

## LE FONDEMENT MORAL DU DROIT PENAL

**Antonio Delogu**  
Université de Sassari (Italie)

### **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.*

1. En janvier 2006, un juge d'Hannover accorde au sarde Maurizio Pusceddu âgé de 29 ans, coupable d'avoir séquestré son ex-fiancée Lituanienne et de l'avoir violée et torturée pendant plusieurs jours, des circonstances atténuantes génériques pour des raisons « ethniques et culturelles ». Dans la sentence on lit : « On doit tenir compte des empreintes culturelles et ethniques particulières de l'accusé qui est un Sarde ». Ce ne sont pas les Allemands mais les Sardes qui protestent contre la sentence. L'ancien secrétaire de Justice, le Sarde Luigi Manconi, affirme que « nous sommes en face d'un extraordinaire, exemple de racisme contemporain ». Mario Segni, professeur de l'Université de Sassari et autorité parlementaire, parle d'« outrage à la justice et à la Sardaigne ».

Renato Soru, alors gouverneur de l'île commente amèrement : « Les imbéciles existent encore ». Il faut souligner le fait que même l'avocat de la défense, qui n'avait pas demandé les circonstances atténuantes génériques, étant donnée la motivation, définit la sentence « imprégnée d'inacceptable racisme ».<sup>1</sup>

Ceci est l'un des nombreux exemples de l'administration actuelle de la justice : des exemples qui sont l'effet dévastateur d'un relativisme culturel désormais largement répandu en Occident. Il a justement été écrit que les sentences de ce genre sont la démonstration « des niveaux d'ineptie qui peuvent être rejoints par notre modernité politiquement correcte ».<sup>2</sup> En 2005 un turc résident à Cologne n'est condamné qu'à un an et demi de réclusion pour avoir torturé brutalement sa fiancée en justifiant son acte délictueux « pour des raisons d'honneur ». Un fait encore plus grave est représenté par celui du jeune homme kurde, âgé de 19 ans, en 2005, et condamné à une peine de 9 ans de prison seulement, pour avoir tué de trois coups de couteau sa sœur qui avait enlevé son voile et qui fréquentait des amis allemands. Le soi-disant délit d'honneur est souvent considéré dans les tribunaux allemands une circonstance atténuante en raison du milieu socioculturel dans lequel ont grandi de nombreux émigrés arrivés en Allemagne.

---

<sup>1</sup> Cf. "La Nuova Sardegna", 17 octobre 2007, p.3.

<sup>2</sup> Ivi. Il faut dire que dans la culture sarde il n'y a jamais eu la légitimation à ce genre de violence, si bien que au chapitre 21 de la *Carta de Logu*, le code promulgué à la fin du XIVème siècle par Eléonore d'Arborée, qui gouverna le Judicat d'Arborée de 1386 à 1404, on lit: « Si un homme prend par la force une femme mariée, une femme qui a promis de se marier ou une vierge et en est reconnu coupable, qu'il soit condamné à payer moyennant argent et, s'il ne paie pas avant les 15 jours qui suivent son jugement, qu'on lui coupe le pied de sorte qu'il le perde ».

Il s'agit de cas pour lesquels le relativisme courant a rejoint un niveau tel, que le juge, comme il en a été pour le jeune Sarde, part du préjugé que l'accusé provient d'une culture définie primitive sans par ailleurs se préoccuper d'obtenir des informations à ce sujet ; ceci lui aurait permis de savoir que le soi-disant délit d'honneur en Sardaigne n'a jamais existé et que, dans la communauté sarde, le plus grand respect est dû à la femme. Le relativisme culturel implique donc souvent un comportement vraiment raciste. Mais, admettons que le Sarde provienne d'une Sardaigne où, pour des raisons d'honneur, il est possible de faire violence à une femme. Est-il légitime qu'en jugeant le délit, le Sarde doive jouir d'une réduction de la peine ? Est-il légitime que la gravité des délits commis contre l'intégrité de la personne soit diminuée au moyen de justifications socioculturelles ?

Pour l'instant prenons acte du fait que cela se produit à l'échelle européenne. « Nous ne pouvons pas cacher ce fait, – peut-on lire dans l'influent « *Corriere della sera* » – que le mariage imposé par les parents (écho d'une Italie pas si lointaine), modèle culturel archaïque, est pratiqué en Occident par les nouvelles ethnies pakistanaises, indiennes, égyptiennes, marocaines qui repeuplent nos pays » ; et que l'Europe laïque et illuministe (mais non pas illuminée) tarde à se demander avec une tolérance coupable, où se trouve la limite du dialogue entre les différentes communautés.<sup>3</sup> Il faudrait simplement prendre acte du fait que nos communautés ou Etats doivent exiger avec fermeté de la part des individus qui y vivent et y travaillent, quels que soient leur nation ou état de provenance, le respect des lois et des droits qui protègent les citoyens, à commencer par leurs enfants. Ce qui est étrange c'est qu'il arrive que des émigrés arrivés en Europe imposent à leurs conjoints et aux membres de leur ethnie des coutumes désormais abandonnées dans les pays d'origine. En Italie les cas de polygamie, pourtant interdite en Tunisie, augmentent ; des pères marocains interdisent à leurs filles de sortir, tandis qu'à Casablanca, le week-end, les discothèques sont pleines. En effet, des centaines de femmes, dans les pays européens, sont privées des droits fondamentaux suite à l'indifférence et à la tolérance coupable des institutions parlementaires, gouvernementales, judiciaires.<sup>4</sup> Du reste, en Angleterre, depuis quelques années se répand l'habitude de recourir à des juges « parallèles » en cas de controverses entre citoyens de religion islamique, même dans la justice pénale pour des crimes sans gravité.

<sup>3</sup> Cf. *Corriere della sera*, 20 janvier 2010.

<sup>4</sup> Ibidem.

2- « Est quidam vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes ». Ainsi affirme Cicéron dans le *Del republica* (III,22) ; il y a une loi enracinée dans la conscience ou la raison de tous les hommes et, donc, la même à Athènes et à Rome. Cicéron reprend, en substance, l'idée que nous trouvons chez les grecs classiques et plus tard dans le texte fondamental de l'histoire du droit, c'est-à-dire dans le *Digeste*, où on lit que Paul soutient que *ius* désigne ce qui est juste et bon universellement en tant que *ius naturel* (« quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale », *Digeste*, 1, 1, 11), alors que Ulpien affirme que nous [juristes] avons le culte de la justice, nous professons la connaissance du bon, en distinguant le juste de l'injuste (« iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes », *Digeste* 1, 1, 1). En substance, le *Digeste* affirme l'idée selon laquelle les lois sont bonnes si elles sont fondées sur la nature humaine, sur la raison et sur l'équité. Cinq siècles plus tard, dans un contexte sociopolitique tout à fait différent, Abélard soutient les mêmes principes dans son *Dialogue entre un philosophe, un juif et un chrétien*<sup>5</sup> : « il est connu, qu'avant la promulgation de la loi de Moïse [...] beaucoup de monde, sur la base de la loi naturelle a pratiqué la justice [...] le droit naturel est ce que la raison même nous incite à pratiquer, tandis qu'appartient à la justice positive ce qui a été institué afin de mieux renforcer l'utilité commune ». Son sage avertissement a une valeur éternelle, selon lequel nous devons « rechercher la vérité à travers des raisonnements (*rationibus veritatem investigare*) et suivre en toute chose non pas l'opinion des humains mais le guide de la raison ».

Le droit interprété comme ce qui est juste remet en évidence l'idée d'une raison humaine universelle qui permet d'évaluer non pas sur le plan de la légalité mais sur celui de la légitimité, le droit en vigueur ou positif.<sup>6</sup> Cette perspective permet de renouer les liens entre morale et droit, entre morale et loi civile<sup>7</sup> ; de surmonter, en somme, la séparation entre morale et droit qui, dans la culture orientale, implique que la morale a une valeur supérieure au droit (l'idée de Confucius est bien claire dans le vieux dicton chinois « Pour les barbares le droit, pour nous l'éthique ») ; et dans la culture occidentale (dans plusieurs de ses orientations de pensée) que la loi positive n'a pas de racines dans la morale.

5

<sup>5</sup> Cf. Pierre Abélard, *Conférences*, M. de Gandillac (éd.), Cerf, Paris 1993.

<sup>6</sup> Cf. O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1999, ch. IV (« Rechtsmoral » : La morale juridique).

<sup>7</sup> Cf. sur ce point A. Delogu, *Legge morale e legge civile*, « *Annuario di filosofia* », 2007, p. 287-315.

Toutefois qui, comme Höffe, parle aujourd'hui de morale juridique, c'est-à-dire du fait que chaque ordonnance juridique doit être soumise à une exigence morale (« die Rechtsmoral unterwirft jede positive Rechtsordnung einem moralischen Anspruch »),<sup>8</sup> commence à bénéficier d'une écoute supérieure que par le passé.

Même les juspositivistes comme Bobbio reconnaissent que le droit positif, s'il ne s'alimente pas à la source de la morale, se tarit, perd son sens et sa finalité, et ne reste plus qu'une simple technique d'organisation sociale. Voilà ce qu'affirme Bobbio dans « *L'età dei diritti* »: « Du point de vue d'une ordonnance juridique les soi-disant droits moraux ou naturels ne sont pas tout à fait des droits: ce ne sont que *des exigences* à faire valoir pour être éventuellement transformées en droit d'une nouvelle ordonnance normative ».<sup>9</sup> Donc si le droit positif doit faire valoir des exigences morales fondamentales, il ne peut pas ne pas faire référence à la morale: non pas à la morale relative à un temps et à un lieu mais à la morale universelle. C'est dans cette perspective que se justifie pleinement l'affirmation de Gerhard Husserl que le droit aspire à un ordre de la vie humaine guidé par l'étoile polaire de la justice et que la justice est une qualité inhérente à certains éléments du comportement humain si bien qu'elle « se manifeste dans notre conscience comme une exigence qui a le sens d'une contre-thèse par rapport à sa négation ».<sup>10</sup>

Le droit ne sauve l'homme que s'il est enraciné dans l'exigence de la justice: ce n'est pas sans raison que dans le texte du savoir biblique des *Psaumes*, justice signifie salut, donc, non pas catégorie ou norme juridique mais profonde exigence de l'âme humaine. Quand le droit perd le rapport avec l'exigence de justice c'est-à-dire avec la morale, il apparaît – ainsi que l'écrit le juriste-écrivain sarde Salvatore Satta – comme « une entité insaisissable, une ombre vaine ».<sup>11</sup> Quand le droit est réellement expression de l'universelle exigence de justice, quand il est vraiment valeur, on parle de « sainteté des jugements ».<sup>12</sup> Il s'agit de la justice qui exprime ce que chaque individu considère comme juste, au fond de sa conscience, c'est-à-dire universellement dû, et certainement pas de la justice *trop humaine* qui est si déçue dans les rites judiciaires, qu'elle y a perdu en valeur morale, et nous a amené à utiliser le terme *exécuter* qui est la négation du terme justice.

7

<sup>8</sup> O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, cit., p. 36.

<sup>9</sup> N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p.83.

<sup>10</sup> G. Husserl, *Recht und Zeit: fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt a.M., Klostermann 1955.

<sup>11</sup> S. Satta, *Il Diritto, questo sconosciuto*, in Idem, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, Glisso, 2004, pp.81-91.

<sup>12</sup> S. Mannuzzo, *Il fantasma della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 1998, p.52.



Dans la communauté *barbaricina* [communauté de la zone interne de la Sardaigne] survit un dicton populaire sous forme d'imprécation : *sa giustizia ti incantede (que la justice te pétrifie)*.

Quand à l'âge moderne, entre le XVII<sup>ème</sup> et le XVIII<sup>ème</sup> siècle, on parle des droits universels, fondamentaux ou naturels,<sup>13</sup> on reprend en substance la tradition qui remonte à la philosophie grecque, latine et médiévale. Après la saison de la pensée classique et de la pensée médiévale, aux origines de la modernité, Oldendorf – peut-être le premier juriste protestant – met en relation la loi positive et la loi naturelle, parle de loi morale immuable et éternelle étant gravée par Dieu dans la conscience de chaque homme. Melanchthon propose à nouveau l'idée cicéronienne de loi naturelle (loi donnée à l'homme par Dieu) en soulignant que le législateur doit tenir compte de l'universalité et de l'immutabilité de la loi naturelle mais aussi, en même temps, du contexte dans lequel il doit opérer.

On peut comprendre alors comment on est arrivé à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 (repris par la suite dans celle de 1948) inhérents à la justice pénale : « Article 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant ; il se rend coupable par la résistance. Article 8. La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Il s'agit de normes universellement partageables et qui conduisent à affirmer qu'il existe des principes moralo-juridiques fondamentaux : une thèse qui est aujourd'hui soutenue même par des juristes qui penchent clairement pour le relativisme comme Zagrebelsky : « Un niveau minimum de droit fort, souvent présidé par la sanction pénale, ne peut pas ne pas exister » dit-il, en ajoutant que la démocratie n'admet pas le relativisme des valeurs et des principes sur lesquels elle se fonde, tel que l'égalité de dignité de tous les hommes et les droits qui s'en suivent.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Cf. p.ex. Volneus, *Historia diplomatica rerum Batavianum* (1537), col. 4759.

<sup>14</sup> G.Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Bari, Laterza, 2007, p.50 et p.106.

Il semblerait que la saison du relativisme individualiste ou historico-social d'une grande partie de la philosophie touche à sa fin : les hommes de cultures et de contextes géopolitiques différents sont toujours plus d'accord sur le fait que les vérités morales ne doivent pas être considérées comme des fantaisies ou des idées sans fondement et sur l'idée qu'il y a des valeurs morales universellement partagées et partageables, en somme, qu'il existe une frontière entre ce qui est juste et ce qui ne l'est pas.<sup>15</sup> On finit même par affirmer, chose impensable dans les philosophies dominantes au cours des trente années comprises entre 1960 et 1980, que le « relativisme moral est moralement répréhensible ». <sup>16</sup> La philosophie contemporaine a plusieurs fois pris acte qu'il existe des universels anthropologiques partagés par toutes les communautés humaines (le sourire comme signe d'accueil, la poésie comme expression de créativité et de sensibilité, la condamnation du viol et de l'homicide); universels qui motivent la certitude de l'existence de vérités morales que tous les êtres humains peuvent partager.<sup>17</sup> Du reste si un système de valeurs, de principes, de normes, reconnu comme universel (dont la *Déclaration universelle des droits de l'homme* est une manifestation évidente), renvoie au consentement général, à un accord entre tous les hommes, pourquoi ne pas reconnaître qu'il y a des valeurs universelles comme la liberté, l'égalité, la fraternité, la justice ? Si cela n'est pas confirmé dans les pratiques de vie communautaires, cela dépend tout simplement du fait que ces valeurs n'existent pas dans un hypothétique « monde des Idées », mais appartiennent à la trame des contradictions dont chaque société, à toutes les époques, est constituée.

---

<sup>15</sup> Cf. I. Berlin, *Le bois tordu de l'humanité: romantisme, nationalisme et totalitarisme*, H. Hardy (éd.), Paris : A. Michel, 1992; cf. aussi D. Marconi, *Per la verità*, Torino, Einaudi, 2007, p.123.

<sup>16</sup> D. Marconi, *Per la verità*, cit., p.130. Pour le relativiste la position des universalistes est même moralement insoutenable : la certitude de détenir la vérité comporterait, argumente Marconi, le fait de vouloir l'imposer, tout comme elle impliquerait un acte de vexation. Ainsi poursuit-il : l'universaliste moral réplique que pour le relativiste tous les principes ou valeurs s'équivalent, de sorte que, en substance, ne pouvant discerner le juste de l'injuste, même ce qui est aberrant peut être justifié. En outre si les principes ou valeurs peuvent être considérés comme différents et tels à devoir choisir entre eux sans avoir la certitude de ce qui est plus juste ou moins juste, on se met dans la condition de celui qui choisit en fonction de préférences, toutes, en tant que telles, discutables. Dans la perspective relativiste les individus choisissent sans points de référence fermes, liés à la mutabilité des circonstances, des buts, des relations, peut-être même avec la conviction que la compréhension des valeurs, des styles de vie de l'autre, même radicalement contrastants avec des principes d'humanité, empêche d'exprimer des jugements de valeur. Mais si la compréhension de l'altérité est moralement haute et noble étant donné qu'elle comporte l'écoute, l'attention, la solidarité, ne l'est point car elle implique le renoncement à des valeurs universellement partageables, la reconnaissance de pratiques ou de styles de vie en conflit avec la défense de la dignité de la personne.

<sup>17</sup> Cf. D. Brown, *Human universals*, Mc Graw Hill, New York, 1991.



Dans l'histoire la continuité et la discontinuité des principes ou normes de cohabitation sociale c'est-à-dire moralo-juridiques, s'entremêlent donnant lieu à des changements dans les modalités existentielles sans toutefois conduire à la perte totale du sens de la pérennité et de l'universalité de certaines valeurs fondamentales. Si les vérités morales du texte biblique, du texte platonique ou du texte aristotélique ne trouvent pas souvent des confirmations dans les choix des pratiques morales des individus, cela ne réduit en rien leur validité, leur actualité pérenne, ainsi que le témoigne le fait incontestable que les vérités de ces textes sont aujourd'hui encore discutées, reproposées, soutenues.

3- Quel est le fondement des droits soi-disant naturels, des droits universels ? Si l'on pratique la méthode phénoménologique, il est nécessaire d'en rester à l'expérience des choses, c'est-à-dire au vécu : il est nécessaire de retourner, à la manière husserlienne, au monde de la vie. Les évidences nous sont données dans l'expérience directe des choses. Directement signifie sans la médiation de catégories ou d'appareils conceptuels. Par conséquent nous sommes sûrs de comment se passent réellement les choses quand nous entendons comment elles se passent. Dans la dimension affective, où il n'y a pas d'objectivations possibles qui puissent déformer la réalité ou nous éloigner d'elle, la vérité est donnée, c'est-à-dire le sens originel de la réalité que nous sommes. En suivant les traces de la recherche schelerienne-husserlienne, Jeanne Hersch soutient que le fondement des droits humains est plus encore dans une expérience affective que dans le respect kantien et que l'universalité des droits humains réside dans cette exigence qui est une expérience et non un concept. Et voilà une indication essentielle qui nous provient de la grande philosophie : le fondement absolu c'est-à-dire universel des droits humains est dans la radicale exigence d'affirmation de la capacité de liberté propre à chaque être humain. L'exigence d'être reconnu comme hommes, de voir dans le regard de l'autre l'affirmation de sa propre humanité ou subjectivité irréductible est une expérience universellement ressentie et universellement vérifiable. Cela signifie que chaque individu, dans la mesure où il fait son expérience comme sujet de liberté et responsabilité, exige le devoir ou l'obligation morale du respect de l'autre et de soi-même.<sup>18</sup> On parle d'obligation morale parce que la liberté de chaque individu n'est pas un fait de nature, disons, de caractère biologique : c'est une profonde exigence intérieure, une aspiration de l'âme humaine qu'on ne peut supprimer.

---

<sup>18</sup> Cf. J. Hersch, *Les droits de l'homme d'un point de vue philosophique*, in R. Klibansky – D. Pears (éds.), *La philosophie en Europe*, Paris, Gallimard 1993, p. 505-540.

On ne peut donc pas ne pas être d'accord avec Hersch quand elle affirme que la racine intérieure des droits humains risque de s'atrophier de manière telle qu'il faut la soigner, la nourrir, la stimuler, et que la liberté individuelle est une possibilité, pas un fait de nature mais une vocation ou un devoir.<sup>19</sup>

La raison peut prendre connaissance et donc argumenter et réfléchir logiquement sur ce devoir qui a ses racines dans la dimension affective originelle de chaque homme. La raison est source secondaire et non primaire des vérités moralo-juridiques. Même le rationaliste Kant – le philosophe qui ne privilégie certainement pas l'affectivité ou le sentiment – parle de l'enthousiasme comme « participation au bien avec passion », comme « une disposition morale de l'espèce humaine ». <sup>20</sup> L'intelligence peut *saisir* la vérité des choses, l'affectivité *accueille* la vérité des choses : ce que nous sommes est donné directement dans la fréquence de l'expérience de ce que nous sommes vraiment, de ce que vraiment nous voulons être et devons être. Voilà pourquoi à la négation de la reconnaissance de ce que nous sommes (capacité de liberté et de responsabilité, exigence profonde et inéliminable d'être reconnus comme humanité qui est valeur universelle) succède non pas une froide *réflexion* mais *l'indignation*, ainsi que l'affirme correctement Höffe. Donc, les droits universels ou fondamentaux ne sont pas des idéaux abstraits mais un besoin essentiel de reconnaissance de notre propre subjectivité : besoin aussi profond qu'universel et pérenne, loin de l'expression de particularismes culturels, de contingences historiques.

Le besoin d'être reconnus comme êtres humains est originel : la loi qui se dit naturelle est l'expression du *lien* (lex vient de *ligare*) profond que le droit ne peut pas ne pas avoir avec ce besoin. Il s'agit de prendre, conséquemment, les distances par rapport à ceux qui estiment que le droit ou la valeur moralo-juridique a son fondement ou, mieux, sa justification, dans l'accord ou le consentement entre les hommes ; par rapport à ceux qui soutiennent la thèse du droit contractuel et qui considèrent aussi les Chartes ou Déclarations universelles comme l'expression de la simple volonté humaine, donc comme des principes toujours modifiables et révocables.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Cf. I. Kant, *Ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei* (Le genre humain est-il en constant progrès vers le mieux?) 1798.

<sup>21</sup> Les thèses « contractualistes » et les thèses « décisionnistes » ramènent au concept de l'artificialité absolue de la morale et du droit, qui ne seraient pas des faits appartenant à une expérience originelle mais des hypothèses de la volonté humaine. Le nihilisme et le relativisme sont des aboutissements souvent beaucoup moins distants qu'on pourrait l'imaginer. Voici la prémisse, considérée incontestable, d'où part souvent le philosophe juspositiviste ou moralo-positiviste : « La justice universelle est un mirage, une illusion [...] il faut croire qu'elle est une noblesse assez dangereuse. Ceux qui croient posséder la vérité, comme les jusnaturalistes de chaque espèce, sont particulièrement exposés au risque du fanatisme et du dogmatisme ».<sup>22</sup> Le droit *ex veritate* serait abstrait et dangereux étant dogmatique. En réalité c'est le droit *ex autoritate* qui est dogmatique : aucun fanatisme ou dogmatisme chez le Galilée qui connaît la vérité des choses. Dogmatique est celui qui, justement parce qu'il n'est pas sûr de ce qu'il dit, l'impose comme vérité. La non certitude entraîne la défense fanatique de l'idée qu'il n'existe aucune vérité. L'idée que le droit naît du consentement est abstraite, détachée du besoin fondamental, que chaque homme éprouve, d'être reconnu comme un être humain, comme sujet de droit (subjectif, individuel), comme sujet de dignité. L'accord potentiellement universel sur les valeurs, les droits, les devoirs, trouve ses racines dans la dimension affective de l'être humain, avant même que dans la dimension rationnelle. Affirmer que les défenseurs de la morale juridique universelle n'aboutissent à aucun précepte concret, que les choix et les décisions des hommes n'ont pas de racine universelle parce que la vérité est toujours relative à une certaine pratique, nous fait affirmer, avec une fausse candeur, que là où l'on agit au nom de l'universalisme on réalise la domination d'individus sur d'autres individus, de communautés politiques sur d'autres communautés politiques.<sup>23</sup> Cette idée-ci est effectivement dangereuse.

Si dans l'expérience de soi de chaque individu est inscrit le besoin de reconnaissance de sa propre humanité (besoin originel d'affirmation de la liberté et de la responsabilité personnelle), on ne peut pas nier le fait que les hommes soient dotés de certains droits fondamentaux ; des droits qui attestent que les êtres humains sont originellement égaux. Le besoin d'une morale juridique qui affirme ces droits en termes de droit positif naît ici.

---

<sup>21</sup> Cf. N. Irti, *Nihilismo giuridico*, Bari, Laterza, 2004, p.25; M. Barberis, *Etica per giuristi*, Bari, Laterza, 2006, p.171.

<sup>22</sup> G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Bari, Laterza, 2007, p. 42.

<sup>23</sup> P. Barcellona, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina, Città aperta, 2001, p. 129-32.

La thèse de Höffe selon laquelle « l'étranger dans le sens fort du terme n'existe pas »<sup>24</sup> est absolument partagée. S'il existait, on devrait donner raison au personnage kafkaïen qui dans *Le Château* dit : « Vous n'êtes pas du château, vous n'êtes pas du pays, vous n'êtes rien [...] malheureusement vous êtes un étranger, un qui est toujours de trop ». En effet, quand on dit *sois homme* on exprime clairement la racine commune à tous les individus : qui est une racine de valeur autre que biophysique. S'il est vrai que la plupart des nations ne pratiquent pas les droits humains fondamentaux, il est pourtant d'autant plus vrai que l'aspiration à les réaliser voit l'engagement de nombreux individus dans tous les continents, là où la loi étatique, les habitudes, les coutumes ou les styles de vie, les normes non écrites de la communauté d'appartenance, limitent ou conditionnent la capacité de penser autrement par rapport à la majorité. Une communauté n'a pas le droit de soutenir et d'imposer les coutumes, les normes et les standards qui la distinguent au moyen d'instruments juridiques. Cela signifie que le respect pour sa propre identité culturelle auquel toute communauté a droit doit être subordonné au respect dû à chaque personne en tant que telle c'est-à-dire à la reconnaissance concrète de la valeur de la liberté et de la responsabilité personnelles qui sont les éléments dont il faut absolument tenir compte pour la pleine réalisation de chaque vie humaine.

L'expérience individuelle comprend trois aspects, chacun d'entre eux ne représente une valeur que s'il est mis en relation hiérarchique avec les autres. L'aspiration a des valeurs universelles, l'autoréalisation de sa propre subjectivité, l'intégration dans une communauté d'appartenance. Si l'on garde en évidence cette échelle de valeurs on évite le risque de considérer l'idée de la nature humaine (ce qui rapproche tous les hommes dans le besoin d'affirmation des droits fondamentaux) comme négation des différences, comme assimilation plus ou moins violente à l'identique. L'autoréalisation comme sujet moral exige de reconnaître les valeurs de sa propre communauté jusqu'au point où elles ne sont pas en conflit avec des droits fondamentaux à la liberté individuelle. Le style de vie de sa propre communauté n'est une valeur que s'il réalise dans le monde concret de la vie les principes moraux universels. La référence à l'universalité des principes n'est pas la cause, comme on l'affirme parfois, d'un dépaysement ou déracinement, mais elle est le motif d'une orientation certaine vers des vérités universellement partagées.

---

<sup>24</sup> O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, cit., p. 107.

La globalisation peut être standardisation des styles de vie, homogénéisation des cultures, déracinement des diversités. Mais aussi, en positif, diffusion de valeurs universellement partagées.

Le thème des droits humains est, donc, comme l'affirme Höffe, inéluctable (« unverzichtbar ») pour une théorie du droit pénal interculturel,<sup>25</sup> tout comme le droit pénal est un élément absolument nécessaire dans l'organisation d'une société qui se considère comme liée à l'idéal des droits humains.<sup>26</sup> Bien entendu il faut mettre en relation immédiate avec le besoin fondamental de chaque homme d'être respecté dans sa propre dignité et, donc, avec les droits fondamentaux, appelés aussi naturels, le fait que dans des milieux culturels différents, depuis l'Antiquité, il y a des normes de droit pénal qui protègent l'intégrité, et pas seulement physique, des personnes.<sup>27</sup> C'est un fait que la traite des esclaves est incriminée par des normes habituelles reconnues par la communauté internationale dans sa globalité. Et que pour « la plupart des délits pénaux, avec une clarté particulière pour ceux contre la vie et l'intégrité physique, aucun préjudice culturel ne s'est vérifié » s'agissant de « droits humains qui sont reconnus presque partout ».<sup>28</sup> Ce n'est pas un hasard si dans le Congrès de Vienne (1815) on affirme l'incompatibilité de la traite des esclaves avec les principes du droit international. Et que cela soit repris dans le Traité de Londres de 1841, dans la Convention de Bruxelles de 1890, dans les Accords de Paris de 1904.

Le droit à la tutelle de la liberté personnelle, qui inclut celui à l'intégrité physique et morale, implique qu'il doive y avoir le devoir de la part de tous de le respecter et que, si cela n'advenait point, que soit appelé un juge impartial pour reconnaître l'outrage provoqué, définir et imposer au responsable la juste peine. Le droit de recourir à un juge *super partes* dans les controverses entre personnes est universellement reconnu. En substance, ainsi que l'affirme Höffe, « le droit pénal (y compris les tribunaux et les procédures pénales) se montre comme une composante socioculturelle de portée universelle ».<sup>29</sup> La peine est, d'un côté, justifiée par son devoir de reconnaître chez la personne coupable la liberté et la responsabilité qui la qualifient comme sujet moral ; et, de l'autre, par son devoir de satisfaire l'exigence de l'outragé dans la tutelle de sa propre personne.

<sup>25</sup> O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, cit., p. 49.

<sup>26</sup> Cf. O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, cit., p. 8.

<sup>27</sup> Cf. O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, cit., p. 17.

<sup>28</sup> O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, cit., p. 104.

<sup>29</sup> O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, cit., p. 67.

La peine est le signe manifeste que la liberté due à chaque individu n'est pas arbitraire, étant donné qu'elle a sa limite dans la liberté de l'autre. Si cette limite est dépassée ou enfreinte, la peine intervient pour recomposer, en quelque sorte, cette limite.

Le problème que pose le droit pénal est, sans doute, celui de l'équité de la peine et de la détermination des crimes. Le recours à la torture, aux camps de concentration, à la peine de mort, infligés dans certains états de façon anormalement inhumaine (entre autres pour des crimes comme l'adultère, qui n'ont pas une gravité universellement reconnue) dénote que le respect de la personne est un devoir originel à mettre en évidence chaque fois que les sédimentations anthropologiques et culturelles l'obscurcissent. La peine doit se baser sur la reconnaissance de la liberté et de la responsabilité de l'individu qui a commis le crime, mais aussi sur le respect dû à la dignité de la personne. Le droit pénal est la limite à la violence, pour cela il ne peut pas lui-même être un instrument de violence.

« Comment doit-on traiter pénalement l'étranger ? », se demande Höffe. La réponse est de considérer la loi pénale non pas comme expression d'une culture, d'une façon de voir la vie, les rapports interpersonnels et sociaux, mais comme expression du droit de chaque individu à la reconnaissance (qu'il soit coupable ou victime) de sa propre humanité. Le droit pénal doit être un *iussum* enraciné dans *l'iustum*. Donc, ceux qui vivent dans un état, s'ils sont étrangers, doivent en observer les lois, même si elles sont en conflit avec leur culture, si ces lois affirment des principes universellement partageables c'est-à-dire des principes qui protègent la personne dans ses droits fondamentaux. Ce n'est pas un hasard s'il existe des normes de droit international qui sanctionnent ce que soutient Beccaria dans le traité *Dei delitti e delle pene* (*Des délits et des peines*) : un homme ne peut être dit coupable avant la sentence du juge, il faut reconnaître la dignité personnelle de quiconque est accusé d'un délit. Le grand juriste et écrivain sarde Mannuzzu écrit : « Est-ce que la Justice et la justice ont quelque chose en commun ? En considérant la première [...] comme la justice possible selon les aspirations historiques des hommes, écrites ou non en lois [...] Il y a la Justice avec majuscule, celle que la conscience estime être telle [...] les citoyens attendent aussi des sentences de la Justice avec la majuscule ». <sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> S. Mannuzzu, *Il fantasma della giustizia*, cit., p. 7-9.



Si l'on est citoyen du monde il n'y a aucun doute qu'il faille définir les contenus d'un Code Pénal International. Mais il s'agit d'une finalité qui exige des temps longs en vue de sa réalisation. Les communautés pakistanaises, indiennes, les nomades, les communautés musulmanes sont parfois imperméables aux lois qui, en Europe, garantissent la protection de la personne humaine ; elles résistent à une intégration socio-culturelle pleine, laquelle signifie seulement l'abandon de traditions et de mœurs qui blessent les droits à l'intégrité physique et à la liberté individuelle.

La réalité multiculturelle européenne actuelle pose de nouvelles questions dont il faut découvrir la racine. D'abord il faut prendre conscience du manque de confiance qui caractérise beaucoup de milieux de la société européenne, autour de la possibilité d'affirmer des valeurs, des principes et des droits qu'on peut universellement prôner. La certitude autour de valeurs éthiques objectives s'est largement perdue : sans cette référence le droit positif ne peut pas être autre chose que l'expression de la volonté changeante de ceux qui gouvernent, de l'opinion fluctuante de la majorité de la mentalité et des styles de vie justifiés par des traditions culturelles qui sont souvent en opposition avec la protection de la dignité des personnes.

Le manque d'orientation dans le domaine de la morale, aujourd'hui très répandu en Europe est la conséquence des différents relativismes qui ont eu un fort impact sur la société aussi pour ce qui est de leur rapport à la sécularisation. Ce manque d'orientation est aussi la conséquence de phénomènes de migrations de toute part et de la globalisation, au sein de laquelle la dimension économique a eu la primauté sur la dimension ethico-politique.

L'Europe, qui a pris forme après des décennies de relativismes, a perdu la référence aux principes spécifiques de l'Etat de droit tel qu'il s'était formé à partir de la longue saison des Lumières : l'égalité de tous les citoyen(ne)s face à la loi, la reconnaissance du fait qu'aux droits correspondent des devoirs, la protection de la dignité de la personne, le respect de l'esprit des lois de la part de ceux et celles qui doivent la pratiquer, notamment les magistrats. En réalité, les juges appliquent souvent les lois en soulignant leurs convictions personnelles, leur idéologie, leur credo politique sur la volonté du législateur, c.à.d. un point de vue basé sur la fausse conviction selon laquelle l'accueil de la personne étrangère comporte la perte des principes moraux qui protègent la personne ; cette perte se reflète de façon négative surtout envers les immigrés les plus faibles (les femmes, les enfants et les adolescent(e)s).

L'Europe contemporaine a perdu le sens de sa propre identité culturelle, la mémoire historique que les principes d'égalité de tous les citoyen(ne)s face à la loi, de liberté et de dignité de toute personne, ont coûté cher, des luttes idéologiques et religieuses, conflits entre nations et classes sociales, et guerres entre les Etats.

Le dépaysement moral qui caractérise l'expérience de l'individu dans l'Europe contemporaine est, en substance, la conséquence de l'oubli des deux facteurs fondamentaux de son identité culturelle : le christianisme et les Lumières, deux facteurs qui doivent être considérés non comme conflictuels mais comme complémentaires.

L'Europe, contrairement aux Etats-Unis, n'a pas inscrit les différences culturelles des différents peuples dans un contexte de sentiments et d'intérêts communs, par le biais duquel, comme l'a dit Stuart Mill dans son *Système de Logique déductive et inductive*, les citoyen(ne)s d'un Etat ne se sentent pas étrangers les uns par rapport aux autres, mais au contraire vivent dans la conviction de partager les mêmes valeurs.

Le relativisme culturel est une valeur s'il signifie un respect pour les traditions qui sont spécifiques à chaque peuple, mais un manque de valeurs s'il tombe dans un relativisme éthique, selon lequel il faut accepter et respecter chaque conception de la vie individuelle, même si elle nie la valeur, la dignité des personnes.

La personne immigrée ne devrait pas être considérée ni comme *hostis* ni comme *hospes*, mais comme un individu qui a des obligations des devoirs et évidemment des droits égaux à ceux de tous les autres citoyen(ne)s et donc qu'il a le droit à la citoyenneté. L'Europe ne doit pas tomber dans le piège de la xénophobie, mais non plus dans celui de l'oikophobie (malheureusement très diffusée), c.à.d. l'opposition à tout ce qui fait partie de sa propre culture et histoire. Dans cette perspective, l'exigence s'impose d'un code de droit pénal transnational selon lequel les délits sont punis avec équité et impartialité, quelle qu'elle soit la provenance culturelle de l'accusé ; que le condamné soit puni sans humiliations mais avec rigueur, surtout lorsqu'il est responsable de délits contre la personne, son intégrité physique, sa dignité et sa liberté.

La définition d'un code pénal transnational, dont l'origine partirait de l'Europe, est un but qu'il faut certainement poursuivre. Afin qu'il ne reste pas une bonne intention, il est nécessaire qu'il soit accompagné d'un processus d'éducation.

Le fait que les principes des codes pénaux des pays européens, repris par un code pénal transnational, ne soient pas appliqués par des juges qui se réclament d'un prétendu droit des cultures d'origine, implique l'exigence d'un rappel au vrai sens et au vrai but de la formation morale et intellectuelle des citoyen(ne)s : la reconnaissance de la valeur absolue de la personne humaine.

Des valeurs fondamentales telles que le droit à un juge tiers, à la présomption d'innocence, à une peine équitable et en rapport au délit commis, doivent être le fondement d'un code pénal transnational, soutenu et orienté par la certitude que tous les individus ont la capacité de comprendre la valeur des principes de liberté et d'égalité et la nécessité de se soumettre à la peine prévue par les lois en cas de transgression.