



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

JOURNEES ITALIENNES
Turin et Côme
22 au 26 mai 2017
Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif

Rapport italien relatif au thème n°4

Droit penal

Prof. Carlo Sotis

Université de la Tuscia

1. Prémisse

J'ai choisi de rassembler la réponse aux points I et III du questionnaire. Ensuite de répondre au point II, sur lequel, en considération de l'ampleur de la question, je me suis permis de donner quelques indications synthétique.

Ensuite je traiterai le point IV, que je considère être le cœur de la question de notre réunion, et sur lequel je m'arrêterai avec nombreux exemples, conformément aux indications du rapporteur général. Je chercherai de donner quelques réponses aux questions du point V au cours du déroulement.

2. Questions I et III

Le code pénal italien en vigueur est de 1930 (s.d. code Rocco¹). Il est entré en vigueur en pleine dictature fasciste et il a constitué une opération habile de continuité et de discontinuité avec le passé libéral². Aux fins de notre réunion il faut signaler qu'il est caractérisé par la s.d. « technicité juridique » (*tecnicismo giuridico*)³, de laquelle Arturo Rocco, le rédacteur du code, a été le plus haut représentant⁴.

Selon le « *tecnicismo giuridico* » seulement le droit pénal positif peut orienter la connaissance du droit pénal⁵. En conséquence le droit pénal doit être construit comme un droit des infractions (*fattispecie*). Les infractions et l'interprétation systématique constituent donc soit le seul objet, soit le seul instrument de la connaissance et de l'application du droit pénal.

Le code est bien construit au niveau linguistique et structurel, de manière à permettre l'interprétation systématique et la définition de concepts. Le rôle du juriste pénaliste est donc d'affiner ces concepts: l'action, l'objet juridique, la causalité, le dol, la faute involontaire. Mais le « *tecnicismo giuridico* » prétend toutefois que l'objet de la connaissance soit les normes posées par le code et non des concepts immanents et ontologiques. C'est pour cela que c'est le code même à

¹ Du nom de garde des sceaux Alfredo Rocco, ministre et professeur de droit commercial. Le principal rédacteur du code pénal du 1930 fut son frère pénaliste Arturo Rocco.

² Ainsi G. Neppi Modona, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista* en *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Quaderni Fiorentini XXXVI, Milan, 2007, p. 983.

³ Cf., dans une littérature imposante surtout G. Vassalli, *Codice penale*, en *Enciclopedia del diritto*, VII, Milan, 1960, p. 261 s. ; G. Neppi Modona, M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, en L. Violante (cur.), *Storia di Italia. Annali 12 : la criminalità*, Turin, 1997, p. 757 s., M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo* en M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti*, Milan, 2009, p. 1001 s.

⁴ Cf. le classique étude manifeste de A. Rocco, *Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1910, I, p. 497 s. (aussi en A. Rocco, *Opere giuridiche*, Rome, 1932)

⁵ Cf. S. Seminara, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo* en *Studi in onore di Mario Romano*, Naples, 2011, Vol. I, en particulier p. 580 s. et pour une lecture avec les lunettes de la contemporanéité v. M. Donini, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco nell'età dell'europeismo giudiziario*, en *Criminalia* 2010, p. 127 s. et *ivi* v. aussi les interventions de G. Fiandaca, R. Orlandi, T. Padovani, D. Pulitanò ; consultable en ligne à l'URL <http://www.edizioniets.com/Scheda.asp?N=9788846729835>.

définir ces concepts. Nous trouvons donc dans le code la définition de la faute intentionnelle (ou dol)⁶, de la faute involontaire⁷, de la causalité⁸, de l'action⁹ etc.

La même théorie générale de l'infraction pénale, trait caractéristique de la science pénaliste, est en soi une tradition qui cherche des concepts. La "dogmatique pénaliste" a été considérée longtemps un synonyme de "doctrine pénaliste": l'interprétation du droit pénal est science dogmatique et celle-ci est à son tour visée à la construction d'une théorie général du crime qui doit identifier et affiner les concepts.

On peut observer la technicité juridique du code pénal déjà en le feuilletant. Dans le premier livre, consacrée à la partie générale, les dispositions centrales sont celles sur l'infraction pénale (art. 39 et suivants). Comme mentionné, il est en outre un code plein de normes définitionnelles¹⁰: on définissent nombreuses concepts de part spécial (publiquement, fonctionnaire publique, comportement obscène), outre certains pierres angulaires du partie générale (causalité, dol, faute involontaire, action). La condition préalable est que l'interprétation est surtout une question de définition des concepts.

Enfin, le droit pénal italien, défini par le code pénal en vigueur, est nécessairement un droit des infraction légales (*fattispecie*).

Le code, dès l'art. 1, dans la norme consacrée au principe de légalité, affirme qu'on peut être puni seulement pour un "fait prévu *expressément* par la loi comme un crime". L'utilisation de l'adverbe *expressément* affirme d'une part que les faits à caractère pénal doivent être décrits et définis dans des cas d'espèce appropriés, d'autre part que l'analogie est interdite. L'interdiction d'analogie comporte que les cas d'espèce ne peuvent être appliquées au-delà des cas expressément prévues, même si ces cas devaient nous présenter identité avec la *ratio* exprimée par le cas d'espèce.

L'analogie interdite est donc celle-ci dans sa définition classique: le processus à travers lequel, en cas de lacune involontaire, les cas en dehors de la zone de signification exprimée par les signes linguistiques du cas d'espèce sont liés à elle par identité de *ratio*¹¹.

Le résultat de ce processus serait en fait la création d'une nouvelle norme. Un résultat qui est empêché par un code qui prévus que les normes pénales peuvent être créées seulement par la loi.

En conséquence, un tel code et un tel droit pénal ne présentent aucune disposition générale se référant à la bonne foi, aux bonnes mœurs, à la loyauté, à la probité. Toutefois il n'est pas évidemment possible fermer complètement la porte aux instances que ces clauses représentent. La

⁶ cf. Art. 43 deuxième alinéa code pénal.

⁷ cf. Art. 43 quatrième alinéa code pénal.

⁸ cf. Art. 40 et 41 code pénal.

⁹ cf. Art. 42 premier alinéa code pénal.

¹⁰ Cf. A. Cadoppi (dir.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali in diritto penale*, Padoue, 1996.

¹¹ Cf. G. Vassalli, *Analogia nel diritto penale*, en *Digesto discipline penalistiche*, Turin, 1989, p. 158 s.

jurisprudence récente, comme nous le verrons, a, en effet, élaboré plusieurs stratégies de détournement.

3. Question II.

Ce cadre d'un droit pénal exclusivement exprimé par les infractions légales et rangé par les concepts est aujourd'hui plus un mythe que la réalité pour une multitude de raisons, qui ont modifié profondément le rapport entre loi et juge en droit pénal italien.

Même si les schématisations sont grossiers¹², il faut procéder par étapes et de façon succincte chercher d'illustrer ces modifications.

Le code pénal de 1930, dans les relations entre loi et juge, s'inscrit en continuité avec le passé qui, au moins au niveau mythologique, construisit la loi de façon typiquement volontariste¹³. La loi est l'acte avec lequel l'État exprime sa volonté. L'interprète doit découvrir cette volonté. Le juge est "bouche de la loi", il doit faire parler la loi, il doit découvrir et affirmer la volonté du législateur.

L'art. 12 des s.d. « avant-lois » au code civil (de 1942) nous montre bien ce rapport entre loi et juge. Cet article établit que « dans l'application de la loi on peut pas lui attribuer autre sens de celui révélé par le sens propre des mots, selon la connexion entre elles, et par l'intention du législateur ». Ce respect formel au principe de légalité¹⁴ constitue probablement une des raisons de la longévité du code pénal de 1930 (probablement le plus vieux code pénal en vigueur en Europe).

Le cadre est toutefois destiné à changer avec l'entrée en vigueur de la Constitution républicaine de 1948, malgré même la Constitution réaffirme un rapport de subordination du juge pénal à la loi, comme établie par les articles 25 deuxième alinéa («Nul ne peut être puni, si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant que le fait soit commis»¹⁵) et 101 deuxième alinéa («Les juges ne sont soumis qu'à la loi»¹⁶).

¹² Pour l'évolution du droit pénal italien au cours des XIX et XX siècles v. surtout les travaux de Mario Sbriccoli, aujourd'hui recueillis ensemble dans M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti*, Milan, 2009, à partir de Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* (ivi p. 591). et, pour le période liberal Id. *La penalistica civile. Teorie ed ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (ivi p. 493 s.). fondamental aussi l'ouvrage collective *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Quaderni Fiorentini XXXVI, Milan, 2007 (en ligne à l'URL <http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/36/index.htm>). Pour une réflexion sur l'évolution du droit pénal italien au cours des derniers décennies v. M. Donini, *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale en Cassazione Penale.*, 5-2016, p. 1853 s.

¹³ Cf. pour tous f. C. Palazzo, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio fondamentale en Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Quaderni Fiorentini XXXVI, Milan, 2007, p. 1279 s.

¹⁴ cf. G. Neppi Modona, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista en Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, cit., p. 983.

¹⁵ Art. 25 deuxième alinéa Constitution italienne. Traduction du secrétariat général de la Présidence de la République, en ligne à l'URL http://www.quirinale.it/qnrw/costituzione/pdf/costituzione_francese.pdf

¹⁶ Art. 101 deuxième alinéa Constitution italienne, *Ibidem*.

La Constitution, en effet, introduit un jugement successif de constitutionnalité des lois, devant la Court Constitutionnelle, qui peut être introduit seulement par les juges ordinaires¹⁷.

Ca contribue à mettre en crise le paradigme volontariste, parce-que le juge pénal (et en général l'interprète), qui doit appliquer la loi pénal, dévient contrôleur lui-même.

L'interprète ne doit plus "penser la volonté du législateur", mais il doit "pense la justice ou l'injustice de la loi" à la lumière des principes constitutionnelles. La signification de la loi ne doit plus être obtenue par la volonté du législateur, mais elle est indiquée par les principes constitutionnels.

Cette "refondations des pouvoirs"¹⁸ est très marquée, probablement parce-que elle est facilité par des spécificité de contexte: un bon code pénal en vigueur, même si expressif de celle dictature fasciste de laquelle la Constitution à voulu nettement s'affranchir; une récent crise de la politique et, en conséquence, de la loi; une magistrature particulièrement indépendante et autonome avec un prestige croissant; un conflit très dur entre une classe politique qui abuse de la loi pour adopter des mesures *ad personam*¹⁹ et une magistrature qui réagit avec un soit-dit «autoritarisme bien intentionné»²⁰; une Constitution qui jouit d'un prestige croissant dans tous les niveaux de la société et qui constitue le plus important facteur d'identité national; une marquée internationalisation du droit et une conformation aux arrêts des juges européens par la magistrature pénale.

Tout ça à déterminé une croissant délégitimation de la loi pénale et une parallèle sur-légitimation du pouvoir judiciaire, qui prétend obtenir les significations qu'on doit appliquer à la loi pénale directement par les principes constitutionnels (et par le sources supranationales).

De cette façon le droit pénal se transforme progressivement d'un droit pénal de cas d'espèce à un droit pénal de principes. C'est la s.d. interprétation conforme à la Constitution et aux sources supranationales, qui est devenu un instrument central de l'herméneutique pénaliste.

Cette subtile, mais décisive, transformation de rôle est bien décrite par *Francesco Palazzo*²¹, selon lequel Constitution, loi et juge, qui initialement étaient trois points d'une ligne disposés selon un précis ordre (Constitution, loi et juge), sont devenus les trois angles d'un triangle isocèle qui pose au sommet la Constitution. Une relation dans laquelle le juge accorde à la loi les significations qu'il

¹⁷ Ainsi les artt. 134-137 de la Constitution italienne.

¹⁸ Cf. Mireille Delmas Marty, *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit (III)*, Paris, 2007, en particulier, pour «la montée en puissance des juges», v. p. 41 s.

¹⁹ E. Dolcini, *Leggi penali «ad personam», riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza* en *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2004, p. 67 s..

²⁰ D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato* en *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93 s. cette definition d'une magistrature animé par un «autoritarisme bien intentionné» est aujourd'hui très répandue en doctrine cf. D. Pulitanò, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo* en *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4/2016, p. 207 aussi en ligne à l'URL <http://www.penalecontemporaneo.it/rivista-trimestrale>

²¹ F. Palazzo, *Introduzione*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale?*, en cours de publication., p. 3.

obtient de la Constitution. De cette façon, en fait, se réalise un changement de paradigme dans les rapports entre loi et juge selon lequel l'interprétation va ressembler beaucoup à l'analogie *juris*.

Si nous voulons indiquer une date de départ de ce parcours, nous pouvons dire qu'un passage essentiel est le 1971, quand Franco Bricola publie la *Teoria generale del reato*²². À partir de là le droit pénal trouve ses critères de validité et fonctionnement dans la Constitution.

Une fois que le droit pénal a commencé à se regarder à travers la Constitution l'étape suivant a été de penser le droit pénal par principes²³. En particulier grâce aux arrêts de la Cour Constitutionnel qui demande aux juges de lire les normes pénales conformément aux principes constitutionnels.

En domaine de culpabilité, le code pénal de 1930 prévoit plusieurs incriminations de partie générale e de partie spéciale, qu'on doit appliquer *sine culpa*, c'est-à-dire sur la base de la responsabilité objective. En 1988 la Cour Constitutionnelle affirme que le principe de culpabilité a rang de principe constitutionnel²⁴.

Juste après cet arrêt la Cour Constitutionnelle établie²⁵ que c'est le juge pénal, sans soulever la question de légitimité constitutionnelle, qui a le devoir de relire les dispositions en sens constitutionnellement conforme, c'est-à-dire comme si elles incluait déjà la limite de la culpabilité

Par exemple l'art. 626 du cde pénal prévoit qu'il doit s'appliquer la plus clémente discipline du « vol d'usage » (*furto d'uso*), au lieu de celle du vol, seulement si le coupable a utilisé momentanément la chose et il l'a « immédiatement rendue ». La Cour Constitutionnel toutefois, sans intervenir directement, a affirmé que sont les juges qui doivent réinterpréter la norme comme si elle incluait déjà la limite de la culpabilité, donc en appliquant le vol d'usage même dans les hypothèses où le coupable ne l'a pas immédiatement rendue, mais pour des causes qui ne sont pas à lui imputable par faute²⁶.

Sur la base de cette arrêt les juges pénales, en tous les nombreuses cas de responsabilité objective prévues dans le code de 1930²⁷, doivent refondre eux-mêmes les normes de droit positive, en les réécrivant comme si elles incluait déjà la limite de la culpabilité.

De même se passe par les sources internationales, en particulier celles de l'Union Européenne²⁸, qu'en Italie jouissent d'une forte capacité de pénétrer dans le droit pénal. En particulier les juges

²² Cf. F. Bricola, «*Teoria generale del reato*» en *Novissimo digesto italiano*, Turin 1973 maintenant en F. Bricola, *Scritti di diritto penale*, Milan, 1997, p. 539 s. . V. Aussi F. C. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, en A. Pizzoruso, V. Varano (dir.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milan, 1985, p. 529 s.

²³ Aujourd'hui sur le droit pénal par principes v. surtout les introductions de G. Fiandaca, G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, F.C., Palazzo *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999. V aussi le cadre tracé par M. Donini, *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale* cit., p. 1853 s.

²⁴ Cf. Corte cost. 364 du 1988 consultable en ligne à l'URL <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

²⁵ Ainsi . Corte cost. 1085 du 1988 consultable en ligne à l'URL <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

²⁶ Ainsi . Corte cost. 1085 du 1988 consultable en ligne à l'URL <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

²⁷ Ad es. aux artt. 42, 116, 117, 586 du code pénal.

²⁸ Je me permets de renvoyer à mon C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milan, 2007, en langue français v. Id., «*Criminaliser sans punir*». *Reflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne*, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* n. 4/2010 p. 773 s., Id. «*La poule et l'œuf: intérêts financiers de l'Union européenne et harmonisation pénale*»

ordinaires doivent interpréter les dispositions pénales conformément aux normes de l'Union Européenne et aux normes de la CESDH, sans la médiation de la loi ou de la Cour Constitutionnel.

Par exemple, la réforme de 2006²⁹ relative à la légitime défense reconnaît l'état de légitime défense lorsque l'agresseur s'est introduit dans l'habitation d'autrui, que la riposte vise la défense de biens ou d'autrui et qu'un danger d'agression existe. En vertu de cette disposition, seraient également concernées les ripostes sans rapport de proportion avec les intérêts en jeu. La jurisprudence, amenée à apprécier les ripostes ayant causé la mort de l'agresseur, alors que ce dernier n'avait pas mis en danger la vie ou l'intégrité physique de la personne agressée, interprète la nouvelle disposition conformément à l'article 2 de la CESDH (droit à la vie). Ce faisant, les intérêts en jeu sont mis en balance et les ripostes disproportionnées ne sont pas jugées justifiées, alors même que la lettre et l'esprit de la loi les considèrent telles³⁰.

Le droit positif devient donc un matériel qui doit être modelé, assemblé, raffiné, rassemblé³¹. Il est aussi la cause et l'effet de celle refondation de pouvoirs qui connaît une importance croissante dans l'activité du juge. En conséquence même les méthodes d'interprétation changent³². En particulier il devient récessive l'interprétation systématique et la recherche de concepts unitaires déduits par le système, en revanche il est toujours plus important le raisonnement par principes. C'est compréhensible donc que la recherche des intérêts et l'attention aux valeurs protégés par les normes pénales devient le phare qui oriente la méthode de l'interprétation.

4. Question IV

Par commodité d'exposition je vais indiquer la différence entre les intérêts et les valeurs.

Je donne aux intérêts un statut plus juridique, selon lequel ceux-ci viennent indiqués à travers une référence à la norme posée. Les valeurs évoquent des raisons différentes par celles qui sont indiquées par le droit positif (de cette façon je chercherais de mettre de côté la question, centrale pour le pénaliste, du rapport entre les faits et les valeurs³³). Évidemment dans la logique de cette réunion plus que la nature des valeurs et des intérêts il me semble important d'identifier leur fonction, c'est-à-dire quand les intérêts et les valeurs deviennent méthode d'interprétation des normes du droit positif.

en Mireille Delmas-Marty, Mark Pieth, Ulrich Sieber (dir.), *«Les chemins de l'Harmonisation. Harmonising criminal law»*, Parigi, ed. Società de legislation comparè, 2008, p. 253 s.

²⁹ Loi n. 59 du 2006.

³⁰ Cf. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milan, 2012, p. 261.

³¹ Cf. dans une littérature imposante M. Vogliotti, *La «rapsodie» : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser la production juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001, p. 141 s.

³² Cf. M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, 2014 en ligne à l'URL <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18380>

³³ Pour une belle synthèse sur cette dichotomie central pour le pénaliste v. D. Pulitanò, *La scienza penale tra fatti e valori cit.*, p. 247. consultable en ligne à l'URL <http://www.edizioniets.com/Scheda.asp?N=9788846729835>

Cela dit, il reste à faire un important *caveat*.

Une réflexion sur les intérêts en droit pénal devrait aborder même la question de l'idée de l'objectif en droit pénal³⁴, c'est-à-dire de celle tradition juridique séculaire qui considère le droit pénal une science juridique intégrale. Selon l'idée de l'objectif la connaissance du droit pénal est une analyse de droit positif qui ne peut faire abstraction de se référer aux savoirs extra - pénales et à l'évaluation du rapport entre les moyens et les objectifs, comme premier critère de justification dans l'utilisation de la peine³⁵. Il est évident que l'idée de l'objectif évoque la question des intérêts³⁶. Toutefois faute de place et conscient d'effectuer un forçage j'ai décidé de ne pas traiter cette dimension des intérêts.

4.1 Les intérêts: le bien juridique protégé

Je vais me concentrer sur une plus limitée observation des intérêts, considérés comme des méthodes d'interprétation du droit pénal selon un critère essentiel pour le droit pénal italien: le s.d. principe "de la nuisance"³⁷, selon lequel le crime constitue l'offense à un bien juridique³⁸. En conséquence ce critère, de rang constitutionnel³⁹, impose que les fait qui n'offensent pas le bien juridique protégé ne sont pas des faits typiques.

Par exemple le crime de faux témoignage (art. 372 c.p.) punit avec la réclusion de deux à six ans « quiconque, en tant que témoin devant l'Autorité judiciaire ..., affirme le faux ou nie la vérité, ou ne dit pas (totalement ou partialement) ce qu'il sait sur les faits sur lesquels il est interrogé ... ».

Le bien juridique protégé par cette norme, comme l'indique le Titre III du livre II du code pénal, où ce crime est prévu, est l'administration de la justice. Imaginons un témoin qui affirme le faux, mais il affirme le faux sur des circonstances qui ne peuvent pas mettre en danger la justesse de la décision. Cette objective fausseté, satisfait la description du cas d'espèce, mais elle ne pourra pas être sanctionnée comme faux témoignage parce qu'il manque l'élément essentiel de l'offense au bien juridique protégé. Le juge devrait donc acquitter parce que le fait n'existe pas.

Un autre exemple. Le crime d'incendie (art. 423 c.p.) punie avec la réclusion de trois à sept ans « quiconque cause un incendie ». Le bien juridique protégé par la norme, indiqué par le titre V du livre II du code pénal, est la sécurité publique (*incolumità pubblica*). Pour appliquer le crime ne suffit pas d'évaluer la correspondance entre fait et définition d'incendie. Donc si quiconque cause un "grand feu qui, en se propageant, cause des dégâts importants"⁴⁰ il

³⁴ Je me réfère au mouvement qui trouve son programme dans le classique de F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milan, 1962 (éd or. 1882), p. 46.

³⁵ Sur la relation entre droit pénal du but et droit pénal en tant que science sociale intégrale la littérature est immense; v. C. E. Paliero, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione dle diritto penale*, en L. Stortoni, L. Foffani, *Critica e giustificazione nel diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica nella scuola di Francoforte*; Milan, 2004, p. 239 s.

³⁶ Une belle réflexion (mais pas totalement condivisibile de mon point de vue) dans cette perspective est récemment offerte par R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto* en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1769 s.

³⁷ cf. pour tous V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Turin, 2005.

³⁸ Fondamentale F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milan, 1983.

³⁹ Cfr. V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale* cit., e G. Marinucci, E. Dolcini *Corso di diritto penale*, Milan, 2001, p. 449 s.

⁴⁰ Ainsi la définition de incendie en <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/incendie/42216>

commet un crime seulement s'il est prouvé que cet incendie a mis en danger le bien juridique de la sécurité publique (par exemple si l'incendie a eu lieu à côté de lieux habités).

Pour évaluer l'offense il faut donc évaluer quel est le bien juridique protégé. Très rarement il est indiqué par l'infraction, presque toujours l'identification du bien juridique protégé est laissée aux décisions de l'interprète.

Aux fins de notre rencontre il me semble intéressant de signaler trois aspects de ce principe (*offensività*), qui résonnent immédiatement sur la question des intérêts.

a) Selon la logique de la nuisance l'interprète *doit* avoir le dernier mot sur l'identification du bien juridique. Le bien juridique est appelé à exercer une fonction critique, de "gardien de la norme de droit positif". La norme de droit positif ne peut pas elle-même décider quel soit le bien juridique protégé par elle, parce-que cette fonction critique disparaît, si le contrôlé pouvait choisir son contrôleur. En même temps l'interprète devrait en tout cas rechercher le bien juridique à partir des indices de droit positif et de la Constitution, qui lui indiquent quels peuvent être et quels sont les biens juridiques légitimes.

L'identification du bien juridique est, cependant, une question d'interprétation et non de légitimité de la loi, donc le *dominus* est la Cour de Cassation et non la Cour Constitutionnelle.

b) Mais l'identification du bien juridique évoque un deuxième aspect: il faut évaluer quels sont les biens juridiques légitimes. Même ça est un devoir de l'interprète, mais sous le contrôle – cette fois – de la Cour Constitutionnelle, qui doit indiquer quels sont les biens juridiques méritant d'être protégés. De cette façon, souvent, la Cour Constitutionnelle redéfinit elle-même le bien juridique en question, en attribuant aux normes un bien juridique estimé constitutionnellement compatible. C'est ce qui est arrivé à l'art. 414 c.p. sur l'incitation à commettre des délits (*istigazione a delinquere*) quand la Cour⁴¹ a établi que seulement les faits d'incitation concrètement capable de mettre en danger ce qu'elle a défini l'ordre public constitutionnel peuvent être punis.

De cette façon le discours entre l'identification des intérêts (légitimes de protection pénale) et valeurs va se mêler. Se demander quels sont les biens juridiques qui peuvent légitimement être protégés par le droit pénal veut dire se demander quels valeurs peuvent être protégés par un droit pénal laïc et sécularisé. Il s'agit donc soit des questions éthiquement controversés « classiques », soit des autres questions qui ne sont pas éthiquement controversés.

⁴¹ C. cost. n. 65 du 1970 consultable en ligne à l'URL <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>.

À propos des premières l'on pense, en domaine de biomédecine, à la loi 40 de 2004 sur la fécondation en vitro (FIV). Plusieurs options du législateur ont été déclarées constitutionnellement illégitimes par la Cour constitutionnelle juste dans cette perspective⁴². Par exemple l'interdiction de l'insémination hétérologue⁴³ a été déclaré constitutionnellement illégitime⁴⁴ sur l'hypothèse selon laquelle, à la lumière de la licéité de la fécondation homologue, une telle disparité pouvait trouver une raison seulement à fondement moraliste. En conséquence le valeur que justifiait cet interdiction ne pouvait pas être un légitime bien juridique, et donc il n'était pas justifié le sacrifice des contre-intérêts en champ⁴⁵. La Cour constitutionnelle a donc déclaré l'illégitimité constitutionnelle de l'interdiction absolue de fécondation hétérologue.

On peut faire des discours analogues sur l'interdiction, actuellement en vigueur, de gestation pour autrui non commerciale⁴⁶, où le crime pose des doutes des constitutionnalité parce que on ne peut bien identifier le bien juridique protégé. De même il arrive dans les cas où on estime que les normes contre la morale sont justifiés parce qu'elles sont posées pour protéger la dignité humaine (exploité en tant que bien refuge), outre le cas de la GPA, l'on pense à la prostitution, à la protection de l'embryon par rapport à la cryoconservation, à la question sur le fin de la vie⁴⁷.

Le même arrive sur des questions qui ne sont pas éthiquement controversées (dans le sens que il y a sur ces questions un consensus éthique répandu). L'on pense par exemple à l'interdiction sanctionnée pénalement de détenir matériel pédopornographique de type virtuel⁴⁸. Une fois qu'il manque un mineur en chair et en os, le seul bien juridique protégé par le délit de pédopornographique de type virtuel serait la lutte contre la culture de la pédopornographie. C'est pour cela que le juges, considérant que le seul bien juridique protégé doit être le mineur en chair et en os (et non l'idée de mineur), interprètent le délit⁴⁹ comme s'il peut se référer à celles situations où il y a encore un mineur en chair et en os, comme en cas de photomontages, en excluant l'incrimination des images originaires virtuelles (c'est-à-dire où l'image du mineur a été créée au computer).

c) Troisièmement les raisonnements sur le bien juridique présentent une hétérogénéité des fins qui est très intéressante en vue de notre réunion. Le bien juridique et le principe de la nuisance se proposent comme des critères fondés sur l'individuation de l'intérêt protégé en fonction de *légitimation négative*. C'est-à-dire que les faits qui n'offensent pas ne peuvent pas être considérés des crimes. Cependant le raisonnement sur l'intérêt protégé fini par impliquer son contraire: un fait si offensif est, pour autant, considéré un crime.

⁴² La Cour constitutionnelle a jugés inconstitutionnelles nombreuses option de la loi 40 du 2004, v. A. Vallini, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, voir dans l'*Enciclopedia del diritto*, Milan, Giuffrè, 2016.

⁴³ Prevù à l'art. 4 troisième alinea de la loi 40 du 2004.

⁴⁴ C. Cost. 162 du 2014 consultable en ligne à l'URL <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

⁴⁵ Cf. par. 5 ss. du Considerato in diritto de l'arrêt C. Cost. 162 du 2014 cit.

⁴⁶ Cf. C. Sotis, «*Trop précieux pour être vendu*». *Le principe de non-patrimonialité en Italie* in B. Feuillet-Liger, S. Oktay-Özdemir (dir.), *La réalité du principe de non patrimonialité du corps humain. Panorama international* Bruxelles, Collection Droit, Bioéthique et société (n.17), 2017, p. 137 s.

⁴⁷ C. Sotis, *Raison pratique et énantiosémie de la dignité humaine: la réalité du principe en Italie* in : B. Feuillet-Liger, K. Orfali (dir.), *La dignité de la personne: quelles réalités?*. *Panorama international* Bruxelles, Collection Droit, Bioéthique et société (n.16), 2016, p. 189 s.

⁴⁸ Délit puni par l'art. 600 quater 1. code pénal (pédopornographie virtuelle) cf. C. Sotis, *Les principes de nécessité et de proportionnalité* in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (sous la direction de), *Le droit pénal de l'union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, 2012, p. 59.

⁴⁹ cf. Tribunale Penale de Milan 11 novembre 2010 en ligne à l'URL <http://www.penalecontemporaneo.it/d/445-trib--milano-sent-111110-ud-pres-ed-est-tanga-pedopornografia-virtuale>

En raisonnant par intérêt ceci se transforme en un critère de *légitimation positive*. Le raisonnement sous-jacent est l'exigence de punir également deux différents faits qui offensent le même bien juridique. Toutefois ces raisonnements sur l'intérêt protégé mettent en second plan le trait distinctif du droit pénal qui est de sélectionner les faits pénalement significatifs par *modalité de lésion*,.

Un exemple très connu est l'attribution de significat à la conduite de violence dans le crime de violence privée, prévu par l'art. 610 du code pénal («Quiconque, *avec violence* contraint les autres à faire, tolérer ou omettre quelque chose, est puni avec la réclusion jusqu'à quatre ans»). Selon le critère utilisé, appelé « théorie de la coercition »⁵⁰, puisque le bien juridique protégé est la liberté d'autodétermination, l'on devrait considérer commise « avec violence » chaque conduite adaptée à offenser ce bien juridique. Donc chaque conduite qui contraint quelqu'un à subir injustement quelque chose est considérée un conduite commise avec violence⁵¹. Il est un cas paradigmatique de recherche du sens de la *modalité* de réalisation d'une offense grâce à un test d'aptitude à offenser l'intérêt. Mais de cette façon l'on arrive à dire que même les formes de résistance passive, comme les *sit-in*, sont des conduites réalisées « avec violence » qui sont sans doute un moyen adapté à exercer une coercition. Même si nous nous trouvons devant à l'embarrassant querelle linguistique de qualifier comme violents des formes de proteste non violente!

La Cour constitutionnelle nous offre un autre exemple dans un récent arrêt d'illégitimité constitutionnelle. L'arrêt n. 56 de 2016 a affirmé l'irraisonnable disparité de traitement produite par l'art. 181, alinéa 1-*bis*, d.lgs. 22 janvier 2004, n. 42 (Code des biens culturels et du paysage). En synthèse, les abus d'urbanisation sur des immeubles déclarés, *avec décision*, de grand intérêt public étaient punis avec la réclusion jusqu'à quatre ans, alors que les abus d'urbanisation sur des immeubles déclarés, *par loi*, de grand intérêt public étaient punis avec l'arrestation jusqu'à deux ans et l'amende de 30.986 à 103.290 Euro. Cette différence de traitement a été jugée une violation de l'art. 3 de la Constitution principe d'égalité et raisonnable (*principio di uguaglianza-ragionevolezza*). La Cour considère en effet qu'on va punir de façon différente deux faits homogènes.

Et la Cour, pour évaluer l'homogénéité entre deux cas d'espèce qui punissent des faits différents (l'une les abus sur les immeubles prévues *par la loi*, l'autre sur les immeubles prévues *par un décision*), fait recours à la nature unitaire du bien juridique protégé par tous les deux cas d'espèce. Toutefois, comme bien argumenté en doctrine⁵², plusieurs raisonnables raisons peuvent conduire le législateur à avoir puni de façon différent l'abus commis sur un immeuble sur lequel il y a une obligation urbanistique à cause d'une procédure spécifique, par rapport à celui qui a été commis sur un immeuble sur lequel il y a une obligation urbanistique à cause d'une loi, c'est-à-dire un catalogue général et abstrait⁵³.

Nous avons la sensation que la Cour constitutionnelle a prononcé ce discutabile arrêt parce que le bien juridique protégé est le même et le raisonnement sur l'intérêt protégé a fini pour rendre invisibles les éventuelles raisons en faveur de la diversité de traitement de deux différents conduits.

4.2. Valeurs.

⁵⁰ Cf. F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale. I L'offesa mediante violenza*. Milano, 2002, p. 142.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² F. Consulich, *Materia penale e controllo costituzionale ragionevole: il caso dell'abuso paesaggistico. Osservazione a sentenza n. 56 del 2016 en Giurisprudenza Costituzionale 2016.*, p. 584 s.

⁵³ Cf. R. Fuzio, *Art. 142 en M. A. Sandulli, Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2012, Milan, p. 1066 s.

Faute de place, je vais traiter des valeurs seulement d'une perspective spécifique. Comme nous le savons le droit pénal italien ne présente aucune disposition générale qui se réfère à la bonne foi, aux bonnes mœurs, à la loyauté, à la probité. L'équité aussi est interdite de l'arsenal des critères de solution. Toutefois il est intéressant de constater que les raisons de différenciation, évoqués par ces critères, ne peuvent évidemment pas être effacées. Elles sont en effet virées par la porte du positivisme, mais elles rentrent par la fenêtre des jugements des valeurs.

On pense à l'interdiction de l'abus de droit. Cette méthode d'interprétation se pose en contraste frontal avec le droit pénal⁵⁴. S'il y a un abus de droit quand on exerce un droit formellement légitime, mais pour des finalités différentes desquelles le droit a été posé, en revanche la typicité du droit pénal prétend qu'un fait constitue un crime seulement si le fait correspond à la description contenue dans l'infraction. La grammaire de l'interdiction de l'abus de droit et celle de l'interdiction pénale parlent deux langues complètement différentes.

Mais l'abus de droit a terminé par dire son mot même dans le droit pénal. Habituellement il le fait de manière déguisée, comme une récente thèse de doctorat qui j'ai eu le faveur de diriger⁵⁵ l'a bien exploré. Le cas plus fameux et manifeste est celui en domaine de droit fiscal, où certaines pratiques d'évasion d'impôt, retenues abusives des droits d'économie fiscale par la jurisprudence fiscale, ont été qualifiées par la jurisprudence pénale (avant la réforme de 2015) comme délit de fraude fiscale⁵⁶.

Les valeurs peuvent toutefois venir à l'attention même dans leur forme « pure », c'est-à-dire comme des intérêts qui ne trouvent pas fondement, direct ou indirect, dans les normes de droit positif, mais ils constituent la justification réelle de certaines décisions pénales. Probablement cela arrive dans tous les systèmes pénaux du monde, même ceux de *civil law*, comme celui italien.

Mais il est intéressant de constater la stratégie à travers laquelle il arrive dans un système caractérisé du positivisme et à la recherche de concepts unitaires, comme le système italien.

Pour mieux le comprendre je ferais trois exemples.

a) Le délit d'abus de pouvoir (art. 323 c.p. *abuso di ufficio*), posé comme norme de fermeture des crimes commis par les fonctionnaires contre l'administration publique, est un champ de tension classique du rapport entre la discrétion de l'action administrative, la justice administrative et le droit pénal.

Ce n'est donc pas un hasard si cette norme enregistre des tensions particulières et nombreuses modifications dans le temps. Dans la version actuellement en vigueur, après la réforme de 1998,

⁵⁴ Ainsi C. Piergallini, "Civile" e "penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 1332.

⁵⁵ M. Bosi, *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*. Thèse de doctorat. Université de Macerata. XXVIII ciclo, 2017

⁵⁶ Cf. M. Bosi, *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*. cit. p. 219 s.

pour limiter le contrôle pénal sur l'activité administrative, la loi décrit comme passible de sanctions pénales seulement les faits commis en violation de normes de loi et de règlement (à l'exclusion donc des agissements qui peuvent relever comme excès de pouvoir). La loi introduit en outre un dol intentionnel. En bref, la norme puni comme abus de droit les agissements, commis par « le fonctionnaire, qui en violation de normes de droit ou de règlement intentionnellement procurent un injuste avantage patrimonial à soi-même ou aux autres ». La jurisprudence, dans des nombreuses cas dans lesquels le fonctionnaire a agit en violation de normes et il a procuré à soi un injuste avantage, mais en poursuivant en priorité des intérêts publics, a retenu que le dol intentionnel n'était pas intégré. En conséquence dans ces cas la jurisprudence ne condamne pas pour «*abuso di ufficio*».

Par exemple il a été considéré que le crime ne subsistait pas dans un cas où le maire avait délivré un permis de construire en violation de la normative urbanistique sur l'assainissement du centre historique, mais à fin de favoriser le repeuplement d'un pays qui était en train de mourir.⁵⁷ De même on a exclu le dol intentionnel en cas où des dizaines de permis de construire avaient été délivrés non conformément à la normative urbanistique, mais à fin d'éviter le dépeuplement de la montagne. Idem dans un cas où un permis d'accès en violation de loi a été accordé, mais pour éviter des litiges ultérieurs avec les administrateurs ; en cas où le dirigeant d'école déplace un enseignant contre la normative et sans le consensus du même enseignant, mais à fin de garantir l'efficacité du service ; en cas où la municipalité a délivré, contre loi, des autorisations à un hôtel, mais pour sauver la saison touristique de laquelle dépendait l'économie du territoire⁵⁸.

Or, cette reconstruction de dol intentionnel dans l'abus de pouvoir est en dystonie avec la reconstruction traditionnelle de dol⁵⁹. Les raisons sont en fait différentes du dol et l'intention n'est pas exclue si l'agent, outre les éléments du fait, entend rejoindre aussi autres intentions. Et pourtant la jurisprudence fonde ces décisions *en construisant un concept* de dol intentionnel d'abus de pouvoir. Un concept qui déguise une règle d'opération évidente: « on doit nier le dol si on agit pour faire le bien ⁶⁰ ». En d'autres termes l'interprète effectue un balancement en concret sur la base de valeurs (pour « faire le bien ») qui sont étrangers à la norme et qui contredit le balancement en abstract effectué par le législateur (affirmer que le fait est commis s'il est en violation de normes de loi et de règlement, veut dire que les intérêts principaux sont ceux-là établis par les normes de loi et de règlement).

⁵⁷ Ainsi Cass. pen. sez VI, 8 octobre 2003 708 cité par. M. Gambardella, *Art. 323* en G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vo. IV, Milan, 2015, p. 633.

⁵⁸ Pour cette casistique v. A. Natalini, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l'avallo della cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica* en *Casazione. penale* 2004, p. 3204 note 1.

⁵⁹ Ainsi par ex. A. Natalini, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. cit.* p. 3215;

⁶⁰ Ainsi avec des relief critiques E. Infante, *Abuso di ufficio* en A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (dir.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale II, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Turin, 2008, p. 361.

b) un deuxième champ de tension est celui de la faute. Autre secteur destiné par définition à mettre en communication règles juridiques et règles sociales et dans lequel, en conséquence, la contrainte à la loi résulte fonctionnellement atténué. Je pense en particulier à ces cas dramatiques où les parents se sont oubliés l'enfant sur le siège-auto pendant des journées très chaudes ou très froides et les enfants sont morts, ou ont subi des très graves blessures à cause du chaud ou du froid.

En certains cas les juges ont retenu de ne pas condamner le parent pour homicide involontaire⁶¹. Les juges ont acquitté sur la base de rapports psychiatriques qui argumentaient que les gestes répétés tous les jours peuvent déterminer une « amnésie dissociative » qui ferait disparaître la responsabilité. L'exclusion de responsabilité est affirmé parfois en niant la capacité d'entendre et vouloir (et donc l'imputabilité), parfois en niant la *suitas*, c'est-à-dire que l'action doit être commise avec conscience et volonté, parfois encore en s'appuyant à la s.d. mesure subjective de la faute. En tous les cas il est évident que la décision se fonde sur des considérations de valeur, qui n'appartiennent pas à la norme. En particulier la décision se fonde sur la conviction que la peine infligée ne pourrait avoir aucun rôle général- ou spécial-préventif. Par rapport au douleur et souffrance que le parent devrait supporter pendant toute la vie, le juge ne sent pas nécessaire la condamnation à la souffrance pénale.

Un test décisif que la *ratio decidendi* soit dans cette choix de valeur, qui considère non nécessaire une peine considérée au contraire nécessaire pour le droit positif, nous la trouvons en comparant ces cas ci avec celui où le père avait oublié le fils en voiture, mais en allant jouer à la *slot machin* et non en allant au travail (comme dans les autre cas). Ici heureusement l'enfant n'a subi aucune lésion du point de vue physique, mail toutefois au père n'a été pas reconnue « l'amnésie dissociative » et a été condamné pour abandon d'enfant ex art. 491 c.p. à la réclusion de trois ans et quatre mois⁶².

c) le troisième exemple porte sur une affaire connue par les pénalistes italiens comme un exemple d'application stricte de la norme du “doute raisonnable”⁶³.

L'affaire concerne une femme tombée dans un coma profond et qui présente une situation clinique extrêmement grave. La femme est intubée et ventilée. Le mari est immédiatement informé sur les conditions désespérées de sa femme et du fait qu'elle est ventilée.

⁶¹ Cf. <http://www.lastampa.it/2014/09/27/italia/cronache/il-figlio-di-due-anni-mor-di-asfissia-chiuso-in-auto-piacenza-prosciutto-il-padre-che-lo-dimentic-Sm0k6QTQcPXIwhU37WeryL/pagina.html> dans le même sens v. le cas en attente de jugement http://www.ilmessaggero.it/roma/cronaca/roma_figlio_auto_padre_condannato-2199053.html

⁶² http://www.ilmessaggero.it/roma/cronaca/roma_figlio_auto_padre_condannato-2199053.html

⁶³ Cour d'assises d'appel de Milan, 24 avril 2002 n. 23. L'arrêt est publié dans la plus importante revue de droit pénal italienne, avec une note qui déjà dans le titre l'inscrit dans la thématique du BARD (Beyond Any Reasonable Doubt), F. Centonze, *La Cour d'assises face au doute raisonnable*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 666 s.

Le matin suivant, le mari en proie au désespoir se rend à l'hôpital avec un pistolet, s'enferme dans la chambre où est hospitalisée sa femme et oblige le médecin à détacher la ventilation mécanique. Ensuite, tout en le menaçant avec son arme et les bras autour de sa femme, il demande les larmes aux yeux au médecin de constater avec l'électrocardiogramme la mort pour arrêt cardiaque. Le mari, une fois le décès confirmé par le médecin, câline sa femme, lui passe l'alliance au doigt, puis il pose l'arme et se rend à la police.

Parmi d'autres délits contestés, le mari est accusé d'homicide volontaire.

La Cour d'assises d'appel acquitte cependant l'accusé des accusations de meurtre, en arguant qu'il n'était pas possible de prouver au-delà d'un doute raisonnable que la femme était encore vivante au moment où le mari avait enlevé la ventilation. La Cour soutient, en effet, que la définition de mort dans la loi de 1993 définit la mort comme mort cérébrale⁶⁴ et que la dernière observation avait eu lieu une demi-heure plus tôt. Il ne pouvait donc être exclu que la femme soit déjà tombée en mort cérébrale⁶⁵ entre la dernière observation et le moment où le mari avait arrêté la ventilation⁶⁶.

En conclusion, ce qui rend intéressants pour notre rencontre ces trois catégories, plus que l'ouverture *de facto* à l'équité, est la façon à travers laquelle cela arrive. Les juges d'un droit pénal du cas d'espèce, et traditionnellement encore lié aux concepts, font entrer l'*equitas* par la porte principale, celle des concepts. Ne pouvant pas argumenter les raisons d'une éventuelle exception⁶⁷ fondées sur des raisons d'équité, la voie à suivre est de tordre les concepts (en reconstruisant, dans les cas observés, en vertu de valeurs spécifiques et contingents, les concepts générales et immanents comme le dol intentionnel, la faute, l'action, le lien de causalité, le doute raisonnable.

⁶⁴ Loi n. 578 du 29 décembre 1993 (Dispositions pour la constatation et la définition de la mort). L'article 1 de cette loi, intitulé "Définition de mort", établit que "la mort s'identifie à l'arrêt irréversible de toutes les fonctions du cerveau". La loi délègue ensuite à des règlements ministériels spécifiques la définition des critères pour la constatation de la mort.

⁶⁵ Cette solution est possible parce qu'on ne peut pas prouver au-delà d'un doute raisonnable que la victime était encore vivante, c'est-à-dire que, au moment où l'accusé agit, l'événement ne se soit déjà produit. L'escamotage fonctionne parce que la mort cérébrale n'est pas un événement, mais bien un procédé qu'il ne serait pas possible d'affirmer au niveau naturel, mais seulement à l'issue d'une procédure de vérification. Sur la mort comme procédé V. P. Becchi, *Definizione ed accertamento della morte: aspetti normativi*, en S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, vol. 1 (S. Canestrari et a.), *Il governo del corpo*, tome 2, Milan 2011, p. 2056 et s.

⁶⁶ Le postulat de cet arrêt est qu'il est impossible d'affirmer au-delà d'un doute raisonnable que la femme était encore vivante (en vertu de la définition normative de mort comme mort cérébrale et des critères y relatifs de vérification). Ce fondement est pourtant inquiétant parce qu'il implique de vérifier au-delà d'un doute raisonnable la vie et non pas la mort. La définition légale de mort cérébrale totale et sa constatation identifient au contraire une procédure visant à affirmer avec une certitude raisonnable le moment où la mort survient. Une loi pour définir et constater la mort au moyen d'un procédé est renversée pour affirmer l'impossibilité de constater la vie au-delà d'un doute raisonnable

⁶⁷ Cf. M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, *Le regole dell'eccezione.. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011.