

EXISTE-T-IL UN DROIT PENAL INTERCULTUREL?

ESSAI PHILOSOPHIQUE

di

Otfried Höffe

Université de Tubingue

Abstract (Italian)

I testi che vengono qui presentati raccolgono gli atti di un seminario che ha avuto luogo all'Università di Ginevra il 26 febbraio 2010. La giornata è stata organizzata dall' Institut Romand de Systématique et d'Ethique dell'Univeristà di Ginevra, all'interno di un progetto di ricerca finanziato dalla Swiss National Science Foundation e diretto dal prof. Alberto Bondolfi. Scopo della giornata era di favorire un dibattito intorno alle note tesi che Otfried Höffe ha esposto nel suo libro Gibt es ein interkulturelles Strafrecht ? (Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1999).

Secondo Höffe, non solo un diritto penale valido al di là delle differenze culturali è possibile, ma esso esiste già: è il diritto penale praticato nelle democrazie liberali occidentali.

Alle tesi di Höffe hanno reagito diversi studiosi provenienti dal diritto (Ursula Cassani, Kurt Seelmann) e dalla filosofia (Stefano Biancu, Antonio Delogu) (cfr. Pro et contra).

Cassani contesta la possibilità di un diritto penale interculturale – di un diritto universale – e ritiene piuttosto indispensabile l'internazionalizzazione del diritto penale. Ma ritiene anche che sia necessario vigilare contro il rischio che questa internazionalizzazione coincida con una semplice estensione dei modelli oggi dominanti.

Seelmann contesta il presupposto di Höffe secondo il quale un gran numero di reati sarebbero riconosciuti in modo identico in tutte le culture: non solo infatti, a seconda delle culture, differiscono i delitti ma pure le basi generali della responsabilità (che in Occidente si basano su una definizione di « persona » che non è interculturalmente evidente). Secondo Seelmann occorre essere ben consapevoli delle differenze culturali se si vuole che il diritto penale sia realmente efficace come mezzo per la regolazione dei conflitti.

Biancu ritiene che la tesi di Höffe secondo la quale un diritto penale retributivo ha valore interculturale e permette dunque di superare le difficoltà legate al relativismo culturale, conduca in realtà ai medesimi risultati pratici di quel relativismo che intende combattere, non permettendo di individuare sanzioni che abbiano realmente una validità interculturale.

Delogu concorda in pieno con le tesi fondamentali di Höffe e ritiene che la possibilità di un diritto penale valido interculturalmente si fondi sulla ragione umana universale. Delogu ritiene che sia giunto il momento di redigere un codice di diritto penale transnazionale.

Chiude il dossier una risposta di Höffe.

Abstract (English)

*The texts presented here collect the proceedings of a seminar which took place 26 February 2010 at the University of Geneva. The event was organized by the « Institut Romand de Systématique et d'Ethique » of the University of Geneva, as part of a research project funded by the « Swiss National Science Foundation » (SNF) and directed by prof. Alberto Bondolfi. The aim of the seminar was to encourage a debate around the thesis that Otfried Hoff exposed in his book *Gibt es ein Interkulturelles Strafrecht?* (Suhrkamp, Frankfurt a.m. 1999).*

According to Höffe, not only a criminal law beyond cultural differences is possible, but it already exists: it is the criminal law as practiced in Western liberal democracies. (cfr. Pro et contra).

Several scholars reacted to the thesis of Höffe, from the point of view of Law (Ursula Cassani, Kurt Seelmann) and Philosophy (Stefano Biancu and Antonio Delogu).

Cassani denies the possibility of a cross-cultural criminal law – a universal law – and considers it essential the internationalization of criminal law. But she also believes that it is necessary to guard against the risk that this internationalization coincides with a simple extension of the current dominant models of criminal law.

Seelmann contests the assumption of Höffe according to which a large number of crimes would be recognized to be identical in all cultures: not only, in fact, crimes differ according to culture, but also the general basis of liability (which in the West are based on a definition of "person" that is not evident cross-culturally). According to Seelmann, we must take into account the cultural differences if we want that the criminal law is an effective way for the regulation of conflicts.

Biancu believes that the thesis of Höffe, according to which a retributive criminal law has an intercultural value and allows to overcome the difficulties related to cultural relativism, lead to the same practical results of that relativism which intend to fight, not allowing to identify sanctions that have a cross-cultural validity.

Delogu agrees completely with the basic tenets of Höffe and believes that the possibility of a valid cross-culturally criminal law is based on the universal human reason. Delogu believes it is time to draft a code of transnational criminal law.

The dossier is closed by a response of Höffe.

1. La question

La globalisation croissante dépasse très largement l'espace économique et financier. Puisque ce ne sont pas seulement les frontières étatiques, mais encore sociales et culturelles qui sont franchies, il devient urgent de savoir comment les systèmes juridiques doivent se comporter vis-à-vis des personnes qui franchissent ces frontières, les étrangers, et notamment du « grand étranger » qui n'est pas ressortissant d'un État voisin, mais d'une tout autre culture juridique. Les systèmes juridiques doivent-ils, malgré tout, déployer leur instrument le plus contraignant, le droit pénal ? Ont-ils un droit (subjectif) d'appliquer leur droit pénal (objectif) au-delà des frontières culturelles ? Existe-t-il une autorisation interculturelle de punir ?

Ces questions sont d'autant plus urgentes que la globalisation fait face à un élément qui la menace et qui est indispensable à l'être humain [Menschsein] : l'appartenance à des groupes déterminés. Il ne s'agit pas simplement du bien être, mais de cette identité personnelle dont la mise en danger menace les biens juridiques tels que le droit à sa croyance religieuse, à sa propre langue, à sa culture. Même là où les biens ne sont pas directement menacés, il existe une menace indirecte : « domicilié » entre la vieille et la nouvelle culture juridique, l'étranger se sent longtemps culturellement « déchiré ». Et cette situation est, sur le plan du droit pénal très grave. Des personnes dont l'identité est endommagée ont plus tendance à devenir criminelles que celles dont l'identité est intacte. Les problèmes d'identité sont criminogènes.

D'un autre côté, il ne faut pas ignorer le fait que, dans le monde réel [lebensweltlich gesehen], ces questions se posent souvent de façon moins dramatique. Dans presque toutes les cultures, non seulement la prétention de punir de l'État, mais aussi la majeure partie des types de délits sont reconnus de la même manière. Néanmoins, si nous remontons à la forme écrite du code Hammurabi, nous savons que les biens juridiques comme le corps et la vie, la propriété et la bonne renommée (l'honneur) ont, depuis toujours, été protégés par le droit pénal. Lorsque, premièrement, le type de délit est généralement reconnu et que, deuxièmement, on peut s'attendre à ce que l'étranger s'informe au moins sur les spécificités en matière de droit pénal du pays d'accueil – ne serait-ce que dans les domaines où il existe des particularités – celui-ci ne peut tout simplement pas faire valoir des exceptions aux règles en vigueur.

2. Cinq modèles de réponse

Celui qui dispose d'une conscience historique sait que la question n'est pas aussi nouvelle que le laisse entendre le pathétique avec lequel beaucoup des contemporains prennent le rapport de la globalisation avec la multiculturalité pour la conquête la plus récente de l'histoire humaine. D'une part, on ne doit pas oublier que, dans les sociétés pluralistes, de tels problèmes se posent déjà de façon interne.

Expressément provoqué par la division confessionnelle, confirmée à l'époque de l'Aufklärung et renforcée par la Révolution bourgeoise et industrielle, il s'est produit un processus de différenciation dans les sociétés de la vieille Europe, différenciation qui a dissout les rapports jadis relativement homogènes et qui a produit des sociétés ouvertes et pluridimensionnelles. Des groupes toujours plus nombreux y vivent avec leurs propres intérêts et convictions et affichent davantage leurs moeurs et valeurs. Tant que cela s'avérait nécessaire, le droit pénal a vite appris la « leçon » et, à travers la libéralisation correspondante, il a accordé un droit de cité sur le plan pénal à celui qui est culturellement étranger : que l'on pense à la personne d'une autre confession ou même à l'athée (militant), au critique de la société et de l'État, au divorce, à l'homosexualité et à la liberté sexuelle, « le comportement déviant » n'est plus un délit ; d'un point de vue pénal, il apparaît plutôt comme dénué de gravité.

D'un autre côté, il ne faut pas ignorer qu'il y a eu depuis toujours des éléments de multiculturalité et même de globalisation : dans l'Antiquité, par exemple durant les campagnes d'Alexandre, ou plus tard au cours de l'extension de l'Empire romain, ou encore plus tard lors de l'expansion du christianisme et de celle de l'Islam. Enfin, nous connaissons de tels développements depuis le temps des grandes découvertes, ensuite, de la colonisation, de l'industrialisation et du commerce mondial. Face à tous ces développements, la question qui se pose est de savoir comment traiter pénalement l'étranger, surtout du « grand étranger » [den großen Fremden]. Des modèles de réponse se sont déjà formulés depuis l'Antiquité et ils sont dignes d'être discutés aujourd'hui. Deux de ces modèles de réponses nous sont encore présents à l'esprit.

Le premier provient de l'Ancien Testament. D'après sa règle édictant que « l'étranger qui réside avec vous sera pour vous comme un compatriote » (Lévitique, 19, 34), il ne doit être traité ni mieux ni pire. Il n'est pas soumis à une loi spéciale, mais bien aux mêmes lois. La suite de ce verset énonce l'intention humanitaire sous-jacente : « tu l'aimeras comme toi-même ». L'idée d'hospitalité se représente comme le fondement de l'égalité du traitement et sa justification est l'expérience propre : « car vous avez été étrangers au pays d'Égypte ». Certes, à elle seule, l'expérience n'est pas suffisante. Afin d'éviter l'erreur qui menace la légitimation – à savoir le paralogisme de l'être et du devoir être – il faut un élément supplémentaire, authentiquement moral. Mais celui-ci est peut-être si évident qu'il n'est pas nécessaire de l'exprimer.

Quant au verset indiqué, ce pourrait être la règle d'or dans sa formulation négative : « ne fais pas à autrui ce que tu n'aimerais pas qu'on te fasse » (pour l'Ancien Testament, voir Tobias 4,15). Et cette règle, un principe fondamental de la réciprocité, est valide interculturellement, aussi bien empiriquement que du point de vue de la légitimation. Empiriquement, la règle s'applique à toutes les cultures dans la mesure où nous la rencontrons dans toutes celles qui nous sont connues, par exemple chez Confucius et Thalès, un des sept sages grecs, ensuite dans l'Épopée nationale indienne Mahabharata (XIII, V, 5571 sq.), dans l'Ancien et le Nouveau Testament (Matthieu 7,12 ; Luc 6,31). Vue sous l'angle de la légitimation, cette règle d'or s'applique à l'ensemble des cultures car elle n'implique pas de présuppositions spécifiques à certaines d'entre elles. Dans les deux perspectives, elle constitue, pour toute l'humanité, une partie de l'héritage moral, plus précisément l'héritage de la justice.

Toutefois, le traitement égalitaire humanitaire peut s'avérer inhumain. Soumis aux lois des indigènes, l'étranger perd le droit de vivre d'après les mœurs de son pays. Puisqu'elles imprègnent tout son être, il court même le risque d'être pénalisé.

Un exemple anodin: des personnes rapatriées vont pêcher des truites et, parce dans leur pays, au Kazakhstan, le droit coutumier le permettait, elles n'ont pas conscience d'avoir commis un interdit. Moins anodins sont les rapports sexuels avec des mineurs soit parce qu'« on commence ainsi », soit parce que dans certains pays les filles qu'on n'a pas sévèrement protégées font figure de « proie ».

Celui qui veut éviter la criminalité doit culturellement s'aliéner et se soumettre aux mœurs étrangères. Il apparaît un dilemme, le dilemme juridique de la rencontre interculturelle : appliqué aux étrangers, un principe élémentaire de la justice de tout système juridique, le traitement égal, menace de se transformer en traitement inégal, donc en injustice. Alors que les indigènes suivent leurs propres coutumes, les étrangers doivent se soumettre à des mœurs qui jusqu'alors leur étaient inconnues et assez souvent contraires à leurs mœurs d'origine. Le dilemme juridique interculturel consiste en un conflit entre le traitement égal et la soumission ; assurément, de simples coutumes sont en règle générale sans importance du point de vue du droit pénal. Je laisse ouverte la question historique de savoir si l'on a réellement puni des personnes pour des délits qu'ils ignoraient. On doit s'attendre à des exemples ; quelle en a été la fréquence, demeure une autre question.

L'Empire romain connaît le dilemme juridique, du moins en principe. En tant qu'union de cités, à laquelle appartenait des cités plus ou moins autonomes et liées à Rome uniquement par contrat, il s'agissait d'un Etat formé de plusieurs peuples dans lequel était présente, d'après les concepts d'aujourd'hui, une société multiculturelle. En lui, se trouvent d'autres modèles de réponse, par exemple, le droit des gens particuliers. Le jus gentium ne signifie pas le droit (public) qui règne entre les peuples, un jus inter gentes, mais plutôt un droit international privé, principalement un droit commercial. À la différence du droit privé romain autochtone (le jus civilis quirinien), le jus gentium est un droit interculturel, connu de tous les peuples et que la doctrine classique [Schuldoktrin], influencée philosophiquement, fonde sur la raison naturelle commune à tous les hommes (naturalis ratio). Rome ne traite les étrangers (hostes, plus tard peregrini) ni d'après le droit romain ni d'après leur propre droit d'origine. En revanche, il se réfère à un droit qui est connu de tous les peuples de telle façon que disparaissent les dangers qui menaçaient, par exemple, l'Ancien Israel, telles que l'aliénation ou la soumission.

Le droit romain ne tombe pas sous le coup du jus gentium. D'après la monographie classique de Theodor Mommsen, *Römisches Recht* (1899), notre « tradition... le jus gentium ne se réfère pas aux codes des délits parce que les règlements restreints du droit civil formel ne peuvent pas s'appliquer à ce domaine » (119). Nous trouvons un troisième modèle de réponse dans lequel disparaît la distinction entre le citoyen et l'étranger puisque « le concept de crime, du crime au sens public ou au sens privé, ne se rattache pas à la citoyenneté, mais à la personne ». Apparaît ainsi déjà un droit de la personne, certes dans le sens objectif et non pas subjectif du droit, un droit pénal universel de l'humanité. Que ce soit « le meurtre, l'incendie, le vol et le dommage à la propriété », dans tous ces cas, on recherche « seulement la dette morale et non l'état personnel du coupable » (118). Pour compléter Mommsen, il faut souligner que les délits en question valent comme des infractions universelles à la loi de l'humanité dans la mesure où l'on recourt implicitement à un jus gentium pénal. Même lors du « divorce, tant que le traitement en était pénal, ce n'était pas le mariage du code civil romain qui était appliqué, mais un autre concept incluant tous les mariages étrangers » (119). Dans la dernière remarque, il apparaît une condition du droit objectif de la personne, du droit pénal universel. Cette condition correspond à l'idée du jus gentium. Pour écarter tout danger d'hégémonie, on se sert non pas de concepts locaux ou régionaux, mais de concepts juridiques supra-régionaux.

Et là où cette condition est violée – par exemple, les nouveaux crimes politiques d'hérésie introduits par les empereurs chrétiens – résident une injustice et, au-delà, un mal politique.

S'ajoute, à la juridiction du droit pénal, un quatrième modèle qui ne se présente pas nécessairement comme une alternative. Au droit pénal de la personne s'ajoute un phénomène qui se rapproche du fédéralisme pénal et dont « aucun juge étranger » ne remplit jusqu'aujourd'hui les exigences. Surtout consciente d'elle-même, de sa culture et de sa culture juridique, la partie Est, la partie grecque ou celle qui a été influencée par la Grèce, conserve le droit à sa propre juridiction pénale pour les cités soumises et les États.

Le droit privé, *jus gentium*, est devenu une exigence à cause d'un problème – inconnu à l'État moderne, aussi bien séculaire que territorial – qui pour la cité-république antique était en revanche inévitable. Puisqu'on ne devient citoyen ni par la soumission au pouvoir territorial d'un État ni par appartenance à une communauté ethnique, mais par la participation à une union juridique et politique, et puisque le droit qui y règne est étroitement lié à des normes sacrées et morales, au lieu du principe territorial, c'est le principe de la personnalité qui prévaut. Indépendamment du domicile, chacun vit – tel est le cinquième modèle – d'après le droit de ses origines (cf. Giaro, 1991). En ce sens, il s'appelle littéralement et originellement *jus civile*, chaque droit du citoyen valant exclusivement pour les cives, les citoyens en tant que membres de la *civitas*, d'une cité État ; *jus civile* ne signifie donc pas ici un droit civil au sens d'un droit privé par opposition au droit public.

Faisons un bilan provisoire : les trois premiers modèles ont en commun le fait que l'étranger ne peut se référer à sa condition d'étranger, donc à sa différence. D'après le modèle du peuple hébreu, il ne le peut pas parce qu'il est traité comme les indigènes ; d'après le modèle du droit privé de l'Antique Rome, parce qu'on le juge d'après un droit qui vaut interculturellement et d'après le modèle du droit pénal romain, parce qu'il s'applique a priori pour l'être humain en tant que tel. Alors que le quatrième modèle, « le modèle fédéraliste », permet des particularités régionales, le cinquième modèle, le jugement d'après le droit indigène, joue un rôle important jusqu'aujourd'hui.

3. Un cas

Dans le modèle du droit pénal romain, l'étranger ne peut pas se référer à sa différence. Qu'en est-il là où la situation est d'une importance existentielle telle qu'elle se présente de façon très différente, notamment dans le domaine du délit sexuel et dans celui du mariage ? Construisons un exemple qui ressemble à un cas réel : un Sénégalais prend un engagement avec les parents d'une mineure, ressortissante elle aussi du Sénégal, de prendre la fille en Allemagne ou en Suisse sous sa protection dans son foyer et de s'occuper d'elle. Après un certain temps, il a des rapports sexuels avec la jeune fille de seize ans. Suivant le droit allemand et le droit suisse, il a abusé sexuellement d'une pupille. D'après le § 174 du Code pénal allemand (et d'après l'article 192 du Code pénal suisse), se rend passible de peine quiconque a des rapports sexuels avec une personne de moins de 18 ans confiée à lui pour l'éducation, en vertu de la dépendance liée au rapport de tutelle ou de protection. Si le coupable et la victime étaient des indigènes, le jugement serait clairement : « coupable ». D'après l'information de la fille à laquelle les juges avaient accordé foi, il appartenait aux usages collectifs courants au Sénégal qu'une femme se « donne » sexuellement à celui qui l'accepte dans son foyer et lui assure sa subsistance. La fille insiste sur le fait qu'elle a agit volontairement et sans contrainte. Comment doit-on juger ce cas ?

Un autre cas serait celui d'un citoyen d'un pays arabe qui épouse une seconde femme en Allemagne, ce que son pays permet et que l'Allemagne ou la Suisse interdit comme bigamie (§ 5 du Droit conjugal, § 171 du Code pénal allemand, article 215 du Code pénal suisse). Le cas se complique : l'homme est marié en Allemagne, retourne dans son pays uniquement en vue d'épouser la seconde femme et rentre ensuite en Allemagne pour vivre avec les deux femmes.

4. Morale juridique européenne ou moderne : les droits de l'homme

Pour une discussion interculturellement convainquante de pareils cas, le concept de droits de l'homme s'impose – à condition qu'ils puissent se justifier sans prémisses spécifiquement culturelles. Par rapport aux droits de l'homme, les modèles de l'homme auxquels on se réfère très souvent, ceux des Grecs ou du Judaïsme, ceux des Chrétiens, de l'Islam et du Bouddhisme, etc., contiennent une part d'éléments culturellement spécifiques.

Une argumentation universellement humaine doit s'en départir pour accéder sans parti pris ethnocentrique aux dimensions les plus pertinentes ici, les dimensions descriptives et normatives. Ce n'est pas le lieu de développer de façon exhaustive ces deux dimensions. Quelques remarques exemplaires suffisent à cet effet.

D'abord une remarque qui relève de l'histoire du droit. Ce n'est pas sans raison que l'Occident est particulièrement fier de l'idée des droits de l'homme. Mais, malgré tout, il ne doit pas oublier qu'il les a appliqués très tard. Comme dit auparavant, aussi bien la Grèce Antique que le judaïsme et le christianisme, et même historiquement les USA, ont permis l'esclavage et le traitement inégal de la femme. Y compris dans d'autres contextes, l'Occident a d'abord créé les pathologies telles que l'intolérance religieuse, l'État absolutiste et le colonialisme contre lesquelles les droits de l'homme ont été nécessaires comme thérapie.

Lorsque, en vue d'une justification interculturelle, on fait fi de tous les éléments spécifiquement culturels au plan descriptif, seule demeure la *conditio humana* et son examen : une anthropologie. Avec elle, le danger se reproduit de déclarer, comme universellement humain, ce qui ne vaut réellement et spécifiquement que pour une culture.

À ce scepticisme s'oppose l'idée d'intérêts représentant la condition de possibilité des intérêts ordinaires : il s'agit d'intérêts supérieurs logiquement transcendants. Même si le modèle d'argumentation ainsi désigné est nouveau, la philosophie en connaît le résultat depuis ses débuts. Il en est de même des autres cultures ; elles reconnaissent de facto, la chose, à savoir les intérêts supérieurs.

Trois dimensions s'avèrent logiquement supérieures, donc culturellement valides indépendamment de la culture. Afin de les découvrir, une longue recherche ou une réflexion poussée ne sont pas nécessaires ; pour cela, notre expérience quotidienne suffit. En outre, celle-ci a depuis longtemps sédimenté les déterminations anthropologiques fondamentales : quels que soient les intérêts dominants d'une culture, comme conditions de possibilité pour former des intérêts et les poursuivre, comme conditions de la capacité d'action (*conditions of agency*), en ce sens indispensables à tout homme, il faut le corps et la vie, y compris les conditions (matérielles) pour assurer la vie.

C'est pourquoi l'anthropologie classe l'homme dans le cosmos de la nature, plus précisément des zoa (animaux) ou animalia, des êtres vivants ayant un corps. Langage et raison : l'homme se présente comme zôon logon echon et comme animal rationale. Ajoutons (3.1) une sociabilité générale – l'homme est un animal sociale – et (3.2) une capacité de s'organiser politiquement – l'homme est un zôon politikon, auquel s'ajoutent le droit (animal juridicum) et l'État (animal politicum).

Bien entendu, on peut récuser chaque dimension mais ces objections peuvent être infirmées. Contre la thèse de la signification logiquement supérieure du corps et de la vie par exemple, on peut attirer l'attention sur les martyrs qui, de diverses façons, ont relativisé la vie. Parce qu'eux aussi ont voulu décider pourquoi, quand et comment ils mourront – autrement, ils auraient tout simplement été tués –, le corps et la vie demeurent cependant les conditions de leur capacité d'action, même s'ils ne représentent pas « le plus grand » des biens. Dans chacune des trois perspectives descriptives, on exige le droit et, d'un point de vue moral, la morale du droit.

Lorsque, d'un autre côté, du côté normatif, l'on fait abstraction de tout ce qui est spécifiquement culturel, l'idée d'une régulation demeure : elle s'oppose à l'arbitraire et à la violence, concrétise universellement cette opposition et confère un avantage à toutes les personnes concernées. On peut appeler raison juridiquement pratique cette régulation. On la réalise à trois niveaux de reconnaissance croissante. Au premier niveau de la réalisation du droit, certaines règles sont introduites ; au second niveau de la légitimation du droit, on agit d'après ses critères et au troisième niveau de la « normalisation du droit » [Rechtsnormierung], les règles sont soumises, à leur tour, à des règles de la morale du droit (deuxième niveau).

Qu'en est-il de la légitimation ? En référence à la première des trois dimensions mentionnées – l'homme comme être vivant doté d'un corps – il est possible de faire valoir l'argumentation suivante (cf. Höffe 1996, chap. 2-3). D'après sa constitution biologique, parce qu'il peut lever la main contre son semblable et peut être blessé par la main de son semblable, l'homme est aussi bien une victime qu'il n'est potentiellement coupable de violence. La morale du droit donne à la situation fondamentale de l'homme, la *conditio humana socialis*, la réponse adéquate. D'après son idée des droits de l'homme, il existe une prétention subjective à ne pas être victime des actes de violences provenant des autres; formulé positivement, il existe un droit à l'intégrité corporelle et à la vie.

Afin de fonder ce droit, la présupposition d'un intérêt, même d'un intérêt transcendantal auquel on ne saurait renoncer, un intérêt à l'intégrité corporelle et à la vie ne suffit pas. Car, d'un intérêt, on ne peut déduire une prétention à la reconnaissance de cet intérêt par les autres. Il faut, pour cela, un autre argument. Ce dernier provient de cette situation : les droits subjectifs résident seulement là où d'autres assument les devoirs correspondants. Par exemple, mon droit à l'intégrité corporelle et à la vie consiste dans le devoir des autres de renoncer à leurs actes de violence.

Seulement, il n'y a généralement de prétention à faire quelque chose que là où, d'ores et déjà, il existe la réserve d'une certaine contre performance. Des prétentions se justifient par une réciprocité *pari pro toto*, par un échange. Afin de justifier le caractère de droits subjectifs des droits de l'homme, il faut, par conséquent, démontrer qu'il existe une réciprocité caractérisant l'homme, simplement parce qu'il est homme. Cette situation se présente là où l'on peut réaliser, dans et à travers la réciprocité, pour chaque personne, un intérêt dont on ne peut se passer. Puisque, ici, on ne peut renoncer aux intérêts et qu'on est lié à la réciprocité, le fait de ne pas renoncer se déplace vers la réciprocité et l'échange qui en résulte est tel qu'on ne peut y renoncer. Ce n'est pas parce que tout homme a un intérêt (supérieur) à l'intégrité corporelle et à la vie qu'il y a des droits de l'homme, mais parce que, premièrement, le renoncement à la violence des autres, qui ne se produit que par le renoncement à sa propre violence, peut uniquement se réaliser par la réciprocité et, deuxièmement, parce que dans le « système de la réciprocité » chacun élève une prétention à cette action.

5. Des principes sensibles à la culture

Notre résultat intermédiaire est le suivant : les droits de l'homme ne sont pas spécifiquement européens, ni même des phénomènes européens ; en eux apparaît quelque chose d'universellement humain, le terme « apparaît » évoquant un moment d'évolution. Dans la mesure où l'Occident réussit cette percée des droits de l'homme, alors qu'il n'en va pas ainsi d'autres cultures, ces dernières semblent moins développées. Resurgit ici la tendance à l'arrogance, ce contre quoi les autres « naturellement » se défendent. Un discours juridique interculturel demande ici de l'attention.

Lors de la rencontre de l'Occident avec d'autres cultures à l'époque moderne, par exemple avec la Chine et le Japon, il y eut un enrichissement mutuel, un donner et recevoir réciproque. Dans la mesure où l'Occident exige de l'autre partie les droits de l'homme, il doit se demander s'il s'agit réellement de droits de l'homme purs, non falsifiés et sans compléments spécifiques ou bien s'il ne s'est pas souvent opéré un mélange, une liaison entre les droits de l'homme et certaines spécificités occidentales, certaines expériences même certains intérêts particuliers. Pour cette raison, s'impose une hypothèse du mélange consistant en la thèse suivante: les prétendus droits de l'homme se seraient, en vérité, mélangés à d'autres éléments.

Bien que chaque droit nommé « droit de l'homme » puisse être truffé d'éléments non universels, cette hypothèse n'implique pas de réserve fondamentale. Toutefois, elle exige l'effort d'une interprétation attentive. De l'hypothèse du mélange suit le devoir du démêlage. À l'image du chimiste analytique, on séparerait ce qui est véritablement général du particulier pour en arriver de cette façon aux véritables droits de l'homme. C'est dans ce travail que les philosophes accomplissent leur obligation de servir la raison universelle en général, obligation empruntée aux Grecs, tâche qui leur permet de se dire, à l'instar de Husserl (21962, 15), des « fonctionnaires», et mieux encore, des défenseurs de l'humanité, et cela même s'il demeurent des Européens modernes.

Ce n'est pas seulement le législateur ou la Constitution qui doivent être culturellement sensibles parce qu'ils formulent les droits de l'homme ; ce n'est pas seulement le code pénal qui doit se soumettre aux droits de l'homme. Lors des procès pénaux découlant de conflits culturels, le juge pénal a besoin, lui aussi, d'être culturellement ouvert afin de juger de la même façon la cause des deux parties en présence, celle du coupable et de la victime.

6. Le cas I : précisions

Revenons aux réflexions fondamentales, esquissées plus haut, sur la morale du droit dans le cas du Sénégalais et jugeons les intérêts du coupable et de la victime. D'abord, des précisions s'imposent.

Premièrement, le coupable et la victime sont-ils en Europe centrale pour un temps très court ? Dans ce cas, on pourrait les considérer comme étant de passage ; on ne voudrait pas les importuner et se mêler inutilement de leurs affaires privées.

Dans un autre cas, il s'agirait au moins de quelques mois. Au cours de cette période et comme on le sait, la question que pose la politique du droit pénal peut durer des années, ou des décennies. L'on pourrait aider ainsi les jeunes Sénégalaises – semble-t-il – par une petite protection juridique de leur pays d'origine ou par une grande protection de la société dans laquelle elles passent un certain temps, peut être, toute une vie, on ne peut l'exclure.

Deuxièmement, la fille était-elle considérée dans son pays d'origine comme déjà majeure à seize ans ? Si les juges le croient possible, ils peuvent considérer qu'il s'agit, de la part du coupable, d'une ignorance de l'interdiction, ce qui ne conduirait pas à la pénalisation d'un acte par négligence. (Ce serait seulement le cas d'une ignorance des faits, ce qui, dans ce cas, n'aurait pas eu lieu, puisque le coupable savait qu'il entretenait des relations sexuelles « avec une personne de moins de 18 ans »). En cas d'ignorance de l'interdiction, on devrait certainement supposer que l'accusé a eu des relations sexuelles avec sa pupille parce qu'il la considérait comme majeure. Parce que les questions de la majorité sont élémentaires, on ne peut pas accepter de la part de quelqu'un qui vit dans le pays depuis longtemps une ignorance de l'interdiction ; au moins pourrait on considérer le cas évitable. D'après l'opinion courante, les exigences légales quant à l'évitabilité sont très élevées.

Troisièmement, quel type d'arrangement a été précisément conclu avec les parents ? Peut-être y a-t-il eu déjà de la part des parents un dédommagement (matériel ou idéal), de telle sorte que l'accusé se ferait ainsi payer deux fois ?

Quatrièmement, si l'on reste au plan des coutumes, on doit se demander jusqu'à quel point « le don volontaire de soi » est volontaire au sein de la coutume ? De plus, le caractère volontaire du don de soi ne décharge pas de la criminalité car, en cas de non-consentement, il y aurait délit « d'abus sexuel de pupille », éventuellement aussi violence ou menace grave et donc « contrainte ». Du reste, le caractère absolu du consentement est à peine acceptable, puisque l'action se déroule dans un cadre donné, celui des coutumes qui imprègnent les options. Chaque coutume restreint les possibilités d'action. S'agissant de cette coutume, la restriction dépasse encore la forme de base de chaque coutume. Le don de soi sexuel est nommé un contre don du don de la prise en charge. Ici, le principe de la justice dans les échanges – don et contre-don – joue un rôle. Prise en charge par l'accusé, la victime croit qu'elle a une dette – unique ? – envers lui dont le seul dédommagement possible est l'obéissance sexuelle. Le caractère consenti découle d'un cadre de contrainte, la contrainte de rétribuer.

Cinquièmement, quel statut juridique pénal a la coutume en question ? De toutes les façons, le droit sénégalais se fonde sur le modèle français, par conséquent, sur un modèle si apparenté à notre culture juridique qu'un droit à une exemption pénale ne pourrait que reposer sur des bases faibles par rapport à un culture juridique d'une tout autre sorte. Dans le nouveau Code pénal français l'Art, 227, 27 serait pertinent : abus d'autorité sur une victime âgée de plus de 15 ans, mais mineure et non émancipée par le mariage. Dans l'ancien Code pénal sénégalais qui s'appliquerait, ce serait l'Art. 331-1 qui correspond pour l'essentiel au § 174, alinéa 1, nr. 2 du Code pénal allemand et qui contient également la clause émancipatoire.

Sixièmement, le contenu de la coutume permet de conclure à une société traditionnelle, patriarcale qui, dans le cas du Sénégal, est à 90% islamique. Sachant la valeur que de telles sociétés accordent à la virginité, la coutume en question devrait constituer un désavantage considérable pour la fille. Cette situation devrait nous rendre sceptiques face à l'affirmation de la présence d'une autre coutume et nous inciter à ne pas l'accepter sans soigneusement examiner la situation. On devrait s'attendre, au Sénégal, à des coutumes plus sévères, surtout dans les zones d'influences islamiques ; une fois de plus, le droit à une exemption pénale reposerait sur des bases plus faibles.

Septièmement, on pourrait se demander si l'on ne devrait pas délaissier le caractère criminel des faits d' « abus », étant donné qu'il y a une relation d'amour. S'y opposerait alors la référence à la coutume sénégalaise, donc à l'usage ou à la tradition, au lieu de l'amour entre deux personnes.

7. Le cas II : un droit pénal interculturel

Nos précisions montrent que la rencontre de plusieurs types de cultures ne produit pas, à elle seule, une situation où des étrangers pourraient se référer à la différence de leur culture juridique. D'autant que les spécialistes affirment que beaucoup d'Africains, d'Indiens... aiment à s'appliquer à une double morale contre les cultures non européennes: dans les cas où l'autre culture exige plus de responsabilité, ils recourent en Occident à leur culture d'origine et, dans leur pays, aux mœurs européennes. Pour simplifier, nous pensons que les précisions en faveur de l'accusé ont été apportées de sorte que la question centrale demeure : jusqu'où va dans un tel cas l'autorisation de contrainte d'un ordre juridique vis-à-vis des autres cultures ?

S'il s'agissait seulement de surmonter le prétendu préjugé culturel endémique au jugement pénal, le cas serait simple. Les sociétés modernes prennent en compte des limitations culturelles. Dans cette optique, elles ont progressivement procédé à un nettoyage de leur droit pénal, par exemple, en supprimant des délits tels que le suicide, plus tard l'homosexualité ou « la fornication entre des fiancés », ainsi que l'hérésie, le crime de lèse majesté et la critique de l'autorité politique. Cependant, aucun préjugé culturel n'est sous jacent à un grand nombre d'actes criminels, plus clairement les actes qui vont à l'encontre de l'intégrité corporelle et de la vie. Il s'agit, au contraire, de droits ayant trait à la dignité juridique humaine qui sont reconnus partout. Il n'existe pas de cultures juridiques qui ne punissent pas le délit de meurtre.

Revenons à notre exemple : est-ce que la protection sexuelle d'une mineure dépendante, entreprise par notre code pénal, tombe dans la rubrique « préjugé culturel » ? Il semble au moins, *prima facie*, que ce soit plutôt le contraire. À travers la protection, c'est plutôt les préjugés culturels qui ont été surmontés, par exemple l'attitude d'une société patriarcale qui ne reconnaît pas les femmes et les enfants comme des sujets de droit égaux.

Nous pouvons enfin répondre à la question posée dans le titre : aussi longtemps que les délits relevant du droit pénal peuvent se fonder sur des arguments universellement humains, plus précisément sur des arguments attachés aux droits de l'homme – et ceci vaut pour plusieurs délits et spécialement pour des systèmes juridiques libéraux –, il existe sans doute une autorisation de punir dépassant toutes les cultures, c'est à dire un droit pénal international. La raison ne réside pas dans la prétention d'un système juridique d'obliger les étrangers à se soumettre. Elle ne réside pas non plus dans la volonté de refuser un privilège à l'étranger, celui d'être exempté du droit pénal. Enfin, elle ne réside pas dans l'intérêt (certes justifié) d'une société à se protéger, mais plutôt en ce que, considéré dans l'optique du droit pénal, le « grand étranger » [den großen Fremden] n'existe pas : il est difficile de trouver des cultures juridiques qui sont si différentes des nôtres qu'elles ne connaissent absolument pas les délits qui se fondent sur les droits de l'homme. Et si elles existaient, on pourrait exiger de leurs membres qu'ils reconnaissent ces droits quand ils vont à l'étranger. Car les délits en question sont justifiables du point de vue des droits de l'homme. Le droit pénal interculturel confirme ainsi la règle générale des discours interculturels. Ce pour quoi nous nous engageons résolument, nous le trouvons aussi dans d'autres cultures. Ce contre quoi nous nous indignons, d'autres aussi s'en indignent.

(Traduction française de Stefano Biancu et Valentine Haab
sur la base d'une précédente traduction de Lukas K. Sosoe).

Bibliographie

BECCARIA, Cesare, 1973, *Dei delitti e delle pene*, 1764, nouvelle édition, Milan.

BERNER, A.F., 1876, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig.

BULTMANN, Christoph, 1992, *Der Fremde im antiken Juda*, Göttingen.

FERRI, Enrico, 1881, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna.

GIARO, Tomasz, 1991, « Fremde in der Rechtsgeschichte Roms », dans M.T. Fögen, éd., *Fremde der Gesellschaft. Historische und sozialwissenschaftliche Uneerssuehung. Zur Differenzierung von Normalität und Fremdheit*, Francfort/M. 39-57.

HÖFFE, Otfried, 1996, *Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulcurellen Rechtsdiskurs*, Francfort/M

HOUTEN, Christiana von, 1991, *The Alien in Israelite Law*, Sheffield.

HUSSERL, Edmund ²1962: *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie*, Den Haag (trad. fr. 1995, *La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale*, Paris.)