

**Y-A-T IL UN DROIT PENAL INTERCULTUREL ?
QUELQUES REMARQUES PHILOSOPHIQUES AUTOUR
DES THESES DE OTFRIED HÖFFE**

Stefano Biancu

Université de Genève, Suisse

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 (cfr. Fondo), 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 (cfr. Fondo), 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.

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) (cfr. Pro et contra).

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.

Les thèses de Höffe

La question à laquelle Höffe entend répondre touche à l'existence d'un droit pénal interculturel, c'est-à-dire « un droit pénal valable de la même manière pour les Noirs et pour les Blancs, pour les juifs, les chrétiens, les musulmans et les bouddhistes, pour les agents de bourse et les cultivateurs de riz, pour les soldats qui patrouillaient sur la frontière de l'ex-Allemagne de l'Est et pour leurs mandants, pour les militaires serbes et pour les *mujaheddin* afghans ». ¹ Höffe ne met donc pas en question la nécessité de l'existence d'un droit pénal, nécessité qu'il présuppose, en considérant le droit pénal comme « partie intégrante d'une justice fondée sur la liberté »: « un élément indispensable de l'organisation d'une société qui se conçoit comme liée à l'idéal des droits humains ». ² Ce qui, à son avis, rendrait le droit pénal absolument nécessaire est sa double fonction de défense des droits humains et d'expression du lien de la société avec les victimes de la violation de ces droits, double fonction qui justifierait aussi sa validité interculturelle. ³

Le problème fondamental duquel part l'enquête de Höffe n'est donc pas de tracer un possible droit pénal transculturellement valable, mais plutôt de vérifier la valeur transculturelle du droit pénal tel qu'il est codifié et pratiqué dans les démocraties libérales avancées.

¹ Cf. O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1999, p. 7 (« Ein Strafrecht, gleichermaßen gültig für Schwarze und Weiße, für Juden, Christen Moslems und Buddhisten, für Börsenmakler und Reisbauern, für DDR-Grenzsoldaten samt ihren Vorgesetzten, für serbische Militärs und afghanische Mudjahedin ? »).

² Cf. O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 8 (« das Strafrecht stellt das unverzichtbare Element einer menschenrechtsverpflichteten Selbstorganisation der Gesellschaft dar »).

³ Cf. O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 8 : « als Schutzschild der Menschenrechte und Ausdruck der Verbundenheit der Gesellschaft mit den Opfern von Menschenrechtsverletzungen (...) hat es Anspruch auf interkulturelle Gültigkeit ».

La question de Höffe consiste finalement à vérifier si l'actuelle organisation du droit pénal propre aux démocraties libérales avancées – notamment aux démocraties occidentales – résiste aux défis posés par l'interaction, de plus en plus intense, entre les cultures. Sa conclusion – pleinement affirmative – est que le modèle de droit pénal typique d'une démocratie libérale, en tant que lié au principe des droits humains, a une valeur transculturelle : né en Occident, ce modèle serait moderne et libéral – les deux termes paraissent tout à fait équivalents dans les pages de Höffe – et il aurait donc une validité qui dépasse nécessairement les frontières de la culture qui l'a produit.

La tentative de Höffe est donc essentiellement apologétique : il ne s'agit pas d'étudier des adaptations possibles – ni des revirements radicaux – de l'actuelle gestion du problème criminel à l'aune des problèmes posés (mais aussi des possibilités offertes) par la mondialisation, mais plutôt de vérifier la validité de ce qui existe, du *statu quo*, même face aux nouveaux défis.

Dans des termes essentiellement classiques, Höffe commence son enquête avec la question de la légitimité d'une faculté *interculturelle* de punir : par rapport à la question des philosophies de la peine classiques, la nouveauté est donc représentée par l'ajout d'un adjectif. La question n'est plus de savoir s'il est légitime de punir, mais s'il est légitime de le faire de manière interculturellement valable. La question de la légitimité *en soi* n'est pas complètement ignorée par Höffe, mais il est évident qu'une réponse affirmative à la seconde question (celle enrichie d'un adjectif) implique qu'il faut nécessairement répondre positivement à la première aussi : s'il est légitime de punir *interculturellement*, il est évident qu'il sera *a fortiori* légitime de punir.

La perspective à partir de laquelle Höffe entend vérifier cette légitimité interculturelle est une perspective de philosophie morale (*ein philosophischer Versuch*, comme dit le sous-titre du livre) : il entend donc en vérifier la légitimité éthique. Comme il l'explique lui-même, son exercice est un exercice de morale critique, celle qui – pour être clair – a pour objet non pas les usages et les coutumes mais les « obligations suprêmes qui ne peuvent être relativisées ».⁴

⁴ O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 34: « die Moral als Inbegriff höchster, nicht relativierbarer Verbindlichkeiten ».

Une morale normative donc, laquelle n'est à considérer comme accomplie que là où elle fait référence « non pas à des traditions culturellement dépendantes et historiquement spécifiques, mais uniquement à la raison humaine universelle ».⁵

À l'intérieur de cette morale, et selon l'école d'Aristote et de Kant, Höffe considère nécessaire une deuxième distinction. D'une part, une morale due obligatoirement, dont le respect doit donc être exigé (de cette morale fait partie, par exemple, la reconnaissance des droits humains) ; d'autre part, une morale dont le respect est simplement souhaitable et dont les objets sont des vertus comme la compassion et la bienveillance. La première est une morale du « minimum dû » et constitue – dans les termes de Kant – la doctrine du droit (laquelle, étant obligatoire, contient en soi l'autorisation à la coercition), tandis que la seconde est une doctrine des vertus.

À l'intérieur de la morale du premier type – la doctrine du droit –, Höffe distingue trois niveaux d'accomplissement et de légitimité. Le premier stade est la reconnaissance de la nécessité qu'un système social se donne la forme du droit : il s'agit du *minimum indispensable* d'une morale *minimale*. Un stade *partiellement légitime* parce que nécessaire, mais pas encore suffisant. Le deuxième stade est la reconnaissance de l'égalité de tous face à un tel droit : un certain avancement par rapport au précédent degré, qui le rend donc *assez légitime*. Le troisième stade – typiquement, bien que pas exclusivement, occidental – est la reconnaissance (a) des droits humains comme droits de liberté, (b) de la démocratie et du droit de participation, (c) d'une intervention étatique dans le domaine social nécessaire à garantir les droits humains. C'est à ce niveau que, d'après Höffe, la morale juridique – la justice politique – est *pleinement réalisée*.

Pleinement réalisée, mais assurément pas dépourvue de difficultés. Selon Höffe – qui cependant ne paraît pas tirer de son observation toutes les conséquences – une telle morale juridique universelle n'est en effet pas « capable de fournir un tableau achevé, c'est-à-dire ni une structure institutionnelle précise, ni une norme juridique bien déterminée ».⁶

5

⁵ O. Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch, p. 38 : « Im vollen Sinn kritisch ist die Rechtsmoral erst dort, wo sie sich in letzter Instanz nicht auf kultur- und epochenabhängige Traditionen, sondern allein auf die allgemeine Menschenvernunft beruft ».

⁶ O. Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch, p. 38 : « Wissenstheoretisch (...) stellen die Prinzipien der Rechtsmoral erst einen normativen Grundriss dar, der ohne eine Fülle von Zusatzelementen kein 'ausgemaltes Bild', weder eine genaue Institution noch eine wohlbestimmte Rechtsnorm, ergibt ».

En particulier, à partir de cette morale critique dans sa version juridique, « il n'est pas possible de fonder par une voie exclusivement philosophique un droit pénal concret » : des principes identiques peuvent en effet découler des droits pénaux positifs très différents selon les cultures.⁷ La remarque est fondamentale et il faudra la reprendre après, au sein de discussion critique.

À propos de ce troisième niveau de justice politique, né en Occident mais valable universellement, Höffe aborde aussi la question du soupçon d'ethnocentrisme que le modèle de raison sur lequel se base ce niveau pourrait soulever et qu'il soulève en effet. Étant historiquement une création occidentale, ce modèle de raison ne trouvera-t-il pas, se demande Höffe, les limites de sa validité dans les frontières de la civilisation qui l'a produit ? En d'autres termes : son origine locale, notamment occidentale, a-t-elle quelque chose à voir avec son essence ?

La réponse de Höffe est négative : l'occasion *particulière* de sa naissance n'entame pas la valeur *universelle* de son essence. La preuve de cela serait l'état actuel des sciences naturelles, de la médecine et de la technique, mais aussi de l'économie rationnelle : filles de la même raison occidentale et pourtant toutes universellement valables. Universalité qui est partagée aussi par une morale juridique inspirée des droits humains : et cela en vertu de la reconnaissance qu'elle garantit de l'égalité de tous *face* à la loi et *à l'intérieur* de cette dernière.

Un droit pénal approprié à cette morale juridique est, d'après Höffe, un droit pénal fondé sur la catégorie de rétribution/rétorsion (*Vergeltung*), en vertu de laquelle à chacun est rendu le mal commis. Ce fondement rétributif garantit que seul le coupable soit puni, et également qu'il soit puni de manière proportionnelle à la faute commise et à la punition infligée dans des cas pareils. Cette structure formelle rend la sanction pénale essentiellement « neutre » et donc universellement valable et adaptable. Un droit moderne et libéral doué de validité transculturelle, lequel aspire précisément au maximum de neutralité possible, ne peut donc que prendre, d'après Höffe, la structure formelle de la rétribution/rétorsion : la seule vraiment légitimante et la seule capable de fournir un critère pratique dans la mesure de la peine.

⁷ O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 38 : « ...lässt sich erstens kein konkretes Strafrecht ausschliesslich philosophisch begründen und kann es zweitens auch bei gleichen Prinzipien der Rechtsmoral trotzdem höchst unterschiedliche Ausgestaltungen, folglich auch ein in den Kulturen verschiedenes Strafrecht geben ».

Des buts secondaires éventuels que l'on voudrait atteindre par l'exercice du droit pénal, comme par exemple l'effet intimidateur et la réinsertion dans la société du coupable, reconnaîtraient tout de même, au fond, l'idée de rétribution,⁸ dans laquelle « se trouve la structure fondamentale de la peine juridique et où le critère de sa quantité est posé ».⁹ Et donc, pour conclure, d'après Höffe, le droit pénal est éthiquement légitime – même transculturellement – car il est la garantie, traduite de manière rétributive, des droits humains.

Discussion de la théorie de Höffe

La théorie de Höffe présente le mérite indiscutable d'avoir abordé déjà il y a plus d'une décennie une question qui, encore aujourd'hui, est de grande actualité et qui, de plus, après les événements suivants le 11 septembre 2001, a éclaté dans toute son urgence. Ce mérite est encore plus remarquable si l'on pense que jusqu'à aujourd'hui Höffe est le seul philosophe à avoir abordé une telle question. À cet éloge, il faut pourtant ajouter que – par rapport à la nouveauté des problèmes affrontés – l'argumentation de Höffe paraît de conception étrangement classique et essentiellement apologétique. Il nous semble qu'elle pose plusieurs problèmes. Nous en mentionnerons quelques-uns.

7

⁸ Cf. O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 73 : « Da auch die Alternativen, Abschreckung und Wiedereingliederung, in post- und propter-Reaktionen auf Regelverstöße bestehen, erkennen sie – gegebenenfalls à contre cœur – den Vergeltungsgedanken an ».

⁹ O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 76 : « Mit dem (neutralen !) Begriff der Vergeltung wird die Grundstruktur der Rechtsstrafe getroffen und zugleich für das Strafmaß ein Prinzip aufgestellt ». En fait, peu de pages après, Höffe contredit le principe rétributif avec lequel il pense identifier l'essence de la peine juridique, lorsqu'il affirme qu'il est nécessaire de rendre au coupable un mal plus grand que celui commis afin que la peine dépasse l'avantage potentiellement apporté par la conduite criminelle et puisse ainsi exercer un effet dissuasif. Cf. O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 79 : «... belegt der Staat (...) die Missachtung der Verbote mit einem Nachteil, der Strafe, die so hoch ausfallen muss, dass sie den Vorteil überwiegt ».

1. Premièrement, Höffe entend vérifier et essentiellement défendre la légitimité transculturelle d'un modèle de gestion de la réponse au crime qui est entré en crise avant même de se trouver confronté aux défis posés par la mondialisation et par l'interaction, de plus en plus intense, entre les cultures.

La première question soulevée par les thèses de Höffe concerne donc le fonctionnement transculturel de ce qui, même « intraculturellement », résiste de manière plutôt instable.¹⁰ Certes, à une objection de ce genre, on pourrait facilement répondre que la crise générale dans laquelle est entré depuis longtemps l'exercice du droit pénal est justement une crise d'*exercice*, due à une mauvaise (ou du moins partielle) application de principes justes en eux-mêmes. Et donc qu'il n'est pas nécessaire de revoir la doctrine, mais au contraire la pratique : les modalités concrètes d'application. Mais ici s'ouvre un problème plutôt sérieux, sur lequel il faut s'arrêter.

2. Le modèle proposé par Höffe est un modèle qui se base précisément sur la possibilité d'opérer une distinction radicale entre théorie et pratique. Afin que puisse fonctionner un modèle de droit pénal qui prend la forme et la structure essentielle de la rétribution – et qui le fait précisément en vertu de la « neutralité » du modèle rétributif – il faut que toute allusion aux pratiques punitives soit complètement enlevée. Comme on s'en souvient, Höffe même le déclare : une telle conception théorique n'est pas « capable de fournir un tableau achevé, c'est-à-dire ni une structure institutionnelle précise, ni une norme juridique bien déterminée ».¹¹

¹⁰ Autour de la crise du système pénal et de la nécessité de repenser les fondements théoriques des pratiques pénales la bibliographie est immense. En milieu francophone cf. au moins : A. Garapon – F. Gros – T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Editions Odile Jacob, Paris 2001 ; B. Guillaume, *Penser la peine*, Puf, Paris 2003 ; G. Casadomnt – P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, Paris 2004 ; C. Nadeau – M. Vacheret (éds.), *Le châtement. Histoire, philosophie et pratiques de la justice pénale*, Liber, Montreal 2005 ; D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, Paris 2005.

¹¹ O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 38.

Il devient ainsi évident qu'en répondant à la question fondamentale de son enquête – à savoir s'il existe un droit pénal interculturel – Höffe donne une réponse plutôt paradoxale : un droit pénal interculturel est théoriquement possible, mais il n'a pas de répercussions immédiates dans la pratique, dans laquelle des applications *culturellement différentes* des mêmes principes sont possibles. Un droit pénal *positif* à valeur interculturelle est une question qui échappe donc à la morale juridique ébauchée par Höffe : une morale juridique si abstraite qu'il en résulte qu'elle est essentiellement imperceptible.

Dans ce sens, la solution nous paraît significative qui consiste à laisser ouverte « la définition relative aux contenus » (die « konkrete Ausfüllung »)¹² des droits humains de façon à en faire un instrument valable « pour plusieurs conditions de vie et pour plusieurs hypothèses de société » (« für unterschiedliche Lebensbedingungen und Gesellschaftsentwürfe »):¹³ il est évident qu'une telle conception n'est pas capable de se charger de la question, qui est en amont de la recherche, « y a-t-il (*gibt es?*) un droit pénal interculturel ».

À ce propos, il est peut-être opportun de rappeler que le relativisme que Höffe essaie de contester n'est pas d'un seul type, mais au moins de deux types. Le premier genre de relativisme est celui qui reconnaît une valeur aux faits uniquement, croyant que les principes, au fond, ne sont que des abstractions dépourvues de toute épaisseur ontologique et de toute pertinence éthique. De ce point de vue, la position de Höffe pourrait paraître radicalement anti-relativiste : à côté des différences culturelles auxquelles nous sommes en effet confrontés, il pense qu'il existe des principes de raison universellement valables.

Mais il existe encore une seconde forme de relativisme : celle selon laquelle ont valeur ontologique et pertinence éthique au sens fort uniquement les principes, par rapport auxquels les faits – les situations concrètes – ne sont que de possibles applications non influentes relativement à la moralité du principe.

¹² O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 100.

¹³ O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 96.

Partant de deux perspectives très différentes, ces deux genres de relativisme finissent ainsi par arriver aux mêmes conclusions. Dans le cas du droit pénal, les deux arrivent à l'impossibilité d'aborder sérieusement la *positivité* du droit : soit à cause de l'absence de principes, soit à cause de l'insignifiance des faits. Tout en voulant fournir « une claire preuve contraire aux thèses de ce relativisme culturel qui prétend se fonder empiriquement »,¹⁴ Höffe finit ainsi par arriver essentiellement à ces mêmes conclusions : en voulant radicalement s'éloigner d'un certain type de relativisme, il risque de tomber dans le second. Avec les mêmes résultats pratiques.

3. Le présupposé d'une distinction radicale entre le plan de la théorie (et des principes) et le plan de la pratique (et des faits) joue un rôle aussi sur la possibilité d'une distinction radicale entre le sujet de droit et le sujet concrète (en chair et en os). Or, c'est sur cette dernière distinction que se fonde finalement le postulat selon lequel une peine rétributive, en tant que peine « neutre », est une peine libérale en soi.¹⁵

Selon ce *dogme*, la justice rétributive se limiterait – comme une sorte de main invisible – à rétablir l'équilibre là où le crime a entraîné du désordre. En se proposant de rendre à chacun son dû, le rétributivisme ne serait donc pas porteur de présupposés spécifiques, comme par exemple une idée particulière de l'homme, de la société, du bien : il bénéficierait donc d'une certaine *neutralité*.¹⁶ Il représenterait ainsi la seule réponse possible au crime dans un régime politique et juridique libéral, tel le régime typique des démocraties occidentales avancées.

Il est évident que cette représentation ne prend pas suffisamment au sérieux le sujet en chair et en os à la faveur d'un hypothétique sujet de droit, en oubliant ainsi que ce dernier n'est que la figure juridico-politique capable de garantir la possibilité d'un plein exercice du sujet concret (le seul qui existe réellement, d'ailleurs).

¹⁴ O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, p. 67 : « ... gegen einen empirisch begründeten Kulturrelativismus einen klaren Gegenbeleg ».

¹⁵ Sur l'utopie libérale de la peine « neutre » voir : T. Pech, *Neutraliser la peine*, dans : A. Garapon/F. Gros/T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 139-244.

¹⁶ Contre l'évidence trop facile d'une naturalité présumée du rétributivisme cf. E. Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1961 (notamment le chap. 23 : *Strafrecht, Tragödie und die wirkliche Negation des Verbrechens*, p. 276-298).

Autrement dit : la figure, essentiellement libérale, d'un « sujet de droit » est certainement porteuse d'une valeur de garantie, dont on ne peut se passer, pour ce qui concerne certains droits (et certains devoirs) fondamentaux, mais il n'est certainement pas possible de réduire à cette figure l'humanité de l'homme.

Elle est plutôt une *fiction*, politiquement et juridiquement utile et nécessaire, surtout dans les moments de crise : et la violence et le crime sont assurément des moments de crise. Une fiction qui toutefois ne doit pas être considérée comme absolue : un homme seul et déjà *constitué* depuis toujours n'existe pas. En ce sens, le présupposé d'un « sujet de droit » entendu comme *ens realissimum* capable d'absorber toute autre possible dimension d'humanité et de sociabilité, est la clef de voûte d'une théorie non seulement juridico-politique, mais aussi éthique, ontologique et même religieuse. Reconnaître que, derrière la figure du sujet de droit, demeure une consistance anthropologique que précisément cette figure entend garantir, signifie nécessairement reconnaître aussi l'insuffisance d'une peine conçue comme simple rétablissement rétributif d'un équilibre que le crime a violé.

En ce sens, comme l'affirme le philosophe anglais R. Antony Duff, « le libéralisme devrait être compris comme une théorie normative, plutôt que comme une théorie métaphysique » :¹⁷ à savoir une théorie qui garantit certains droits et certaines valeurs, et non pas une théorie ontologique sur l'humanité de l'homme. Par contre il semblerait que, dans la perspective de Höffe, le libéralisme joue un rôle en tant que principe *métaphysique* fondé sur l'universalité de la raison humaine et de ses exigences de justice : dans ses pages, la perspective libérale se caractérise par un très haut degré d'abstraction qui lui permet une forte neutralité face à des traditions culturelles et religieuses particulières et qui, en conséquence, lui permet une prétention de validité universelle.

4. L'universalité et la valeur transculturelle des droits humains – ou du moins de leur affirmation de principe – ne nous paraît pas impliquer *immédiatement* la nécessité universelle du droit pénal. Puisque la réponse au crime est toujours adressée au « criminel », qui est un être en chair et en os et non pas simplement un « sujet de droit », pour être appropriée elle doit certainement être *formellement* garantie et limitée par un droit inspiré du principe des droits humains, mais *matériellement* remplie d'autres choses.

¹⁷ Cf. R.A. Duff, *Punishment, Communication and Community*. Studies in Crime and Public Policy, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 49.

Cela n'implique pas – pour utiliser les termes de Höffe – la nécessité d'un glissement du droit d'une morale « du minimum dû » à une morale « des vertus » : d'un droit qui établit le minimum au-dessous duquel on ne peut pas descendre à un droit qui établit ce qui est bien, vrai, juste, bon. Il ne s'agit pas de théoriser un État éthique ou un État « intime ». ¹⁸ Il s'agit plutôt de reconnaître qu'une morale du minimum dû n'est pas un absolu, mais que, au contraire, elle a valeur dans la mesure où elle garantit quelque chose d'autre : à savoir certaines conditions de possibilité de l'exercice d'une morale des vertus, qui ne doit pas être imposée par l'État – il serait impossible pour lui de le faire – mais dont l'État doit garantir justement certaines des conditions de possibilité.

La morale du minimum dû est la morale du « sujet de droit » : elle a des maillons suffisamment larges qui lui permettent de ne pas interférer avec d'autres domaines de la personnalité de tel sujet. Il est pourtant pareillement évident qu'un « sujet de droit » *en soi* n'existe pas et qu'il représente une abstraction utile et nécessaire afin de garantir de l'extérieur liberté, autonomie et vie privée : dans la réalité il existe uniquement des femmes et des hommes en chair et en os. Il faut toujours leur garantir le statut de sujets de droit (c'est un minimum dû), mais cela n'est pas suffisant : une fois reconnue la *forme* de la liberté, il faut garantir aussi la *force* de cette liberté, qui ne peut pas être considérée comme acquise. Si la morale du minimum dû peut garantir la première, elle ne sera toutefois pas capable – à cause du très haut degré d'abstraction dans lequel elle travaille – de garantir aussi la seconde. La gestion du problème criminel, si elle veut être *concrètement* efficace et pas seulement *abstraitement* juste sans l'être *réellement*, doit nécessairement tenir compte aussi de la question de la *force* de la liberté. La question est donc de favoriser des conditions de sociabilité non seulement *nécessaires*, mais aussi *suffisantes* : capables de garantir non seulement les droits d'individus pensés comme dénués de toute relation, antihistoriques et désincarnés, mais également de protéger et de favoriser la maturation d'identités personnelles et collectives : de faire en sorte que chacun devienne vraiment soi-même, devenant en même temps partie d'un tout, d'une communauté. Ici le droit pénal se révèle évidemment tout à fait inapproprié.

¹⁸ L'expression est de Giuseppe Capograssi, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi* (1921), édité par M. D'Addio, Giuffrè, Milano 1977.

5. Ce qui, à ce propos, paraît échapper à la réflexion de Höffe est le fait que, si la mondialisation et le multiculturalisme qu'elle favorise représentent des défis complexes et difficiles à résoudre, ils se présentent aussi comme une précieuse occasion pour repenser la légitimation et l'exercice du droit pénal *en soi*.

La confrontation avec des modèles non européens et non occidentaux de réponse au crime ne peut pas laisser indifférent, même relativement, aux *modalités de punir* (mais aussi aux *raisons de punir*) typiques de l'Occident. La rencontre avec des modalités non occidentales et non européennes de gestion des conflits et de réponse au mal (même radical) peut, au contraire, se révéler une occasion précieuse de repenser les fondements de notre droit pénal. On peut penser à l'idée d'une « Justice Réparatrice » qui a été à la base des travaux de la Commission Vérité et Réconciliation (CVR) en Afrique du Sud et en plusieurs autres pays et qui doit beaucoup à des formes non occidentales de gestion du conflit.¹⁹

En se limitant à enquêter sur la validité transculturelle du droit pénal occidental, Höffe ne se confronte pas avec la question de la validité de formes non occidentales de gestion du crime. Une question pas du tout secondaire, surtout étant donné le contexte de fragilité et d'affaiblissement des liens communautaires qu'on peut remarquer dans les Pays occidentaux et étant donné que souvent, hors de l'Occident, on a porté une grande attention précisément au problème de la reconstruction du lien social. Il s'agit de formes de réponse au crime qui privilégient en général une logique « symbolique », qui demande à la justice moins de punir que de préciser les places, de désigner un coupable et une victime : de théâtraliser l'espace public en le repeuplant de symboles vivants.²⁰

¹⁹ L'Archevêque Desmond Tutu, Prix Nobel pour la Paix en 1994, explique de cette façon l'idée d'une "Justice Réparatrice" qui a guidé les travaux de la CVR : « Je soutiens qu'il y a un autre type de justice, la justice réparatrice, qui était caractéristique de la jurisprudence africaine traditionnelle. Ici la question centrale n'est pas la rétribution ou la punition, mais, dans l'esprit de l'*ubuntu*, la guérison des infractions, le redressement des déséquilibres, le rétablissement des relations brisées. Ce type de justice cherche à réhabiliter la victime et l'auteur du crime, auquel il faudrait donner la chance d'être réinséré dans la communauté qu'il ou elle a blessée par son délit » (D.M. Tutu, *No Future without Forgiveness*, Doubleday, New York 1999, p. 51-52).

²⁰ Cf. A. Garapon, *La justice reconstructive*, dans : A. Garapon/F. Gros/T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 247-330.

Il s'agit, dans ce sens, de chercher une médiation entre la nécessité pour le droit pénal de contribuer lui aussi à bâtir une communauté – ici la contribution de voies n'étant pas originellement occidentales peut se révéler précieuse – et l'exigence occidentale et « moderne » de respecter les libertés individuelles, libertés que même l'exigence de la resocialisation ne peut pas mettre en discussion. C'est pourquoi il nous semble que la théorie de Otfried Höffe a le mérite d'indiquer une voie (à savoir la nécessité de s'interroger en philosophe sur notre droit pénal face à la diversité culturelle), mais elle a en même temps la limite de s'arrêter à mi-chemin.