

**OTFRIED HÖFFE, *PENSER UN DROIT PÉNAL*
INTERCULTUREL, TRADUIT PAR LUKAS K. SOSOE,
QUÉBEC, PRESSES DE L'UNIVERSITÉ DE LAVAL, 2016**

*Butul Mohammad Ishoq**

À l'ère de la mondialisation, on assiste au dépassement des frontières au niveau économique, social et culturel, ce qui nous mène à nous questionner sur la façon dont les ordres juridiques doivent se comporter face aux étrangers provenant de culture juridique totalement différente. En ce sens, diverses questions se posent. Que faut-il faire face aux revendications des différences culturelles juridiques telles que l'âge de la majorité, le mariage, l'héritage et etc. Comment faut-il juger un étranger commettant un acte considéré criminel sur un territoire donné, mais qui n'est pas considéré comme criminel par la juridiction de son pays ? Devrait-on appliquer la loi objective de territoire hôte à l'étranger ou avons-nous des obligations d'appliquer un ordre juridique pouvant être accepté par tous ? Voilà des questions auxquelles est affronté le droit pénal. Des problématiques relevant des débats et des controverses dans la pratique du droit pénal notamment des discussions sur la possibilité de pratiquer un droit universel et uniforme dépassant les revendications de relativisme et de particularisme juridique. C'est à ces questions et à cette problématique que vient répondre l'ouvrage *Penser un droit pénal interculturel* de Otfried Höffe¹. Professeur émérite d'éthique, de philosophie politique et de philosophie du droit à l'Université de Tübingen en Allemagne, Otfried Höffe a publié divers ouvrages philosophiques notamment sur la pensée d'Aristote, Hobbes, et Kant, et sur l'utilitarisme. Il est aussi membre de la commission nationale d'éthique suisse².

Dans cet ouvrage paru en 2016 et traduit par Lukas K. Sosoe, Otfried Höffe réfléchit sur la façon de traiter « le grand étranger » (expression de l'auteur qui définit l'étranger à la culture juridique différente) dans le droit pénal occidental. Ainsi, pour répondre à cette question, il développe une théorie du droit pénal interculturel lié à une perspective philosophique du droit. Par droit pénal interculturel, l'auteur entend un droit pénal pouvant être appliqué et accepté par tous au-delà des différences culturelles. En effet, c'est un droit pénal basé sur des considérations et des critères moraux reconnus par tous les hommes. Ainsi, il se demande si un tel droit pénal, pouvant être appliqué à tous et accepté par tous, est possible. De même, il articule sa question de cette façon :

[E]xiste-t-il un droit pénal également valide pour les Blancs et pour les Noirs, pour les Juifs, les Chrétiens, les Musulmans et les Bouddhistes, pour les agents de change et les riziculteurs, pour les soldats de la République démocratique allemande ainsi que pour leurs supérieurs hiérarchiques, pour les militaires serbes et les mudjahiddines afghans³ ?

* Candidate au Baccalauréat en relations internationales et droit international à l'UQAM.

¹ Otfried Höffe, *Penser un droit pénal interculturel*, traduit par Lukas K. Sosoe, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2016.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

Ainsi, il répond à cette question par la théorie du droit pénal interculturel basé sur une réflexion philosophique. Sa thèse, divisée en deux parties, valide l'interculturalité du droit pénal et démontre son indépendance par rapport à la modernité européen⁴. Dans la première partie, il pointe l'importance du droit pénal pour l'organisation d'une société soumise aux droits de la personne, alors que dans la deuxième partie, il présente le droit pénal comme un « bouclier de protection »⁵ pour les droits de la personne et cette fonction, selon lui, définit le lien entre la société et les victimes du droit de la personne⁶. En somme, il affirme que la possibilité et la légitimité d'un droit pénal interculturelle résident dans la protection des droits de la personne qui sont importants dans toute société.

Son ouvrage est un essai philosophique divisé en deux parties : dans la première, l'auteur présente ses réflexions et son argumentation et dans la deuxième, on retrouve les commentaires de criminologues, de pénalistes et de juges qui ajoutent une réflexion de plus au droit pénal interculturel. La première partie de son ouvrage se divise en quinze chapitres précédés d'une préface. Ainsi, dès la préface, il affirme que ses réflexions sont basées sur les six « leçons de Thomas d'Aquin » auxquelles il ajoute une septième soit « la responsabilité des concitoyens et de l'État »⁷. Tout au long de sa réflexion, il fait référence à l'Antiquité notamment les penseurs et la littérature grecque telle que l'*Oreste* d'Eschyle. Il s'appuie aussi sur divers philosophes tels que Kant. Sa méthodologie au fil des chapitres consiste à présenter les faits en lien avec la pratique du droit et la perception du droit au début de chaque chapitre pour après discuter sur ces derniers tout au long du chapitre.

Dans le premier chapitre intitulé « La question », qui fait office d'introduction, l'auteur essaie de définir la problématique en identifiant les divers enjeux et questions reliés à cette dernière. En ce sens, il définit le monde d'aujourd'hui et affirme l'importance de concept de « grand étranger » qu'il définit comme l'étranger aux cultures juridiques totalement différentes⁸. Puis, l'auteur se pose la question de traitement de cet étranger au niveau juridique : « Doit-on faire appliquer le droit pénal objectif interculturellement ? » et « existe-t-il une autorisation juridique pénale interculturelle ? »⁹. Ainsi, il se demande si le droit interculturel de punir est une obligation humaine légitime au titre d'une morale du droit. Pour éclaircir cette question, l'auteur développe huit points de la problématique sous forme de question. Est-ce qu'il y a une raison universelle de punir ? Y-a-t-il un critère interculturel d'injustice ? Est-ce qu'un étranger peut être jugé pour délit qui n'est pas un délit dans leur pays, mais l'est dans le pays hôte ? Y-a-t-il un droit pénal pouvant punir les États ? Y-a-t-il des règles de procédures valides interculturellement ? Est-ce que les pays ayant une culture religieuse différente peuvent imposer leurs peines sur un étranger ?¹⁰.

⁴ *Ibid* à la p 2.

⁵ *Ibid*.

⁶ *Ibid* aux pp 2-3.

⁷ *Ibid* à la p 1.

⁸ *Ibid* à la p 5.

⁹ *Ibid*.

¹⁰ *Ibid* au pp 6 à 11.

Dans le chapitre 2 intitulé « Six modèles de réponses » l'auteur présente les modèles de réponses possibles sur le traitement de l'étranger à travers l'histoire. En ce sens, il affirme que la question de traitement de l'étranger est une question qui existe depuis longtemps¹¹. Ces modèles de réponses se posent ainsi : l'étranger est représenté comme un barbare, donc il faut le civiliser (modèle qui n'est plus valide selon l'auteur), traitement égal de l'étranger appuyé par la règle de réciprocité, un droit des gens romain pour les étrangers qui est séparé du droit citoyen, un droit humain où le concept de « crime repose sur l'être humain »¹², un fédéralisme du droit pénal où on laisse aux États le droit de juger de certaines juridictions ou juger selon le droit d'origine représentant un droit civil de citoyen indépendant de la territorialité¹³.

Au chapitre 3 intitulé « Un cas », l'auteur présente des cas qui présentent des conflits juridiques culturels. Il y a le cas de sénégalais qui a eu une relation sexuelle avec sa protégée mineure en Allemagne affirmant que c'est permis au Sénégal au niveau coutumier¹⁴. Puis le cas d'un arabe qui a épousé une deuxième femme, alors que la bigamie est interdite selon le droit allemand, mais non selon le droit islamique, le cas d'un turc qui a demandé à son fils de tuer sa sœur pour crime d'honneur. De plus, l'auteur mentionne d'autres particularités notamment au niveau des peines, par exemple la peine de mort¹⁵.

Au chapitre 4 intitulé « La morale du droit », on définit le concept du moral du droit et pour arriver à bien définir ce concept, l'auteur définit avant tout le concept de morale tout en distinguant les diverses notions de ce concept : la morale positive représente la coutume, les traditions et les mœurs, alors que la morale critique représente les obligations des hommes les uns envers les autres¹⁶. Ainsi, il affirme que la morale du droit est « la partie de morale critique en vertu de laquelle les hommes doivent la reconnaissance les uns aux autres »¹⁷ et les droits de la personne en font partie. Une autre distinction est faite entre le concept de dette morale et la morale de mérite. Il affirme que la dette morale est un concept qui permet de porter un jugement sur le droit et permet définir la validité morale (sa légitimité) de droit, alors que la morale de mérite est une morale qui se « rapporte au sujet lui-même »¹⁸. Puis il explique les deux composants de morale du droit : la morale et le droit. La composante « morale » de morale du droit impose une « douce sanction » qui se présente sous différentes formes : forme faible (déception), forme forte (protestation et indignation qui exigent le changement). La composante « droit » doit être comprise en double sens : dans le sens objectif et subjectif. Ainsi, la morale du droit est une morale qui n'attend pas sa reconnaissance, car elle possède un « droit à la reconnaissance subjective et une revendication à cette reconnaissance »¹⁹. Ainsi, elle

¹¹ *Ibid* à la p 15.

¹² *Ibid* à la p 24.

¹³ *Ibid* aux pp15-27.

¹⁴ *Ibid* à la p 29.

¹⁵ *Ibid* aux pp 30-31.

¹⁶ *Ibid* à la p 33.

¹⁷ *Ibid* à la p 33.

¹⁸ *Ibid* à la p 34.

¹⁹ *Ibid* aux pp 33-38.

soumet les systèmes de justice à une exigence qui détermine leur légitimité quand cela est atteint et leur injustice lorsque l'exigence n'est pas atteinte²⁰. Cette exigence se présente à trois niveaux : elle légitime le droit en exigeant la présence du droit entre les hommes, elle réalise le droit en exigeant le respect des règles du droit et elle impose sa norme composée de trois éléments (droit de la personne, démocratie et État social basé sur droit de la personne)²¹.

Les chapitres 5 à 8, respectivement intitulé « Le défi de la globalisation », « Européanisation ou modernisation », « Morale du droit européen ou du droit moderne » et « La présomption d'innocence et autres principes procédurax » présentent les critiques d'ethnocentrisme et eurocentrisme sur la modernité et le droit pénal²². Ces chapitres viennent répondre à ces critiques en argumentant l'universalité des peines, de l'ordre étatique établi (la modernité) et l'universalité au niveau procédurale²³. De même, au chapitre 5, l'auteur affirme qu'il y a une remise en question de morale du droit au nom de l'ethnocentrisme européen et nord-américain²⁴. Ainsi, selon l'auteur deux indications contredisent cette critique liant la morale du droit à l'ethnocentrisme : le fait que déjà à l'Antiquité, il y avait un droit entre les peuples comme précurseurs de morale du droit et le concept de la raison, énoncé dans la pensée européenne, mais qui possède des origines externes. De plus, l'auteur présente les trois dimensions selon lesquels la globalisation actuelle se développe : apparition d'une civilisation commune et l'interaction de cinq facteurs (science naturelle, médecine, la technique, la gestion rationnelle, la démocratie, les droits de la personne et la séparation de pouvoir) qui nécessite des contraintes légales²⁵. Dans le chapitre six, l'auteur analyse l'apparition des trois facteurs : la science naturelle, la technique et la médecine. Ainsi, l'auteur affirme que ce trio de facteurs ne vient pas de l'occident : la raison, l'expérimentation et l'« intention utilitaire et humanitaire »²⁶ ne sont pas liées à une région, ils se développent où il y a une liberté à la curiosité et de l'intention humanitaire²⁷. Ainsi, la morale du droit est un contrepoids pour contrer leurs effets négatifs. Puis, l'auteur parle de l'économie rationnelle dont il affirme bénéficier à tous et mise en place pour le bien de l'humanité. Dans ce cas aussi, la morale du droit vient contrer les perversions provenant de nature humaine²⁸. Le chapitre 7 se concentre à défendre les droits de la personne au-delà des considérations culturelles selon les composantes du droit descriptive et normative. Sur le plan descriptif, il énonce les intérêts de haut niveau qui conditionnent l'homme et qui sont reconnus par tous²⁹ : le corps et la vie, la raison et le langage, la capacité sociale et la capacité politique. Ainsi, pour assurer ces intérêts, le droit et la morale du droit sont exigés. Au niveau normatif, les droits de la personne sont un élément qui contraint la

²⁰ *Ibid* à la p 35.

²¹ *Ibid* à la p 37.

²² *Ibid* aux pp 39-62.

²³ *Ibid*.

²⁴ *Ibid* à la p 39.

²⁵ *Ibid* aux pp 39-42.

²⁶ *Ibid* à la p 44.

²⁷ *Ibid* aux pp 44-45.

²⁸ *Ibid* à la p 46.

²⁹ *Ibid* aux pp 52-53.

violence arbitraire, élément universellement reconnu par les hommes³⁰. Puis, le chapitre 8 démontre l'universalité du droit au niveau procédurale en parlant de quelques principes du droit notamment le principe de présomption d'innocence que l'auteur affirme être reconnu par toutes les cultures³¹.

Le chapitre 9 intitulé « Les Euménides d'Eschyle »³² et le chapitre 10 intitulé « Éléments pour une théorie d'autorisation de punir »³³ abordent l'autorisation de punir et expliquent l'importance du droit pénal pour contrer la chaîne de violence arbitraire. En effet, toutes les cultures reconnaissent le besoin d'avoir une autorisation de l'État à punir et le droit pénal vient s'assurer de bien régler cette autorisation de contraindre. En ce sens, le droit pénal possède trois fonctions : dissuasion, rétribution, amélioration et contrer la violence. De même, le droit pénal en reposant le poids de culpabilité sur le coupable et non sur un bouc émissaire, s'assure ainsi de prévenir la violence à long terme. Dans le chapitre 10, l'auteur réaffirme l'universalité des délits et des procédures pénales à travers les diverses cultures et affirme que le droit pénal dissout la violence privée en donnant le droit de réaction à un tiers impartial qui est soumis à des règles rigides.

Les chapitres 11, 12, 13 intitulés « Moral européen ou éthique juridique moderne »³⁴ et « Principe d'ouverture culturelle »³⁵ et « théorie de la connaissance : un savoir fondamental »³⁶ théorisent le droit pénal interculturel et donnent une explication de l'importance de la démocratie et de son caractère non européen. De plus dans les chapitres 12 et 13, on aborde la possibilité d'une ouverture culturelle pour tenir compte de certaines particularités notamment au niveau de l'exercice des peines, mais sans remettre en cause le noyau du droit universel des droits de la personne. Puis, l'auteur démontre le caractère non européen de la démocratie en affirmant qu'elle est pratiquée dans d'autres cultures, par exemple le *Palabre* africain³⁷. L'auteur affirme qu'il faut formuler les droits de la personne de telle façon qu'ils soient adaptables aux conditions de vie différentes et aux divers projets de société³⁸.

Les chapitres 14 et 15 reviennent sur les cas pour les éclaircir et les analysent à la lumière d'un droit pénal interculturel au regard de la moralité du droit tout en concluant les réflexions sur le sujet³⁹. Ainsi, se penchant plus sur le cas de sénégalais ayant eu une relation sexuelle avec une mineure, l'auteur affirme que le fait de juger de la protection sexuelle d'un mineur ne représente pas un parti-pris culturel, mais au contraire cela va au-dessus de parti-pris culturel puisque le cas relève de dignité humaine.

³⁰ *Ibid* aux pp 55-58.

³¹ *Ibid* aux pp 59-62.

³² *Ibid* aux pp 63-69.

³³ *Ibid* aux pp 71-75.

³⁴ *Ibid* aux pp 77-87.

³⁵ *Ibid* aux pp 89-94.

³⁶ *Ibid* aux pp 95-99.

³⁷ Selon l'auteur, c'est une forme d'assemblée de tradition centenaire qui permet les prises de décisions (p 78).

³⁸ *Ibid* aux pp 82-96.

³⁹ *Ibid* aux pp 97-108.

Le deuxième parti du livre présente les commentaires des juges et pénalistes qui se penchent sur le sujet. Ainsi, Dieter Rössner reconnaît l'importance de l'ouvrage de Höffe et il s'accorde avec lui à affirmer le côté peu éducatif du droit pénal, car selon lui, une part de cette éducation est assumé par la société⁴⁰. Joachim Kersten affirme que les propos de cet ouvrage touchent la politique criminelle et il critique sur ce fait la marginalisation de l'étranger par la société. C'est pourquoi pour lui une meilleure coexistence est possible par la compréhension de l'étranger⁴¹. André Szabó remet en question l'importance de l'influence de morale sur le droit. De même, selon lui, pour un droit pénal légitime, il faut une législation effective et adéquate⁴². Enfin, Winfried Hassener affirme que deux développements de la globalisation doivent être tenu compte dans la théorisation du droit pénal : la migration et l'internationalisation. Par ailleurs, il n'est pas convaincu que le concept de « grand étranger » disparaît au niveau du droit pénal, car plusieurs distinctions existent encore au niveau du droit pénal remettant en cause l'efficacité et l'effectivité de cette institution⁴³.

En s'intéressant sur la possibilité d'un droit pénal interculturel à la lumière d'une morale de droit, l'ouvrage d'Otfried Höffe amène un nouvel angle d'analyse au droit pénal. Cette approche philosophique dont il développe permet de voir des aspects plus abstraits du droit pénal assurant une meilleure compréhension de cette institution. Par ailleurs, les divers exemples historiques permettent de dépeindre un portrait historique des divers éléments du droit pénal. Cependant, la prépondérance des exemples historiques liés à l'antiquité grecque et romaine semble limiter une appréciation universelle de cette approche historique. Bien que cette théorie du droit pénal interculturelle semble intéressante, l'auteur ne va pas plus loin dans son explication sur l'instauration de cette institution concrètement. De même, il semble que l'auteur ne se concentre que sur la validité interculturelle de quelques infractions créant ainsi une vision restrictive du droit pénal comme l'affirme Ursula Cassani. Elle va même plus loin dans son critique du livre de Höffe en refusant l'existence du droit pénal interculturelle, car elle croit qu'il existe de nombreuses divergences dans les cultures en ce qui concerne les sanctions et les infractions du droit pénal⁴⁴.

⁴⁰ *Ibid* aux pp 119- 137

⁴¹ *Ibid* aux pp 140-146

⁴² *Ibid* aux pp 147-153.

⁴³ *Ibid* aux pp 154-177.

⁴⁴ Ursula Cassani, « Pour un droit pénal basé sur la solidarité internationale » (2011) 2 *L'Ircervo*.