que la plupart des communautés andines, encore fortement marquées par la longue prédominance de la culture officielle, conservent des traits culturels qui les distinguent clairement.

Le but recherché ici est de voir si, et comment, le droit pénal considère cette diversité culturelle. Ainsi, après un petit survol historique, nous nous concentrerons sur les solutions adoptées aujourd'hui.

3.1.1. De la conquête à la fin du 19^e siècle

Les Lois des Indes, acceptées mais rarement appliquées, avaient été inspirées par une conception protectionniste qui considérait les Indiens comme des personnes immatures, incapables, nécessitant une mise sous tutelle pour leur bien-être matériel et leur salut spirituel. Ce régime légal supposait la constitution de deux Républiques: celle des Indiens et celle des Espagnols. Ce système demeurera cependant une fiction juridique, car les relations sexuelles entre Espagnols et Indiens produisirent un métissage et les migrations des Indiens vers les nouveaux centres urbains rendirent impossible toute séparation spatiale.

Lorsque les Créoles (et non les Indiens) succédèrent aux colonisateurs et s'installèrent au pouvoir dans les nouvelles Républiques⁴⁸, il

⁴⁸ Julio COTLER, *Clases, estado y nación en el Perú*, Instituto de Estudios peruanos, Lima 1978, p. 79; José MATOS MAR, *Dominación, desarrollos desiguales y pluralismo en la sociedad y cultura peruanas*, in *Perú Actual* (sociedad y política), Instituto de Estudios peruanos, Lima 1970, p. 24.

en découla logiquement la continuation du système colonial basé sur un ethnocentrisme à l'européenne. Les Indiens, pauvres et marginalisés, n'avaient d'autre option que de tenter de survivre biologiquement et culturellement.

Durant les premières décennies de la République, la législation coloniale fut maintenue en vigueur, dans la mesure où elle ne contredisait pas les principes de la République⁴⁹. Une des exceptions, consacrée ensuite expressément dans la législation, était de considérer l'indigène comme formellement égal à tous les autres membres de la communauté. Cette reconnaissance eut pour effet négatif un manque de protection de la population indigène face aux abus des nouveaux représentants du pouvoir (par exemple, concernant la propriété de la terre par application de la nouvelle législation civile inspirée des règles du Code Napoléon).

Par le biais de la conquête⁵⁰, les natifs avaient donc bel et bien été intégrés au système économique du pays, mais uniquement en tant que serfs exploités. Politiquement, bien que leur égalité avec les autres citoyens fût affirmée, on ne leur avait pas reconnu la qualité de citoyen. Par conséquent, ils se retrouvaient marginalisés par l'interdiction qui leur était faite de participer aux affaires du pays. Cette restriction se fondait soit sur des raisons économiques, soit sur des circonstances personnelles (notamment l'analphabétisme)⁵¹.

Dans le domaine pénal, la disparition formelle des inégalités sociales et culturelles se traduit par l'élaboration d'un code pénal suivant le modèle espagnol. Le législateur ne prit absolument pas en compte le fait que ce code serait appliqué à des peuples culturellement différents. Ainsi, le Code pénal péruvien de 1863⁵², qui

⁴⁹ José HURTADO POZO, *La ley importada*, Lima 1979, p. 38.

⁵⁰ José MATOS MAR, *op. cit.*, p. 20.

⁵¹ Or, selon la doctrine quasi unanime de nos jours, le suffrage universel est une condition sine qua non d'une véritable démocratie et, par voie de conséquence, de l'Etat de droit. Un Etat fondé sur l'inégalité de droit entre ses citoyens dans le domaine de la participation à la vie publique ne peut prétendre à la viabilité dans un monde qui tend vers la démocratie pour tous.

⁵² José HURTADO POZO, *La ley importada*, p. 42 ss.

était calqué sur celui que le législateur espagnol avait élaboré en 1848-50, ne prévoyait aucune disposition prenant en considération la diversité culturelle du pays. Ses auteurs étaient partis de l'idée que la population péruvienne avait été modelée par le processus d'acculturation coloniale et qu'on devait, par conséquent, appliquer les canons de la législation espagnole.

3.1.2. Les grands bouleversements du 20^e siècle

Dans les premières décennies de ce siècle et sous l'influence des mouvements d'indigènes, les gouvernements ont tendu vers une reconnaissance progressive des droits sociaux et politiques des indigènes et des peuples de la région amazonienne. Ils ne sont néanmoins pas parvenus à élaborer une politique destinée à changer les structures économiques et sociales. C'est pourtant la seule voie qui aurait permis aux indigènes d'atteindre le niveau nécessaire pour prendre conscience et décider de manière autonome de leur destin. La République des Espagnols (européenne, occidentale et chrétienne) a ainsi reconnu la situation particulière des peuples natifs, mais nié l'existence d'une République d'indigènes. Cette reconnaissance a eu lieu à travers la promulgation de certaines règles légales (civiles, pénales ou administratives) orientées vers une prise en compte de cette réalité.

C'est donc à cette époque qu'on reconnaît les communautés indigènes, que l'on régleme particulièrement la propriété de la terre et qu'on prend en considération la faible position de l'indigène dans la réalisation des affaires juridiques. L'évolution se répercute sur le droit pénal également: c'est pour cette raison que le Code pénal péruvien de 1924, œuvre de Victor M. Maúrtua⁵³, distingue trois catégories de péruviens⁵⁴: les civilisés (indigènes ou pas), les indigènes à demi civilisés (dégradés par le servage et l'alcool) et les sauvages (tribus de l'Amazonie). Une telle classification implique néanmoins, malgré les bonnes intentions de l'auteur, une discrimination négative. Culturellement, elle suppose la reconnaissance de la pri-

⁵³ Código penal 1924, edición oficial, Lima 1939.

⁵⁴ José HURTADO POZO, *La ley importada*, p. 67 ss.

mauté de la culture des "civilisés" (citadins et paysans ayant assimilé la culture officielle: hispanophone, catholique, occidentale) par rapport aux cultures aborigènes (celles des Andes et de l'Amazonie). Ceci explique que les mesures de sûreté prévues pour les "sauvages" et les "indigènes" (auteurs d'un délit) dégradés par le servage et l'alcoolisme aient pour but de civiliser ces personnes.

Cette conception a été fortement critiquée⁵⁵, d'une part, parce que son fondement ethnologique est incorrect et, d'autre part, pour son orientation positiviste (positivisme criminologique italien), car elle proposait des mesures de sûreté basées sur la dangerosité supposée des "indigènes à demi civilisés" ou des "sauvages". Ces critiques ont conduit le législateur à chercher de nouvelles solutions pour résoudre le problème représenté par la présence, sur le territoire de la République, de populations appartenant à des cultures différentes.

D'ailleurs, les critères susmentionnés n'ont eu aucune efficacité dans la pratique, étant donné qu'on n'a jamais construit d'établissements adéquats pour l'exécution des mesures de sûreté prévues dans le Code pénal. Ainsi, la situation a continué d'être la même que lorsque le Code pénal de 1863 était en vigueur.

Par la suite, la situation a sensiblement évolué pour deux raisons: d'une part, au niveau interne, les intéressés ont pris progressivement une part directe à la défense de leurs droits personnels et sociaux; d'autre part, le mouvement de revendication desdits droits a atteint une dimension internationale. Les organisations représentatives et les organismes internationaux ont intensifié leurs activités en vue de préciser les limites de la reconnaissance et de la protection des peuples aborigènes⁵⁶. Il s'agit de l'abandon des idées propres à l'indigénisme (surgies et développées dès le début du 20^e siècle) au profit du mouvement dit de l'indianisme, lequel dénonce, au nom de l'"indianité" l'intégration sociale et l'assimilation culturelle des "peuples" ou des "nationalités" indiens. La nouvelle identité

⁵⁵ José HURTADO POZO, *ibidem*.

⁵⁶ Cf. Rodolfo STAIVENHAGEN, *Cultural rights: a social science perspective*, in *Cultural Rights and Wrongs*, Paris/Leicester 1998, p. 1 s. (14).

indienne serait plutôt d'ordre subjectif et le fruit de la marginalité et de l'exclusion⁵⁷.

Les travaux réalisés, au sein de l'ONU, dans le but de rédiger une déclaration des droits de l'homme des peuples indigènes, représentent un exemple clair de ce qui vient d'être dit. Le premier problème qui se pose est évidemment celui de la définition de "peuples indigènes". A ce sujet, on se demande s'il convient de les décrire comme des communautés, peuples et nations, qui, ayant une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et occupation coloniales et se trouvant soumis à d'autres secteurs de la société, sont décidés, d'une part, à transmettre leurs territoires ancestraux aux futures générations et, d'autre part, à préserver et développer leur identité et culture⁵⁸. Un deuxième exemple est représenté par la Convention N. 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989, qui reconnaît aux indigènes le droit de disposer d'un territoire et d'autogérer leur développement pour garder et développer leur identité⁵⁹.

Ce nouveau contexte social et idéologique a, sans aucun doute, influencé, dans les dernières décennies, la lente évolution favorable vers la reconnaissance de la pluralité.

En se limitant au domaine du système pénal péruvien, on peut signaler que la Constitution de 1979 déclarait, d'abord, que "el Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía" (art. 34)⁶⁰ et, ensuite, que "el Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes. Garantiza el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunida-

⁵⁷ Henri FAVRE, *L'indigénisme*, PUF, Paris 1995, p. 110 ss.

⁵⁸ Cf. Doc. ONU E/CN/Sub. 2/1994/2.

⁵⁹ Organisation Internationale du Travail, Convention N° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, adoptée en 1989 et entrée en vigueur le 5 septembre 1991, art. 2, 4, 8 et 9.

⁶⁰ Traduction: "L'Etat préserve et stimule les manifestations des cultures natives, ainsi que les particularités et côtés authentiques du folklore national, l'art populaire et l'artisanat".

des nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua" (art. 35)⁶¹.

Selon la Constitution en vigueur depuis 1993, la Nation péruvienne est ethniquement et culturellement plurielle. L'Etat est obligé de reconnaître et de protéger ce pluralisme (art. 2 al. 19). Par conséquent, le droit à l' "identité ethnique et culturelle" s'impose comme un droit individuel, tandis que l'Etat doit encourager "l'éducation bilingue et interculturelle" comme un droit social (art 17 par. 4). Les langues officielles déclarées sont le castillan, le quechua, l'aymara et les autres langues aborigènes (art. 48). Enfin, par rapport à l'administration de la justice, un pouvoir juridictionnel est reconnu aux autorités des communautés rurales et natives, dans leur territoire, selon leur droit coutumier et à condition que les droits fondamentaux ne soient pas violés (art. 149).

3.2. *La nouvelle réglementation pénale*

La réalité prise en compte par les constituants de 1979 (ainsi que, plus tard, par ceux de 1993) a aussi été considérée au moment d'élaborer le nouveau Code pénal⁶². Ainsi, de nos jours, les effets de la spécificité culturelle sur la responsabilité pénale sont réglés de façon particulière. Selon l'art. 15 du Code pénal, n'est pas responsable celui qui en raison de sa culture ou ses coutumes commet un fait punissable sans comprendre le caractère délictueux de son acte ou pouvoir se déterminer d'après cette compréhension.

L'analyse du processus qui a abouti à l'élaboration de cette disposition montre, d'une part, qu'au niveau social, il y a une plus grande reconnaissance, du moins formelle, des droits politiques des natifs à participer à la vie du pays en tant que citoyens responsables et, d'autre part, que tous les obstacles sociaux et économiques empê-

⁶¹ Traduction: "L'Etat promeut l'étude et la connaissance des langues aborigènes et garantit le droit des communautés quechua, aymara et autres communautés natives à une éducation primaire aussi dans leur propre idiome ou langue". Cf. la situation en Suisse, où le constituant, certes à une échelle plus petite, a prévu une règle analogue (cf. art. 70 Cst.).

⁶² ALAN WATSON, *Legal Transplants An Approach to Comparative Law*, Edinburgh 1974, p. 21 ss.

chant une participation effective, n'ont cependant pas disparu. Leur participation se concrétise plutôt sous la forme d'un combat pour conquérir les droits sociaux essentiels et pour atteindre une représentativité politique.

Au niveau individuel et plus précisément dans le domaine pénal, ce processus implique la recherche de nouvelles formes de traitement destinées aux membres des différentes communautés culturelles ayant commis un acte considéré comme délictueux par le système pénal prédominant. L'objectif que s'était fixé le législateur était d'abandonner tout critère ethnique ou culturel pour qualifier ces personnes d'incapables⁶³. L'intention était certes bonne, mais les résultats obtenus législativement n'en sont pas pour autant convaincants.

C'est dans ce but qu'on a tenté d'élaborer de nouvelles catégories dogmatiques. Au niveau international, il a été recommandé, lors de divers congrès organisés pour analyser la manière d'"éviter la méconnaissance des cultures différenciées" que soient élaborés des concepts permettant de conclure à la non-culpabilité de toute personne qui, en raison des règles de son propre groupe culturel, ne peut pas ajuster sa conduite aux règles juridiques ou culturelles dominantes⁶⁴.

Le législateur a incorporé dans le Code pénal péruvien l'art. 15, précédemment cité, sans y réfléchir dûment et sans considérer les effets que pouvait avoir son application. Cette insuffisante réflexion doctrinale explique que les auteurs qualifient l'exemption de responsabilité pénale, prévue dans la disposition susmentionnée, d'"erreur de compréhension conditionnée culturellement"⁶⁵.

⁶³ Exposición de motivos, in Código Penal, Segunda edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima 1997, p. 24 s.

⁶⁴ Raúl ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, p. 58.

⁶⁵ Cf. Luis FRANCIA, *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; Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALEGIA/Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 705 s.; Enrique GARCIA VITOR, *Diversidad cultural y Derecho penal. Aspectos criminológicos, Político-criminales y Dogmáticos*, Santa Fé 1994.

Si, par compréhension, on entend l'"action de comprendre" et la "faculté, capacité ou perspicacité à comprendre et pénétrer la réalité" toute erreur est une erreur de compréhension. Or, comme tout jugement ou toute compréhension de la réalité sont déterminés par le conditionnement culturel de la personne, toute erreur est une erreur conditionnée "culturellement". Le caractère "illicite" de l'acte est caractérisé culturellement: dans le système officiel, par l'ordre juridique en vigueur; dans une communauté paysanne ou une tribu de l'Amazonie, cette qualification peut être différente par rapport à certains biens déterminés. Si un membre de ces groupes sociaux s'approprie une chose qui appartient à un tiers selon les règles de la culture officielle, il commet une erreur sur la typicité "culturellement conditionnée". Si, dans le cadre du "*servinacu*" (mariage à preuve), il entretient des relations sexuelles avec une mineure, il aura commis un acte typique et illicite, mais sous l'influence d'une erreur sur l'interdiction (culturellement conditionnée)⁶⁶.

En poursuivant ce raisonnement, on parvient à la conclusion que l'erreur sur la typicité (soustraire la chose d'autrui en croyant qu'elle nous appartient) ou l'erreur sur l'interdiction (pratiquer l'acte sexuel avec une mineure en croyant qu'il est permis par le mariage à preuve admis dans le groupe social auquel appartiennent les deux personnes en question), sont des erreurs culturellement conditionnées. Cependant, ces cas sont réglementés par l'art. 14 du Code pénal et non par son art. 15. A la différence de ce qui a été disposé dans ce dernier, dans les Bases du Projet du Code pénal bolivien de 1964⁶⁷, on faisait allusion au facteur culturel, dans la mesure où on disposait que: "l'erreur essentielle sera également exclusive de culpabilité, ainsi que l'erreur ou ignorance de droit, avec une référence particulière à l'indigène"

La disposition péruvienne se réfère, quant à elle, plutôt à un cas spécifique d'incapacité de la personne qui commet le délit. Ceci

⁶⁶ José HURTADO POZO, *Derecho Penal y derechos culturales*, in *Derechos Culturales*, Lima 1996, p. 117.

⁶⁷ Fernando VILLAMOR, *La codificación penal en Bolivia*, La Paz 1977, p. 217; Gladis YRURETA, *El indígena ante la ley penal*, Caracas 1981, p. 92 s.

était également le sens expressément manifesté par les auteurs du Projet vénézuélien de 1948⁶⁸. A l'art. 13 de ce Projet, il était établi que: "Le juge pourra déclarer non imputable l'indigène qui commet un (...) délit, en tenant compte de son incapacité à comprendre ou vouloir, dérivée de son inadaptation culturelle"

A l'art. 15 du Code, l'incapacité de se rendre compte que le comportement contredit l'ordre juridique (basé sur un ensemble de valeurs culturelles déterminées) ou de se déterminer d'après cette appréciation, dépend du fait que l'agent appartient à une culture différente (culture qui ne connaît pas la norme violée ou qui prévoit une norme qui évalue différemment le comportement en question).

Cette incapacité n'est pas due, comme dans le cas de la non imputabilité (art. 20 al. 1), à une anomalie psychique, à une altération grave de la conscience ou à des altérations de la perception qui affectent gravement le concept de réalité chez l'auteur. Au lieu de ces circonstances, l'art. 15 mentionne la "cultura" et les "costumbres" de l'agent. Celles-ci doivent être les causes de l'incapacité de celui-ci à comprendre le caractère délictueux de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation. Ses modèles culturels, différents de ceux qui se trouvent à la base du Code pénal, "affectent gravement son concept de la réalité" à tel point qu'il ne peut être traité de la même façon qu'une personne qui aurait dûment intégré la culture dominante.

Selon le texte même de l'art. 15, élaboré en accord avec l'art. 20 al. 1 (non imputabilité), le problème ne consiste pas en ce qu'une personne pleinement capable (autant psychiquement que culturellement) croie par erreur qu'elle agit conformément à l'ordre juridique, mais plutôt en ce qu'elle ne possède pas les conditions personnelles pour agir conformément au droit. En d'autres termes, même lorsque l'agent ne sait pas qu'il commet un acte délictueux, il est exempt de peine non pas parce qu'il agit sous l'influence d'"une erreur inévitable sur l'illicéité du fait constitutif de l'infraction pénale" (art. 14 par. 2), mais parce qu'il est incapable de se comporter conformément aux canons culturels qui lui sont étrangers.

⁶⁸ Gladis YRURETA, *El indígena ante la ley penal*, Caracas 1981, p. 106 s.

3.3. *L'application des droits culturels*

Pour comprendre cette solution, apportée au problème posé par l'application d'un système pénal, produit par une culture, à des personnes appartenant à des cultures diverses, il faut tenir compte de certains aspects concernant la notion de culture⁶⁹. Sans négliger les différentes perspectives dans lesquelles celle-ci a été définie et conformément à l'importance donnée à chacun de ses éléments ou aux buts tant théoriques que pratiques poursuivis par l'élaboration d'une définition, il faut considérer que la culture doit être comprise comme un système de normes ou de règles de comportement qui conditionnent la façon qu'a une personne de réagir dans une situation déterminée. Dans ce sens, les "coutumes" font partie de la culture. Il s'agit d'un système qui fait d'un ensemble d'individus un groupe organisé et qui modifie profondément les données naturelles de ceux-ci en leur octroyant de grands bénéfices et en leur imposant des obligations multiples. Les individus voient leurs libertés restreintes au bénéfice du bien commun.

Dès sa naissance dans un groupe social, l'individu entame un processus d'adaptation au système culturel par le biais de l'imitation ou de l'apprentissage. De cette manière, il assume des modèles culturels, ce qui détermine la formation de sa personnalité. L'individu a donc la capacité de se comporter conformément aux normes culturelles de son groupe social.

Lorsqu'une personne, sciemment, ne respecte pas ces règles culturelles, soit parce qu'elle n'est pas arrivée à assimiler dûment la règle de comportement violée, soit parce qu'elle l'a apprise de façon déficiente, on appliquera les normes légales communes pour déterminer sa responsabilité. Ainsi, peuvent entrer en considération:

⁶⁹ 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; Ralph LINTHON, *El estudio del hombre*, 8^e éd., Mexico 1965; Denys CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris 1996.

- a) la règle sur la non-culpabilité si, par exemple, la non-acceptation de la norme culturelle est due à un trouble mental grave ou
- b) la disposition sur l'erreur sur l'interdiction quand, à cause d'une assimilation déficiente des normes culturelles, l'agent croit par erreur que son comportement n'est pas délictueux.

Les cas régis par l'art. 15 sont ceux dans lesquels se présente un conflit culturel qui suppose la diversité des systèmes de valeurs. Sont ainsi en contradiction, d'une part, la culture dans laquelle l'auteur du délit a formé sa personnalité et, d'autre part, la culture dont les valeurs sont consacrées par la loi qu'applique le représentant du groupe social dominant.

Le conflit peut être absolu, par exemple, dans le cas de certaines tribus d'Amazonie⁷⁰, qui n'ont aucun contact avec la culture de tradition européenne et chrétienne du Pérou officiel, lorsqu'on cause la mort de nouveau-nés, de jumeaux, de personnes âgées ou de malades du fait que le groupe social ne peut pas supporter la charge économique de leur maintien en vie. La culture dominante (selon le Code pénal), considère ces comportements comme des infractions contre la vie. L'auteur desdits actes opère cependant selon les règles culturelles de sa communauté. Il s'agit donc, culturellement parlant, d'un acte positif, un moyen de survie pour le groupe social dans la mesure où il permet de conserver l'équilibre nécessaire entre les besoins de la communauté et les moyens mis à sa disposition. L'auteur agit conformément aux règles culturelles assimilées à travers le processus d'acculturation, qui a conditionné la formation de sa personnalité et qui, comme ensemble de règles culturelles, dicte ses réactions face aux situations matérielles et personnelles concrètes. Or, c'est justement à cause de sa personnalité particulière qu'il est considéré comme incapable de comprendre le caractère délictueux de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation.

Dans des sociétés complexes comme celle du Pérou, résultant d'un long processus engendré par un choc culturel sanglant⁷¹, les conflits

⁷⁰ Francisco BALLÓN AGUIRRE, *Etnia y represión*, Lima 1980, p. 76 ss.

⁷¹ José HURTADO POZO, *La ley importada*, p. 27 ss.

culturels sont le plus souvent moins brutaux. Les groupes sociaux andins (quechuas, aymaras, huancas ...) ont certes souffert de l'imposition par la force de la culture espagnole (langue, religion, système économique et politique), qui a entraîné la modification profonde de leurs règles culturelles, mais pas la disparition complète de ces dernières. Ils ont, comme c'est toujours le cas dans ce genre de conquête, réagi devant la nouvelle culture en interprétant aussi bien leurs propres modèles culturels que ceux qui leur étaient imposés, ce qui a permis la survie de règles culturelles traditionnelles (propres).

La situation n'est pas forcément la même qu'aux temps de la colonisation et aux débuts de la République. D'une part, les efforts de centralisation politique et d'homogénéisation à travers l'éducation, par exemple, et d'autre part, l'interprétation faite par les aborigènes aussi bien des modèles culturels propres que de ceux qui leur étaient imposés, ont restructuré l'image ethnique et culturelle du pays. Dès lors, il paraît utopique de penser à la renaissance d'une société et d'un Etat indiens en opposition à une société et à un Etat de péruviens occidentalisés. Il est également problématique de proposer une solution fédéraliste constituée en régions ou zones déterminées par la prédominance d'un peuple et d'une culture. Cette solution serait en effet non seulement contraire, par exemple, à la structure de la propriété foncière, qui permet à chaque communauté de posséder des terres à différents niveaux écologiques, mais elle ignorerait, de plus, le profond métissage, l'intense immigration interne, l'intégration particulière des indigènes dans le système économique national.

Par rapport au thème qui nous occupe, nous pouvons signaler que le métissage progressif⁷², le fort dépeuplement de la campagne en faveur de la ville, l'alphabétisation de la majeure partie de la population, le développement des moyens de communication (principalement de la radio et de la télévision), la participation toujours plus

⁷² Claudio ESTEVA FABREGAT, *El mestizaje en Iberoamérica*, Madrid 1988, p. 8 ss; José MATOS MAR, *Desborde popular y crisis del Estado*, 5^e éd. Lima 1987, p. 25 ss, 43 ss.

importante des indigènes au système productif, ont entraîné une certaine uniformité des règles culturelles primaires, qui sont étroitement liées à la survie et à la cohésion du groupe social. Ces règles étaient, dans une certaine mesure, reconnues dans les cultures précolombiennes plus développées: par exemple, celles concernant le respect de la vie, l'intégrité corporelle, la propriété foncière (*ama sua*, *ama llulla* et *ama kella*: ne sois pas voleur, ne sois pas menteur, ne sois pas oisif). Quant aux coutumes ou rites cruels, ils ont disparu ou ont été fortement modifiés par l'acculturation séculaire, lorsqu'ils sont entrés en contact avec des règles culturelles plus humaines.

Cette complexité sociale et culturelle est clairement perçue dans la confrontation rituelle pratiquée par les Indiens de la région de Cotabambas⁷³ qui, partagés en deux, s'agressent violemment; à cette occasion, quelques participants peuvent mourir ou être blessés. Pour appliquer l'art. 15 du Code pénal aux responsables des morts et lésions corporelles, il serait nécessaire de vérifier qu'ils ne sont pas capables, pour des raisons culturelles, de comprendre le caractère délictueux de leurs actes ou de se comporter conformément à cette appréciation.

Dans la seconde hypothèse, le conditionnement culturel de la communauté autochtone doit être si intense qu'il constitue une véritable contrainte à laquelle la personne concernée ne peut échapper. Ceci nous oblige à préciser dans quelle mesure le système officiel peut exiger d'une personne l'abandon de ses propres règles culturelles en faveur de celles de la culture dominante. Il faut chercher la réponse, d'une part, dans les droits de l'homme, en particulier dans leur noyau intangible et, d'autre part, dans la nécessité, pour l'existence du groupe culturel soumis, que l'auteur de l'acte respecte les standards culturels de la communauté.

Il est évident que les dommages à la vie et à l'intégrité corporelle, causés lors de la confrontation des membres de la communauté de

⁷³ Ricardo VALDERRAMA FERNÁNDEZ/Carmen ESCALANTE GUTIERREZ, *Nosotros los humanos. Ñuqanchik runakuna. Testimonio de los quechuas del siglo XX*, Cuzco, 1992.

Cotabambas peuvent être considérées comme intolérables. Dans ces cas, l'application de l'art. 15 du code pénal peut par conséquent mener à une violation du noyau intangible du droit à la vie, incompatible avec la protection universelle de ce droit. Par contre, il semble plus difficile de faire la même affirmation si l'on estime que le maintien et le respect de ces batailles rituelles jouent une fonction sociale essentielle pour la subsistance de la communauté.

L'incapacité de comprendre le caractère illicite de l'acte commis peut être admis avec moins de difficulté, par exemple, dans le cas du natif de l'Amazonie qui tue le sorcier de la tribu parce que celui-ci est jugé responsable de l'épidémie qui décime la tribu; cette mort est en fait perçue comme l'unique moyen de sauver le groupe social. Il en va de même du meurtre d'un sorcier, accusé lui-même d'avoir tué, par l'usage de "pouvoirs occultes" le père de son meurtrier⁷⁴. Dans ce dernier cas, cependant, on ne peut pas considérer que la substance du groupe social se trouve en danger, tandis que celle du droit à la vie se trouve bafouée. Par conséquent, ici encore, l'application de l'art. 15 du code pénal conduit à la négation d'un droit intangible, ce qui ne saurait être cautionné, comme nous l'avons dit plus haut (cf. *supra* 2.2.4).

En réalité, l'examen des cas judiciaires dont sont tirés ces exemples porte à admettre que la répression des accusés aurait pu être appréciée par l'application de critères comme celui de l'incapacité pénale, en raison de l'état personnel dans lequel ils se trouvaient. De plus, il faut signaler que les auteurs des meurtres étaient des personnes qui avaient eu de fréquents contacts avec des centres urbains. Ces diverses raisons également nous poussent à penser que l'art. 15 du Code pénal, malgré ses louables intentions (corriger les erreurs du passé en opérant une certaine discrimination positive à l'égard des peuples natifs), n'est pas apte à atteindre les objectifs visés.

⁷⁴ Cf. Francisco BALLÓN AGUIRRE, *Etnia y represión*, Lima 1980, p. 139 ss. In casu, l'auteur considérait qu'il était "juste de tuer quiconque avait tué par sorcellerie"

En ce qui concerne les habitants andins, on cite fréquemment le cas du "*servinacuy*"⁷⁵ qui constitue un mariage à preuve en vertu duquel le couple cohabite avant de formaliser l'union conjugale. Si la femme a moins de 14 ans, les relations sexuelles pratiquées impliquent, selon le droit pénal en vigueur, la commission d'une infraction contre l'intégrité sexuelle, alors qu'au contraire, selon la norme culturelle de la communauté, ce comportement est licite parce qu'il a eu lieu dans un contexte socialement positif. La pratique de cette coutume constitue un bon exemple pour mettre en exergue les inconvénients que comporte le règlement prévu à l'art. 15 du Code pénal. Afin de ne pas réprimer l'homme qui cohabite avec la mineure, on devrait le déclarer, pour des raisons culturelles, incapable de comprendre le caractère illicite de son comportement ou de se déterminer d'après cette appréciation. Ce critère pourrait certainement s'appliquer aux membres des communautés d'indigènes qui restent relativement isolées, mais pas à ceux qui ont émigré et vivent dans des centres urbains.

Ce cas permet de comprendre pourquoi le législateur a mentionné expressément les "*costumbres*" à côté de la "*cultura*" dont elles font partie. Le conflit culturel serait limité uniquement à un des aspects de la culture. En plus, il nous permet de nous rappeler que la solution adoptée par les juges dans ces derniers cas, consistait à admettre une erreur sur l'interdiction. On admettait ainsi que l'agent avait procédé en se croyant en droit d'agir, étant donné qu'il s'était comporté conformément à ses normes culturelles.

4. Réflexion finale

Par la prise en compte de comportements conformes aux traditions des populations autochtones péruviennes, mais ne correspondant pas au modèle juridique dominant, nous avons essayé de montrer que le principe d'universalité des droits de l'homme ne peut en aucun cas justifier la dévalorisation des cultures autochtones car le principe d'indivisibilité s'applique également aux droits culturels qui les protègent.

⁷⁵ José HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*, Lima 1987, p. 442.

Cependant, une limite objective de la reconnaissance législative ou jurisprudentielle de comportements induits culturellement mais violant le droit pénal étatique est constituée par les notions de dignité humaine et de noyau intangible: leur substance est inviolable.

Cette approche confrontant de façon délibérément polarisée et dialectique le droit étatique et les traditions qui y dérogent fournit également une contribution au débat concernant l'appréciation juridique de comportements conditionnés culturellement et se déroulant dans des États appartenant à des cultures issues de la modernité et des révolutions libérales: on y trouve des arguments en faveur de la tolérance et de la compréhension entre les diverses communautés culturelles, mais également le critère objectif permettant de nier toute portée justificatrice à des pratiques culturelles tels l'excision ou l'homicide pour des raisons d'honneur.

Nous espérons par conséquent qu'elle favorisera d'autres recherches susceptibles d'approfondir les lignes directrices que nous n'avons pu qu'esquisser.