



HAL
open science

L'expertise culturelle

Livia Holden

► **To cite this version:**

| Livia Holden. L'expertise culturelle. Les Cahiers de la justice, 2021. hal-03161479

HAL Id: hal-03161479

<https://hal.science/hal-03161479>

Submitted on 26 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'expertise culturelle¹

par Livia Holden

Livia Holden, Université de Paris 10 Nanterre et Université de Padoue.

Les compétences interculturelles se révèlent cruciales pour le règlement des différends dans des sociétés de plus en plus diversifiées pour protéger les groupes sociaux défavorisés et garantir un accès substantiel à la justice. Dans cet article, j'étudie la conceptualisation de l'expertise culturelle dans les sciences sociojuridiques, passe en revue l'utilisation de l'expertise culturelle dans treize pays européens où nous avons mené nos recherches et offre un aperçu préliminaire des résultats sur l'expertise culturelle en Europe avec une section spécifique consacrée à la France.

Introduction

Les sociétés multiculturelles ont besoin de l'expertise culturelle pour résoudre les conflits dans une variété de domaines : des questions allant de la validité des mariages et adoptions coutumières au droit bancaire, en passant par les assurances et le droit pénal ainsi que les droits des minorités autochtones, la citoyenneté, l'asile et la protection internationale. Les domaines du droit dans lesquels l'expertise culturelle est recherchée dans les tribunaux se multiplient en

raison des efforts accrus d'inclusion en Europe. Les tribunaux recherchent des informations de première main récentes et à jour sur le droit et les pratiques du droit, l'histoire, les médias, le langage et le sens de certains mots, la relation entre les groupes sociaux et le territoire, les affiliations et appartenances ethniques, religieuses et sectaires, les perceptions de la peur et de la persécution. Ces informations assistent les juges dans les démarches de constatation des droits et l'évaluation du risque et de la dynamique de discrimination pour les personnes susceptibles d'être renvoyées dans leur pays d'origine.

1. Cet article est un des résultats du projet EURO-EXPERT dirigé par Livia Holden et financé par le Conseil Européen

de la Recherche.

Les questions les plus récurrentes aux experts sont les suivantes : est-ce qu'une certaine pratique coutumière est considérée comme valide en vertu de la législation d'un certain pays ? Est-ce que les récits des demandeurs d'asile sont cohérents avec des informations actualisées et de première main sur un pays donné ? Est-ce que des preuves externes (informations publiées mises à jour et informations d'expert de première main) confirment l'appartenance du demandeur à un groupe social persécuté ? Est-ce que la possession de certains biens est conforme à des informations externes et une opinion d'expert sur un certain quartier ? Est-ce que l'adoption d'une législation protégeant certains groupes sociaux dans une certaine zone géographique signifie que certains groupes sociaux vulnérables sont effectivement protégés ou peuvent effectivement rechercher la protection de l'État ? Comment évaluer l'ethnicité et l'ascendance tribale des individus et des groupes sociaux qui ne parlent pas les langues minoritaires et ne vivent pas dans des zones traditionnellement habitées par des minorités ethniques et linguistiques ?

« **Pourtant, l'expertise culturelle se révèle cruciale pour protéger les groupes sociaux défavorisés et garantir un accès substantiel à la justice dans des sociétés européennes qui sont de plus en plus diversifiées.** »

Comment évaluer si une certaine langue ou un certain comportement constitue un crime et pour qui ? Comment faire la distinction entre la provocation des arts et l'offense à un certain groupe social ?

À l'heure actuelle, les connaissances qui peuvent aider à la prise de décisions dans les domaines pour lesquels l'expertise culturelle est nécessaire, ne sont pas disponibles en dehors des cercles spécialisés de professionnels de la sociologie et de l'anthropologie du droit qui, soit offrent des services de niche qui sont parfois coûteux, soit s'abstiennent tout court de toute implication en dehors du milieu universitaire. Pourtant, l'expertise culturelle se révèle cruciale pour protéger les groupes sociaux défavorisés et garantir un accès substantiel à la justice dans des sociétés européennes qui sont de plus en plus diversifiées. Dans cet article, j'examinerai la conceptualisation de l'expertise culturelle dans les sciences socio-juridiques, je passerai en revue l'utilisation de l'expertise culturelle dans un certain nombre de pays européens, où nous avons mené nos recherches et j'offrirai un aperçu préliminaire des résultats sur l'expertise culturelle en Europe, avec une section spécifique consacrée à la France.

Qu'est-ce que l'expertise culturelle ?

L'expertise culturelle sous la forme d'avis d'experts formulés par des spécialistes des sciences sociales désignés comme experts dans les procédures judiciaires n'est pas différente de tout autre type d'expertise devant les tribunaux. Dans des domaines juridiques spécialisés, tels que les titres fonciers autochtones en Amérique du Nord et en Australie, la nomination de spécialistes

en sciences sociales en tant qu'experts, en particulier les anthropologues, remonte au 19^e siècle. Dans la gestion contemporaine des flux migratoires, la nomination d'anthropologues comme experts pour certain pays est devenue de plus en plus fréquente, en particulier dans les pays de common law.

Une première définition d'expertise culturelle a été formulée en 2009 et souligne « les connaissances particulières qui permettent aux sociologues et anthropologues du droit, ou, plus généralement, aux médiateurs culturels – qui ont été appelés par certain les courtiers de la culture –, de localiser et de décrire les faits pertinents à la lumière des antécédents particuliers des demandeurs et des justiciables et pour l'utilisation des tribunaux »².

Au même temps, le concept d'expertise culturelle a été également positionné théoriquement par rapport au concept plus connu de défense culturelle³. Même si les deux concepts sont liés entre eux, les concepts d'expertise culturelle et de défense culturelle sont différents sur le plan épistémologique et procédural. L'expertise culturelle en tant que connaissance spécialisée qui peut être utilisée dans une variété de domaines pour la résolution des différends, offre un cadre théorique à la défense culturelle, que je propose de reformuler comme l'utilisation de l'expertise culturelle aux fins de la défense, le plus souvent pour rechercher des circonstances atténuantes et essentiellement dans les affaires pénales.

L'expertise culturelle, telle qu'elle est déployée par des spécialistes des sciences sociales nommés en tant qu'experts devant les tribunaux, doit être neutre sur le plan de la procédure, ce qui signifie que l'expert ne doit pas plaider explicitement ou implicitement en faveur d'un résultat juridique spécifique. Le devoir de l'expert culturel est envers le tribunal afin d'expliquer les faits et les circonstances et leurs antécédents socio-juridiques en réponse à questions spécifiques, souvent formulées sous la forme d'un rapport écrit ou lors d'un contre-interrogatoire. La neutralité procédurale de l'expert, qu'il ne faut pas confondre avec une objectivité et une impartialité absolue d'un point de vue socio-anthropologique, est la composante qui met le mieux en évidence la différence épistémologique entre expertise culturelle et défense culturelle.

« La défense culturelle, beaucoup plus consolidée aux États-Unis qu'en Europe, pourrait être vue comme une forme spécifique d'expertise culturelle. »

D'un point de vue théorique, la défense culturelle, beaucoup plus consolidée aux États-Unis qu'en Europe, pourrait être vue comme une forme spécifique d'expertise culturelle. En fait, la défense culturelle, concept bien plus répandu que l'expertise culturelle, s'est développée dans un domaine très spécifique du droit pénal et en relation avec le concept de crimes à motivation culturelle tel qu'il a été formulé par l'anthropologue

2. L. Holden (ed.), *Cultural Expertise and Litigation: Patterns, Conflicts, Narratives*, London: Routledge, 2011, 2.

3. A. D. Renteln, *The Cultural Defence*, New York : Oxford University Press, 2004.

du droit Strijbosch⁴. Strijbosch a souligné le conflit potentiel entre les principes des groupes majoritaires et minoritaires, mais après lui, diverses définitions des crimes à motivation culturelle ont été proposées par l'anthropologie et la sociologie du droit. Par conséquent, pour Van Broek, le crime à motivation culturelle est « un acte commis par un membre d'un groupe ou d'une culture minoritaire, qui est considéré comme une infraction par le système juridique de la culture dominante. Ce même acte est néanmoins, au sein du groupe culturel du délinquant, toléré, accepté comme un comportement normal et approuvé ou même promu dans la situation donnée »⁵. Pas toujours en relation avec la notion de crimes à motivation culturelle, l'anthropologie et la sociologie du droit ont généré des classifications articulées sur la défense culturelle qui ont largement varié d'une stratégie de défense à une contribution plus large au règlement de la justice. Cependant, la conceptualisation des crimes à motivation culturelle et la défense culturelle n'ont pas réussi à convaincre complètement les tribunaux continentaux qui ont émis des réserves⁶, la plus importante étant peut-être l'extrême incertitude des concepts devant les tribunaux et leur application très limitée à un ensemble très spécifique de crimes⁷. En 1996, le jugement

de la Cour suprême du Canada R. c. Van der Peet a introduit le test culturel pour les juges : un ensemble de questions auto-administrées qui guideraient les juges dans l'appréciation du contexte culturel des faits⁸. Le test culturel a été pris en considération par les juristes européens comme un instrument qui peut aider les juges à évaluer les caractéristiques culturelles potentielles dans des affaires données⁹. Cependant, l'expertise culturelle est proposée comme un concept large et englobant qui rend compte d'une part des nombreuses variations dans l'utilisation des arguments culturels pour le règlement des différends, le règlement des conflits et la détermination des droits devant les tribunaux et à l'amiable, et d'autre part elle ouvre une perspective critique qui scrute le système de nomination des experts et sa production de savoir.

L'expertise culturelle en Europe

EURO-EXPERT, le projet que je dirige actuellement à Paris Nanterre et financé par le Conseil Européen de la Recherche, a investigué le concept d'expertise culturelle pour cartographier la fréquence, les modalités et l'impact de son utilisation dans 15 pays européens : Allemagne, Autriche, Belgique,

4. F. Strijbosch, "Culturele delicten in de Molukse gemeenschap", *Nederlands Juristenblad* (1991) p. 670.

5. J. van, Broeck. 2001. "Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)." *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 9 (1): 1-32.

6. See Fabio, Basile. 2018. "Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati." *Stato, Chiesa e Pluralismo Confessionale*.

7. Basile, Fabio. 2011. "Il diritto penale nelle società multiculturali : i reati culturalmente motivati." *Politica Criminal : Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* (12).

8. R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507.

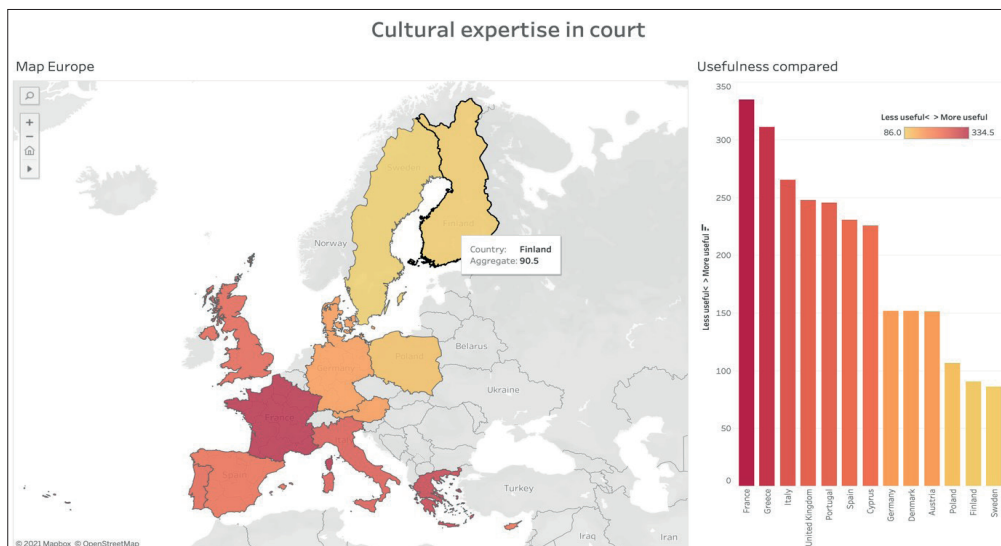
9. See for ex. the cultural test in Ruggiu, Ilenia. 2018. *Culture and the judiciary: the anthropologist judge*. London: Routledge.

Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suède et Royaume-Uni. L'échantillon des répondants comprenait des juges, des avocats, des experts et des bénéficiaires d'une expertise culturelle.

Alors que les particularités des configurations sociojuridiques de chaque pays et le système mené qualitativement de notre collecte de données ne permettent pas une comparaison systématique entre les ensembles de données de chaque pays, nous avons développé une carte de données intégrées concernant la perception de l'utilité de l'expertise culturelle dans les tribunaux. Cette carte n'est pas une mesure objective de l'utilité de l'expertise culturelle. Elle propose une indication

de la perception de l'expertise culturelle parmi des ensembles de données recueillis dans chaque pays et considérés comme raisonnablement comparables.¹⁰

Cette carte comprend les pays qui ont participé à notre enquête avec un minimum de 100 répondants. Elle montre quatre macro-domaines allant de la perception la plus favorable de l'expertise culturelle en France et en Grèce à la perception la moins favorable en Pologne, en Finlande et en Suède et incluant des pays comme l'Italie, le Royaume-Uni, le Portugal, l'Espagne et Chypre où l'expertise culturelle est considérée comme très utile, et l'Allemagne, le Danemark et l'Autriche où l'expertise culturelle est considérée comme d'une utilité assez modérée ou peu utile.



10. L'Autriche, avec le plus petit nombre de répondants, représente les 3,08 % de la population totale des répondants, tandis que le Portugal, qui compte le plus grand nombre de

répondants, représente les 13 % de la population totale des répondants. Pour plus d'informations sur l'échantillon voir : <https://www.culturalexpertise.net>

Les données quantitatives de cette enquête doivent être lues en combinaison avec les données qualitatives qui seront publiées prochainement. Cependant, nos résultats quantitatifs basés sur les pays de notre enquête apportent trois résultats clés :

1) L'expertise culturelle est un phénomène de niche qui présente une variété de types d'expérimentations locales et de ramifications étendues.

Les professionnels du droit ne sont pas familiers avec le concept d'expertise culturelle car il s'agit d'un concept académique, cependant, dans tous les pays de notre recherche, nous avons trouvé des cas de nominations d'experts qu'on peut qualifier d'expert culturels dans divers domaines du droit. L'approche mixte de collecte de données combinant à la fois des méthodes qualitatives et quantitatives a révélé une grande variété de phénomènes qui relèvent du concept général de l'expertise culturelle en Europe : la nomination d'experts culturels incluant des experts sur des pays particuliers et des spécialistes dans diverses disciplines et sous-domaines des sciences sociales (des anthropologues et sociologues aux experts en

ethnopsychiatrie et ethnopsychologie qui comprennent également un certain niveau de soin et de médiation ; la nomination de spécialistes des sciences sociales (en particulier des anthropologues et des spécialistes des religions) pour aider à l'enquête, en particulier en matière de terrorisme ; et certains cas dans lesquels des médiateurs culturels et des traducteurs jouent *de facto* un rôle d'experts culturels devant les tribunaux.

2) L'expertise culturelle est principalement connue dans les domaines de l'asile et de la migration, de la citoyenneté, du droit pénal et du droit de la famille, mais se produit également dans des domaines rarement liés à la culture, tels que l'arbitrage commercial international, le droit bancaire et le droit des assurances.

Nous avons observé la typologie suivante d'experts et de domaines du droit : la nomination d'experts nationaux et l'utilisation de rapports généraux contenant une expertise culturelle en matière d'asile et de migration, la nomination d'experts ad hoc en matière de droit pénal, de droit de la famille et droit du travail et l'utilisation de rapports généraux et de sources sur les lois et coutumes étrangères pour le droit international privé. Cependant, notre collecte de données montre que les connaissances spécialisées qui peuvent être définies au sens large en tant qu'expertise culturelle sont pertinentes dans de nombreux autres domaines et sous-domaines du droit. L'échantillon suivant de sujets dans lesquels l'expertise culturelle a été observée atteste de l'étendue et de la variété de son application : l'appréciation de la validité des mariages et divorces célébrés à l'étranger, l'appréciation

« **L'expertise culturelle est principalement connue dans les domaines de l'asile et de la migration, de la citoyenneté, du droit pénal et du droit de la famille. »**

théologie et en religion, y compris aussi des historiens, des linguistes, des pédagogues et des spécialistes des arts) ; l'utilisation du test culturel pour les juges (un questionnaire auto-administré par les juges) ; divers types d'expertise

du niveau de menace pour les membres de certains groupes sociaux dans leur pays d'origine, l'appréciation de la crédibilité interne et externe des récits personnels sur des faits qui n'appartiennent pas à l'expérience quotidienne des juges, les coutumes et usages dans l'entrepreneuriat transnational, l'appréciation de l'appartenance à certains groupes sociaux, ethniques, religieux et linguistiques, la description des coutumes pratiques, l'évaluation de la cohérence ou de la divergence avec les pratiques coutumières répandues dans un certain domaine ou groupe social, l'évaluation des discours de haine et du langage offensant, des perceptions de traumatisme et des expressions de la sexualité.

3) La conscience sociojuridique de l'étendue et de la fonction de l'instrument juridique du témoignage d'expert parmi les professions juridiques et les spécialistes des sciences sociales affecte la perception de l'utilité de l'expertise culturelle.

L'expertise culturelle a été enregistrée dans la plupart des pays, avec l'exception peut-être du Royaume-Uni, en tant que processus varié mais néanmoins élitiste, qui n'est utilisé que par une petite partie des professions juridiques qui s'appuient sur un réseau d'experts très soudé et qui ne divulguent pas et n'échangent pas d'informations en dehors de leurs cercles. En outre, les membres des professions juridiques ainsi que les bénéficiaires qui utilisent les instruments sociojuridiques relevant du concept général d'expertise culturelle ont une conscience limitée

de sa conceptualisation. Par conséquent, la perception de l'utilité doit être lue en combinaison avec les autres données sur l'étendue et les modalités de l'expertise culturelle. Les perceptions de l'utilité reposent partout sur les attentes personnelles des répondants quant à leur expérience de l'expertise culturelle et leurs attentes de ce que devrait fournir l'expertise culturelle mais, dans les pays où l'expertise culturelle est plus informelle ou dispersée, elle est plus directement liée à la spécificité de l'échantillon des répondants. Les résultats montrent une plus grande appréciation de l'utilité de l'expertise culturelle en Europe du Sud qu'en Europe du Nord, indépendamment de la fréquence plus ou moins importante de l'utilisation de l'expertise culturelle. Il est significatif que la France apprécie le plus l'utilité de l'expertise culturelle mais figure parmi les pays qui ont enregistré le moins de nominations d'experts individuels.

Expertise culturelle en France

Les données ont été collectées en France par Christiane Besnier, anthropologue avec une longue expérience de recherche sur la justice en France. Grâce à sa connaissance approfondie du contexte, Christiane Besnier a pu joindre l'un des plus importants ensemble de répondants parmi les quatre catégories retenues pour l'enquête quantitative : juges, avocats, experts et bénéficiaires de l'expertise culturelle ¹¹.

11. Voir le résumé des données de la France ici : <https://culturalexpertise.net/wp-content/uploads/2020/04/France.pdf>

Les résultats en France montrent une contradiction apparente entre la plus haute appréciation de l'utilité de l'expertise culturelle et l'enregistrement d'une faible fréquence de nominations d'experts devant les tribunaux. 79 % des juges et 85 % des avocats qui ont participé à l'enquête ont déclaré

« Les résultats en France montrent une contradiction apparente entre la plus haute appréciation de l'utilité de l'expertise culturelle et l'enregistrement d'une faible fréquence de nominations d'experts devant les tribunaux. »

n'avoir jamais mandaté un expert culturel. La deuxième réponse la plus courante a été qu'ils ont mandaté moins de 10 experts. Plus de la moitié des bénéficiaires de l'expertise culturelle ont indiqué qu'ils n'avaient jamais fait appel aux services d'un expert culturel. La lecture croisée des données d'enquête auprès des différents types de répondants indique que le droit de la famille, le droit pénal, le droit des successions, l'asile et l'immigration sont les domaines les plus courants dans lesquels des experts sont mandatés en France. La typologie des experts indique une grande variété de types : 34 % de locuteurs de langue maternelle, 14 % d'experts nationaux, 12 % de professeurs d'université, 9 % de chefs religieux, 4 % de chefs de communauté et une grande variété « d'autres types d'experts » parmi lesquels les ethnopsychologues et les juristes spécialisés ont été indiqués. Parmi les professeurs d'université, les disciplines les plus courantes étaient la sociologie et

l'histoire, suivies de l'anthropologie, de la linguistique et des sciences politiques. Ceux qui ont sélectionné « autre discipline » ont indiqué des experts en religion de différents types.

Les données ci-dessus doivent être lues en combinaison avec des données qualitatives et la collecte de jurisprudence que Christiane Besnier a aussi menée en France. La jurisprudence indique que si la nomination formelle d'experts culturels est rare en France, les tribunaux prennent en considération les arguments culturels soit sur la base des informations qu'ils identifient directement en la matière, soit à travers les informations que les parties fournissent par l'intermédiaire de leurs représentants légaux. Cependant, comme les experts culturels sont rarement nommés et, lorsqu'ils sont nommés, ils ont tendance à être choisis dans un cercle d'experts très restreint, la connaissance des instances dans lesquelles l'expertise culturelle est utilisée reste très faible parmi les professions juridiques.

Il existe au moins trois sites d'expertise culturelle significatifs en France : 1) La Cour Nationale du Droit d'Asile, compétente pour connaître des recours contre les décisions de l'Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides en matière du statut des réfugiés et de protection subsidiaire, dispose d'une procédure spécifique pour l'évaluation du contexte sociojuridique et culturel des faits dans les matières relevant de sa compétence ; 2) la nomination d'ethnopsychologues,

d'ethnopsychiatres et de médiateurs culturels en droit pénal et droit de la famille, et 3) l'inclusion d'anthropologues dans l'enquête pour les affaires de terrorisme¹². Ce n'est pas ici le lieu d'un examen approfondi de ces trois types de nomination d'experts culturels qui sont propres à l'étude de cas française mais il est important de noter que si le troisième type d'expertise culturelle est relativement récent car il remonte à depuis une dizaine d'années, l'utilisation de l'expertises culturelle devant la Cour Nationale du Droit d'Asile et le développement de l'ethnopsychiatrie comme expertise judiciaire remontent au moins aux années 1990. La nomination d'experts à la Cour Nationale du Droit d'Asile est le résultat d'un processus qui a débuté par la protection des réfugiés après la seconde guerre mondiale, puis s'est progressivement rationalisé au sein même de la cour au cours de plusieurs révisions de sa procédure. La nomination d'ethnopsychiatristes a été le résultat de l'initiative de juges et de spécialistes des sciences sociales qui ont ressenti le besoin pressant de dépasser le cadre rigide du droit avec une connaissance plus approfondie du contexte des faits ainsi que des justiciables ou des défendeurs¹³. Ainsi, l'étude de cas français confirme que la formulation du concept d'expertise culturelle fournit un cadre conceptuel pour les instruments sociojuridiques qui incluent l'utilisation de

la culture devant les tribunaux. Elle fournit également des informations significatives sur les instruments spécifiques qui ont été développés en France pour l'utilisation des connaissances socioculturelles dans les tribunaux bien avant la conceptualisation de l'expertise culturelle.

Conclusions

Environ deux ans avant la fin de ce projet, nous proposons trois principaux fils de conclusions : la définition de l'expertise culturelle comme concept général, la perception de l'utilité de l'expertise culturelle, et la nécessité d'un examen critique des instruments qui tombent sous l'égide du concept d'expertise culturelle. Les données d'EURO-EXPERT indiquent que, avec ou sans la désignation d'experts, l'expertise culturelle est un concept large qui a le potentiel de rendre compte d'une variété d'utilisations des connaissances sociojuridiques dans les tribunaux européens pour un éventail croissant d'affaires allant du droit pénal au droit civil, y compris également le droit du travail, le droit bancaire, les lois sur l'immigration : asile, permis d'entrée, regroupements familiaux, adoptions, conflits commerciaux transnationaux, citoyenneté, garde d'enfants, extradition, expulsion, validité du mariage et du

12. Pour l'utilisation de l'expertise culturelle dans les enquêtes sur le terrorisme, voir Plainex, Ariel. "La radicalisation en tant que phénomène complexe". En attendant Nadeau, 2019 <https://www.en-attendant-nadeau.fr/2019/02/26/radicalisation-phenomene-complexe/>.

13.V. M. de Maximy, T. Baranger, and H. de Maximy, "L'enfant sorcier africain entre ses deux juges". In *Approche ethnopsychologique de la justice*. Odin Éditions Saint-Germain-en-Laye, 2000.

divorce, transactions financière coutumière, assurance, relations employeurs-employés, et bien d'autres. L'expertise culturelle joue un rôle non seulement dans les nouvelles formes de diversité culturelle, mais aussi dans ce que l'on pourrait appeler la diversité autochtone, y compris les Premières Nations et les minorités linguistiques qui jouissent de droits semi-autonomes sanctionnés par des traités et des constitutions. Bien que l'expertise culturelle fasse partie de la gestion quotidienne de la diversité, elle n'a commencé à être reconnue que récemment au niveau académique. La réalité sur le terrain suggère une grande variété d'instruments qui peuvent faire référence au concept général d'expertise culturelle, mais le manque généralisé de prise de conscience les laisse non détectés. Cette forme d'aveuglement sociojuridique confirme l'intérêt d'une analyse systématique de l'expertise culturelle aujourd'hui afin d'évaluer son rôle explicite, et parfois implicite, dans les procédures judiciaires et extrajudiciaires.

Les données d'EURO-EXPERT indiquent aussi un large éventail d'appréciation de l'utilité de l'expertise culturelle parmi les quinze pays de la recherche. Quatre macro-domaines allant de la perception la plus favorable de l'expertise culturelle en France à la perception la moins favorable en Suède et incluant des pays comme le Royaume-Uni où l'expertise culturelle est considérée comme utile, et l'Autriche où l'expertise culturelle est considérée comme utilité modérée ou faible. Les raisons d'une telle variété de perceptions doivent être lues en combinaison avec des données qualitatives qui fournissent

des connaissances plus approfondies sur des phénomènes qui peuvent relever du concept général d'expertise culturelle, mais qui ne sont pas nécessairement enregistrées comme telles par les répondants. Pourtant, comme cette variété fait partie de l'expérience quotidienne de certains répondants, elle pourrait néanmoins contribuer à l'appréciation globale de l'expertise culturelle comme utile. Cette lecture pourrait expliquer la contradiction apparente de l'étude de cas française, qui indique la plus haute appréciation de l'utilité de l'expertise culturelle contre une faible fréquence de son utilisation dans notre enquête quantitative. Ces données devraient cependant être complétées par trois instances qualitatives dans lesquelles l'expertise culturelle est utilisée en France : la Cour nationale des droits d'asile et les enquêtes pour terrorisme depuis 2010 et le recours à l'expertise ethnopsychiatrique en droit pénal et en droit de la famille depuis le Années 90.

Des recherches supplémentaires sont nécessaires mais sur la base des données collectées jusqu'à présent, il apparaît également que la particularité de l'étude de cas française est que l'utilisation prépondérante de l'expertise culturelle est gérée par l'État avec la cooptation potentielle d'experts culturels par le pouvoir judiciaire. L'étude de cas française montre également que la collaboration interdisciplinaire et intersectorielle tant attendue entre juristes et spécialistes des sciences sociales a déjà été expérimentée et continue d'évoluer en France, mais à moins d'avoir une référence conceptuelle

pour rendre compte de la variété des formes que prends l'usage des sciences sociales dans les tribunaux, il sera presque impossible de les examiner systématiquement.

Les perceptions des répondants à l'enquête sur l'utilité de l'expertise culturelle en Europe allaient de très utile à peu utile, mais la grande majorité a indiqué que l'expertise culturelle est utile dans une certaine mesure et cela pourrait être un point de départ permettant de reconnaître des nombreuses initiatives parmi les professions juridiques et les spécialistes des sciences sociales qui s'engagent dans la résolution de problèmes sociaux. L'expertise culturelle, je le répète, doit être lue à la fois de manière pragmatique

et critique. Le concept d'expertise culturelle permet de rendre compte de la diversité des instruments qui relèvent de son concept général, mais aussi de scruter les conditions qui assurent ou, au contraire, empêchent, l'inclusion sociale et une justice substantielle. Le concept d'expertise culturelle est finalement également proposé comme tremplin pour renforcer l'analyse critique du déséquilibre de pouvoir entre les différents acteurs sociaux dans le procès, les modes, potentiellement élitiste d'identification des experts, l'attente de neutralité de l'expert devant les juges, et l'impact sur le processus décisionnel lorsque des experts sont mandatés dans les tribunaux.

Cultural Expertise¹

par Livia Holden

Livia Holden, University of Paris 10 Nanterre and University of Padua.

Expert cross-cultural knowledge is proving crucial to dispute resolution in increasingly diverse societies for protecting disadvantaged social groups and ensuring substantial access to justice. In this paper I survey the conceptualisation of cultural expertise in the socio-legal sciences, review the use of cultural expertise in a selected number of European countries where we have conducted our research and offer a preliminary overview of findings on cultural expertise in Europe with a specific section focusing on France.

Introduction

Multicultural communities need cultural expertise to solve conflicts in a variety of fields and matters going from the validity of customary marriages and adoption, to banking, and including insurance and criminal law as well as the rights of autochthonous minorities, citizenship, asylum and international protection. The fields of law in which cultural expertise is sought are increasing in connection with the increased efforts for inclusion in Europe. Law courts seek recent and updated first-hand information on the law and practices of law and their implementation; historical perspectives, use of media, language and meaning for the assessment of evidence; information on the relationship between social groups and land, ethnic, religious and sectarian affiliations and belonging, perceptions of fear and persecution, for the ascertainment of rights and the assessment of risk and dynamics of discrimination for individuals that may be returned to their countries of origins.

Recurrent questions to experts are as follows: is a certain customary practice deemed as valid under the law of a certain country? Are the accounts of the litigants consistent with updated and first-hand information on a certain country? Does external evidence (updated published information and first-hand expert information) support the applicant's belonging to a persecuted social group? Is the possession of certain goods consistent with external information and expert opinion about a certain neighbourhood? Does the adoption of legislation in protection of certain social groups in a certain geographic area mean that certain vulnerable social groups are effectively protected or can effectively seek protection from the state? How to assess ethnicity and tribal ancestry for individuals and social groups that do not speak minority languages and do not reside in certain areas, that are traditionally inhabited by ethnic and linguistic minorities? How to assess if a certain language or a certain behaviour is offensive and for whom? How to distinguish between the provocation of arts and the offence to a certain social group?

1. This paper is a primary output of Cultural Expertise in Europe: What is it useful for?, project led by Livia Holden

and funded by the European Research Council.

Currently, the knowledge that can be of support to decision-making in matters for which cultural expertise is needed, is not available outside specialised circles of socio-legal professionals who, either offer niche and sometimes expensive services or, refrain tout court from any involvement outside academia. Yet, expert cross-cultural knowledge is proving as crucial to dispute resolution in increasingly diverse European societies for protecting disadvantaged social groups and ensuring substantial access to justice. In this paper I will survey the conceptualisation of cultural expertise in the socio-legal sciences, review the use of cultural expertise in a selected number of European countries, where we have conducted our research and offer a preliminary overview of findings on cultural expertise in Europe with a specific section focusing on France.

What is cultural expertise

Cultural expertise in the form of expert opinions formulated by social scientists appointed as experts in legal proceedings is not different from any other kind of expertise in court. In specialised fields of law, such as native land titles in North America and in Australia the appointment of social scientists as experts, especially anthropologists, dates back to the 19th century. In the contemporary management of migration fluxes the appointment of anthropologists as country experts has become increasingly frequent, especially in common law countries.

An early definition of cultural expertise was formulated in 2009 and underlines “the special knowledge that enables socio-legal scholars, or, more generally speaking, cultural mediators – the so-called cultural brokers –, to locate and describe relevant facts in light of the particular background of the claimants and litigants and for the use of the court”².

« Yet, expert cross-cultural knowledge is proving as crucial to dispute resolution in increasingly diverse European societies for protecting disadvantaged social groups and ensuring substantial access to justice. »

At the same time, the concept of cultural expertise was also theoretically positioned with regard to the well-known concept of cultural defence³. Even though linked among them, the concepts of cultural expertise and cultural defence are different epistemologically and procedurally. Cultural expertise as expert knowledge that can be used in a variety of fields for dispute resolution, offers a theoretical umbrella to cultural defence, which I propose to reformulate as the use of cultural expertise for the purpose of the defence, most often for pursuing mitigating circumstances in criminal cases. Cultural expertise instead, as deployed by social scientists appointed as experts in court, owes to be procedurally neutral, meaning that the expert should not advocate explicitly or implicitly for a specific legal outcome. The duty of the cultural expert is to the court in explaining facts and circumstances and their socio-legal background within the scope of

2. L. Holden (ed.), *Cultural Expertise and Litigation: Patterns, Conflicts, Narratives*, London: Routledge, 2011, 2.

3. A. D. Renteln, *The Cultural Defence*, New York: Oxford University Press, 2004.

specific instructions or questions, often done in the form of a written report or during cross-examination. The procedural neutrality of the expert, which should not be confused with an absolute objectivity and impartiality from a socio-anthropological perspective, is the component that better highlights the epistemological difference between cultural expertise and cultural defence.

From a theoretical point of view cultural defence, much more consolidated in the United States than in Europe, could be seen a specific form of cultural expertise. In fact, cultural defence, a better-known concept than cultural expertise, has developed in a very specific area of penal law and in connection

“

« Cultural defence, much more consolidated in the United States than in Europe, could be seen a specific form of cultural expertise.»

with the concept of culturally motivated crimes by the legal anthropologist Strijbosch⁴. Strijbosch pointed at the potential conflict between principles of majority and minority groups but after him various definitions of cultural motivated crimes have been proposed by the socio-legal literature. Hence for Van Broek culturally motivated crime is “an act by a member of a minority group or

culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behaviour and approved or even endorsed and promoted in the given situation”⁵. Not always in connection with the notion of culturally motivated crimes, the socio-legal scholarship has generated articulated classifications on cultural defence which has widely ranged from a being a defence strategy to a broader contribution to the settlement of justice. However, the conceptualisation of culturally motivated crimes and cultural defence have failed to completely convince continental courts which have expressed reservations⁶, the most important being perhaps the extreme uncertainty of the concepts in courts and their very limited application to a very specific set of crimes.⁷ In 1996, the Canadian Supreme Court judgement *R. v. Van der Peet* the introduced the cultural test for the judiciary: a self-administered set of questions that would guide the judges for the appreciation of the cultural background of facts⁸. The cultural test has been taken into consideration by European jurists as an instrument that may help the judges to assess the potential cultural features of particular matters⁹. Thus,

4. F. Strijbosch, «Culturele delicten in de Molukse gemeenschap», *Nederlands Juristenblad* (1991) p. 670.

5. J. van, Broeck. 2001. «Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences).» *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 9 (1):1-32.

6. See Fabio, Basile. 2018. «Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati.» *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*.

7. Basile, Fabio. 2011. «Il diritto penale nelle società multiculturali : i reati culturalmente motivati.» *Politica Criminal : Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* (12).

8. *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

9. See for ex. the cultural test in Ruggiu, Ilenia. 2018. *Culture and the judiciary: the anthropologist judge*. London: Routledge.

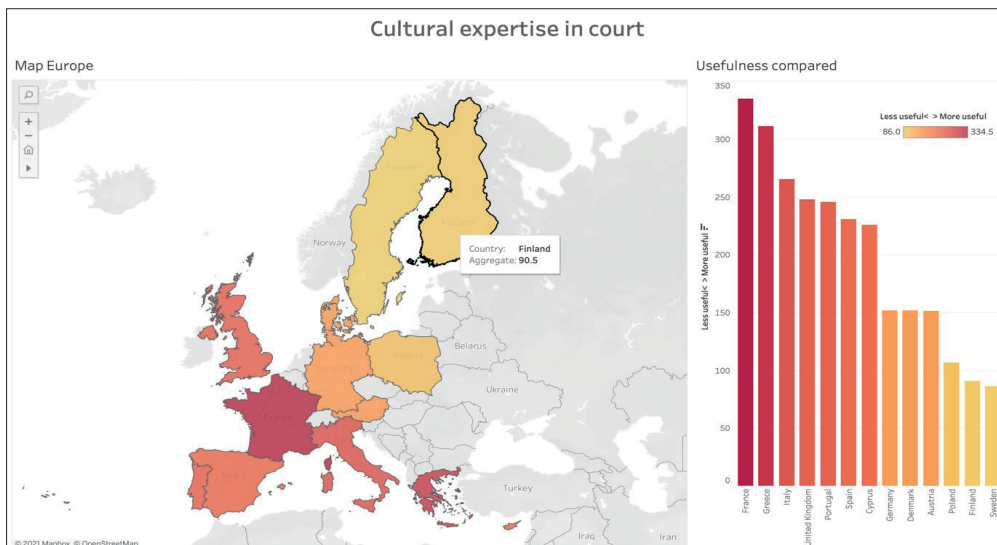
cultural expertise is proposed as a broader and encompassing instrument that accounts on one side for the many variations of the use of cultural arguments in dispute resolution, conflict settlement and the ascertainment of rights in court and out of court, and on the other side opens up a critical perspective that scrutinizes the system of the appointment of experts and its knowledge production.

Cultural Expertise in Europe

EURO-EXPERT, the project that I lead currently at Paris Nanterre and financed by the European Research Council, scrutinized the concept of cultural expertise mapping the frequency, modalities and impact of its use in 15 European countries : Austria, Belgium,

Cyprus, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom. The sample of respondents included judges, lawyers, experts and beneficiaries of cultural expertise.

Whilst the peculiarities of the socio-legal set ups of each country and the qualitative led system of our data collection do not allow for a systematic comparison among the datasets of each country, we have developed an integrated map for the perception of usefulness of cultural expertise in court. This map is not an objective measurement of the usefulness of cultural expertise. Rather it proposes an indication of the appreciation of cultural expertise among country datasets that are considered as reasonably comparable ¹⁰.



10. Austria, with the smallest number of respondents represents the 3.08% of the total population of respondents, while Portugal, with has the largest number of respondents,

represents the 13% of the total population of respondents. For details about the sample see <https://www.culturalexpertise.net>

This map includes the countries that participated to our survey with a minimum of 200 respondents. It shows four macro-areas spanning from the most favourable perception of cultural expertise in France and Greece to the least favourable perception in Poland, Finland and Sweden and including countries such as Italy, the United Kingdom, Portugal, Spain and Cyprus where cultural expertise is considered to be very useful, and Germany, Denmark and Austria where cultural expertise is considered as being of moderate or little usefulness.

The quantitative data of this survey should be read in combination with the qualitative data which will be published in the near future. However, our country based quantitative findings bring three key-findings:

1) Cultural expertise is a niche phenomenon which features various kinds of local experimentation and extended ramification.

“

« Cultural expertise is mostly known in the fields of asylum and migration, citizenship, criminal and family laws. »

Our survey shows that legal professionals are not familiar with the concept of cultural expertise because it is an academic concept, however, in all countries of our research we have found instances of appointments of socio-legal experts in various fields of law. The mixed approach of data-collection

combining both qualitative and quantitative methods has disclosed a significant variety of phenomena which fall within the umbrella concept of cultural expertise in Europe: the appointment of cultural experts broadly intended as including country experts and specialists in various disciplines and sub-fields of the social sciences (from anthropologists and sociologists to theology and religion experts including also historians, linguists, pedagogists and arts specialists); the use of the cultural test for the judiciary (a self-administered questionnaire for judges); various kinds of ethnopsychiatric and ethnopsychological expertise which also include some level of healing and mediation; the appointment of social scientists (especially anthropologists and scholars of religion) for assisting the investigation, especially in matters of terrorism; and some cases in which cultural mediators and translators play a *de facto* role of cultural experts before the courts.

2) Cultural expertise is mostly known in the fields of asylum and migration, citizenship, criminal and family laws, but occurs also in areas that are infrequently connected with culture, such as international commercial arbitration, banking and insurance.

We have observed the following typology of experts and areas of law: the appointment of country experts and the use of general reports containing cultural expertise in matters of asylum and migration, the

appointment of ad hoc experts in matters of criminal law, family law, and labour law and the use of general reports and sources on foreign laws and customs for private international law. However, our data-collection shows that specialised knowledge which can broadly be defined as cultural expertise is relevant across many more fields and sub-fields of law. The following selected sample of matters in which cultural expertise was observed attests to the extent and variety of its application: the assessment of the validity of marriages and divorces celebrated abroad, the ascertainment of the level of threat for members of certain social groups in their countries of origin, the assessment of internal and external credibility of personal accounts on facts that do not belong to the everyday experience of judges, customs and usage in transnational entrepreneurship, assessment of belonging to certain social, ethnic, religious and linguistic groups, description of customary practices, assessment of consistency or divergence with prevalent customary practices in a certain area or social group, assessment of so-called hate speech and offensive language, perceptions of trauma and expressions of sexuality.

3) Socio-legal awareness on the extent and function of the legal instrument of expert witnessing among both the legal professions and the social scientists affects the perception of the usefulness of cultural expertise.

Cultural expertise has been registered in most countries, but to a significant less extent in the United Kingdom, as a varied but nevertheless elitists process, which is used only by a small portion of the legal professions who rely on a close-knit network of experts that do not disclose and exchange information outside their circles. Additionally, the members of the legal professions as well as the beneficiaries who use the socio-legal instruments falling under the umbrella concept of cultural expertise have limited awareness of its conceptualisation. As a result, the perception of usefulness needs to be read in combination with the other data on the extent and the modalities of cultural expertise. Perceptions of usefulness rely everywhere on the respondents' personal expectations of what cultural expertise is and should provide but, in the countries where cultural expertise is more informal or scattered is more directly connected with the specificity of the respondents' sample and the modalities of cultural expertise. Results show greater appreciation of the usefulness in Southern Europe than in Northern Europe, without much connection with a greater or lesser frequency of the use of cultural expertise. Significantly, France shows the greatest appreciation for the usefulness of cultural expertise but is among the countries that has registered the least number of appointments of individual experts.

Cultural expertise in France

Data was collected in France by Christiane Besnier, anthropologist with long term research experience with the French judiciary. Thanks to her in depth knowledge of the context Christiane Besnier was able to reach out to one of the most significant sample of respondents among the four categories that were chosen for the quantitative survey: judges, lawyers, experts, and beneficiaries of cultural expertise ¹¹. France's findings show an apparent contradiction between the highest appreciation of the usefulness of cultural expertise and the registration of a small frequency of appointments of

law, criminal law, inheritance law, and asylum and immigration as the most common fields in which experts are appointed in France. The typology of experts indicates a great variety of types: 34 % native language speakers, 14 % of country experts, 12 % university professors, 9 % religious leaders, 4 % community leaders and a great variety of 'other types of experts' among which the indicated ethnopsychologists and the special jurists were indicated. Among the university professors the most common disciplines were sociology and history followed by anthropology, linguists and political sciences. Those who selected 'other' indicated experts on religion on various types.

The above data must be read in combination with qualitative data and case law collection collected by Christiane Besnier in France. Case law indicate that although the formal appointment of cultural experts is rare in France, courts do take into consideration cultural arguments either on the basis of the information that they directly identify in the matter or through information provided by the parties through their legal representatives. Since however, cultural experts are seldom appointed and, when they are appointed, they tend to be chosen from a very restricted circle of experts, the awareness of the instances in which cultural expertise is used, remains very low among the legal professions.

« France's findings show an apparent contradiction between the highest appreciation of the usefulness of cultural expertise and the registration of a small frequency of appointments of experts before the courts. »

experts before the courts. 79 % of judges and the 85 % of lawyers who participated in the survey said that they had never instructed a cultural expert. The next most common response was that they instructed less than 10 experts. More than half of the beneficiaries of cultural expertise indicated that they had never used the services of a cultural expert. The cross-reading of survey data among the various kinds of respondents indicate family

11. See France data-summary available at <https://culturalex-pertise.net/wp-content/uploads/2020/04/France.pdf>

There are at least three significant sites of cultural expertise in France: 1) The Cour Nationale du Droit d'Asile, the French administrative court with jurisdiction to review appeals from the decisions of the Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides in matter of refugee status and subsidiary protection, has a specific procedure for the evaluation of the socio-legal and cultural background of the facts in the matters under its jurisdiction ; 2) the appointment of ethnopsychologists, ethnopsychiatrists and cultural mediators in criminal law and family, and 3) the inclusion of anthropologists in the investigation for matters pertaining to terrorisms. This is not the place for an in-depth review of these three types of appointment of cultural experts which are peculiar to the French case-study by it is important to note that whilst the third type of cultural expertise is relatively recent as it dates back to the last ten years¹², the use of various kinds of cultural expertise before the Cour Nationale du Droit d'Asile and the development of ethnopsychiatry as expertise in courts date back to at least the 1990s. The appointment of experts at the Cour Nationale du Droit d'Asile was the result of a process that started with the protection of the refugees after world war II and then streamlined progressively within the court itself during several revisions of

its procedure. The appointment of ethnopsychiatrists was the result of the initiative of judges and social scientists who felt the acute need to overcome the rigid framework of the law with a deeper knowledge of the context of the facts as well as the litigants or defendants¹³. Hence, the French case study confirms that the formulation of the concept of cultural expertise provides a conceptual framework for the socio-legal instruments that include the use of culture in court. It also provides significant information on the specific instruments that have been developed in France for the use of socio-cultural knowledge in court well before the conceptualisation of cultural expertise.

Conclusions

At about two years from the end of this project we propose three main threads of preliminary conclusions: definition of cultural expertise as umbrella concept, the perception of usefulness of cultural expertise, and the need for a critical scrutiny of the instruments that fall into the umbrella concept of cultural expertise. EURO-EXPERT's findings indicate that with or without the appointment of experts, cultural expertise is a broad concept that has the potential for accounting for a variety of uses of socio-legal knowledge in

12. For the use of cultural expertise in terrorism investigation see Planeix, Ariel. "La radicalisation en tant que phénomène complexe." En attendant Nadeau, 2019 <https://www.en-attendant-nadeau.fr/2019/02/26/radicalisation-phenomene-complexe/>

13. See de Maximy, Martine, Thierry Baranger, and Hubert de Maximy. «L'enfant sorcier africain entre ses deux juges.» In *Approche ethnopsychologique de la justice*. Odin Éditions Saint-Germain-en-Laye, 2000.

European courts for an increasing range of cases from criminal to civil law, including also labour law, banking law, immigration laws : asylum, entry permits, family reunions, adoptions, transnational business disputes, citizenship, child custody, extradition, deportation, validity of marriage and divorce, customary financial transaction, insurance, employers-employee relationships, and many others. Cultural expertise plays a role not only in new forms of cultural diversity but also in what could be termed as autochthone diversity including First Nations and linguistic minorities that enjoy semi-autonomous rights sanctioned by treaties and constitutions. In spite of the fact that cultural expertise belongs to the everyday management of diversity, it started to be acknowledged only recently by academia. The reality on the ground suggests a great variety of phenomena that can fall under the umbrella concept of cultural expertise, but the widespread lack of awareness leave them undetected. This socio-legal blindness confirms the interest of a systematic analysis on cultural expertise today in order to assess its explicit and sometimes implicit role in legal proceedings and out-of-court as well.

EURO-EXPERT's findings also indicate a wide range of appreciation of the usefulness of cultural expertise among the fifteen countries of the research. Four macro-areas spanning from the most favourable perception of cultural expertise in France to the least favourable perception in Sweden and including countries such as the United Kingdom where cultural expertise is considered to be

useful, and Austria where cultural expertise is considered as being of moderate or little usefulness. The reasons of such variety of perceptions must be read in combination with qualitative data that provide more in-depth knowledge about phenomena that can fall under the umbrella concept of cultural expertise, but are not necessarily registered as such by respondents. Yet, because this variety is part of the daily experience of some respondents, it might nevertheless contribute to the overall appreciation of cultural expertise as useful. This reading could explain the apparent contradiction of the French case-study, which indicates the highest appreciation of the usefulness of cultural expertise against a little frequency of its use in our quantitative inquiry. These data, however, should be complemented by three qualitative instances in which cultural expertise is used in France: the Court National des Droits d'Asile et les investigations pour terrorisme since 2010 and the use of ethnopsychiatric expertise in criminal law and family law since the 1990s.

More research is needed but on the basis of the data collected so far, it appears also that the particularity of the French case-study is that the prominent use of cultural expertise is managed by the state with the potential co-optation of cultural experts by the judiciary. The French case-study shows also that the much awaited interdisciplinary and intersectoral collaboration between lawyers and social scientists has been experimented already and continues to evolve, but unless we have a conceptual reference for accounting the variety of the forms that

takes the use of social sciences knowledge in courts, it will be almost impossible to scrutinize it. The perceptions of the respondents to the survey on the usefulness of cultural expertise in Europe ranged from very useful to little useful but the great majority have indicated that cultural expertise is useful to a certain degree and this might be a starting point that allows for the acknowledgement of the many initiatives among the legal professions and the social scientists who engage with social problem solving. Cultural expertise, I reiterate, needs to be read both pragmatically and critically.

The concept of cultural expertise allows to account for the diversity of instruments that fall under its umbrella concept, but also to scrutinize the conditions that ensure or, on the contrary prevent, social inclusion and substantial justice. The concept of cultural expertise is eventually also proposed as a springboard for strengthening the critical analysis of the imbalance of power among the social actors of the legal process, the ways experts are identified, the expectation of neutrality in court, and the impact on the decision-making process when experts are appointed.