

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PREMIÈRE SECTION

AFFAIRE LO SICCO c. ITALIE

(Requête n° 14417/09)

ARRÊT

Art 7 • *Nullum crimen sine lege* • Condamnation pénale du requérant pour l'infraction du concours externe à l'association de type mafieux • Imprévisibilité de l'infraction en cause due aux divergences de jurisprudence quant à l'existence de l'infraction jusqu'à l'accessibilité de l'arrêt *Demitry* de la Cour de cassation • Question principale soulevée en l'espèce identique à celle examinée dans l'arrêt *Contrada c. Italie (n° 3)* • Caractère objectif du constat d'imprévisibilité en question

Préparé par le Greffe. Ne lie pas la Cour.

STRASBOURG

29 octobre 2026

Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.



En l'affaire Lo Sicco c. Italie,

La Cour européenne des droits de l'homme (première section), siégeant en une chambre composée de :

Ivana Jelić*, présidente*,
Erik Wennerström,
Gilberto Felici,
Raffaele Sabato,
Frédéric Krenc,
Davor Derenčinović,
Alain Chablais*, juges*,

et de Ilse Freiwirth, *greffière de section*,

Vu :

la requête (n° 14417/09) dirigée contre la République italienne et dont un ressortissant de cet État, M. Pietro Lo Sicco (« le requérant »), a saisi la Cour en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention ») le 6 mars 2009,

la décision de porter à la connaissance du gouvernement italien (« le Gouvernement ») les griefs fondés sur les articles 7 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 à celle-ci concernant, respectivement, la prévisibilité de l'infraction de concours externe[1] en association de type mafieux et la légalité de la confiscation, et de déclarer la requête irrecevable pour le surplus,

les observations des parties,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 22 septembre 2026,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

INTRODUCTION

1. La requête concerne la prévisibilité, sur le terrain de l'article 7 de la Convention, de la condamnation pénale du requérant sur le fondement des articles 416 *bis* et 110 du code pénal (CP) et la légalité, sous l'angle des articles 7 de la Convention et 1 du Protocole n° 1, de la confiscation qui en a découlé.

EN FAIT

2. Le requérant est né en 1948 et réside à Palerme. Il a été représenté par Me Maurizio De Stefano et Me Massimiliano De Stefano, avocats à Rome.

3. Le Gouvernement a été représenté par son agent, M. L. D'Ascia, *Avvocato dello Stato*.

---

[1] **Dans le présent arrêt, conformément aux droit et pratique internes, les termes « concours externe » (*concorso esterno*) et « concours éventuel » (*concorso eventuale*) sont employés indistinctement.**

4. À une date comprise entre 1996 et 1997, le procureur du tribunal de Palerme demanda le renvoi en jugement du requérant. Il ressort de l'acte d'accusation que l'intéressé était poursuivi des chefs

> « De « concours à une association de malfaiteurs simple et à une association de malfaiteurs de type mafieux (articles 110 et 416 du code pénal [le « CP »] ; articles 110 et 416 *bis*, paragraphes 1, 3, 4, 5 et 6 du CP) pour avoir, [à Palerme, de 1980 à aujourd'hui], concouru aux activités de l'association de type mafieux dénommée « Cosa Nostra » et à la poursuite de ses objectifs, en mettant de manière continue à la disposition de nombreux membres éminents de ladite association de malfaiteurs (...) son activité commerciale, son influence (*credito*) et les connaissances acquises [par lui], en leur permettant de réutiliser le produit des activités criminelles menées par l'association elle-même, la renforçant ainsi en termes de pouvoir économique et de disponibilité conséquente de moyens[,]
>
> [a]vec les circonstances aggravantes prévues aux paragraphes 4 et 6 de l'article 416 *bis* du CP, puisqu'il s'agi[ssai]t d'une association armée visant à prendre le contrôle d'activités économiques financées, en tout ou partie, par le prix, le produit ou le profit de crimes. (...) »

5. Par un arrêt du 12 juin 2000, le tribunal de Palerme établit qu'il y avait

> « (...) lieu de considérer que la commission par M. Lo Sicco d'un concours éventuel à une association de type mafieux (*concorso esterno in associazione mafiosa*) était établie, puisqu'il avait eu des agissements qui, tout en manifestant son extranéité à l'organisation criminelle, visaient incontestablement à faciliter, renforcer et maintenir celle-ci dans l'un de ses secteurs vitaux, à savoir la construction d'immeubles destinés à l'habitation civile ».

6. Quant à la fixation de la peine, le tribunal décida que

> « compte tenu notamment de l'intensité du dol, [qui se manifestait] dans la poursuite du comportement illicite sur une longue période, il appar[aissait] juste d'infliger à Pietro Lo Sicco une peine de sept ans d'emprisonnement, outre le paiement des frais de justice et des frais de maintien en prison pendant la période de détention préventive ».

7. Enfin, afin de justifier la confiscation des biens du requérant, le tribunal établit ce qui suit :

> « [U]ne condition essentielle pour l'application [de la mesure de confiscation] est (...) la condamnation (...) pour certains délits, dont le délit d'association mafieuse, ainsi que les délits commis par le biais des moyens prévus à l'article 416 *bis* du CP ou en vue de faciliter l'activité des associations visées dans la même disposition.
>
> (...) une autre condition essentielle de [la confiscation] est l'absence de justification de l'origine des biens et le caractère disproportionné entre la valeur des biens dont dispose – directement ou indirectement – la personne condamnée et les revenus déclarés à des fins fiscales ou les revenus licites provenant de toute activité économique exercée par la même personne.
>
> Enfin, il convient de noter que, selon une jurisprudence constante à laquelle cette Cour souscrit, la présomption d'acquisition illicite de biens de la part de l'accusé doit être circonscrite dans un cadre temporel raisonnable : il faut d'abord vérifier que les biens ne sont pas à première vue étrangers au délit car ils ont été acquis dans un laps de temps tellement antérieur à la commission de celui-ci que toute possibilité de lien avec lui est exclue ».

8. Le requérant releva appel de l'arrêt de condamnation. Par un arrêt du 10 juillet 2002, la cour d'appel de Palerme confirma l'arrêt attaqué. À la suite du pourvoi formé par le requérant, la Cour de cassation, par un arrêt n° 7178 de 2004, annula l'arrêt d'appel et renvoya l'affaire devant une autre section de la cour d'appel de Palerme, relevant en particulier ce qui suit :

> « la Cour observe que les juges du fond, bien qu'ayant exclu une intégration de M. Lo Sicco [dans la structure de] l'organisation criminelle « Cosa Nostra » et l'ayant considéré comme un simple « concourant extérieur », n'ont pas suffisamment approfondi la question et, en particulier, n'ont pas analysé et apprécié la portée réelle de son concours [en recherchant si il était] fonctionnel, en terme concret, spécifique et pertinent, ainsi que le lien causal (*determinismo causale*), pour le maintien ou le renforcement de l'organisation.
>
> L'appréciation du juge sur le fond s'est bornée à la mise en évidence d'une certaine « contiguïté » de M. Lo Sicco avec les milieux mafieux et une sorte de « disponibilité » de celui-ci, dans l'exercice de son activité entrepreneuriale, à l'égard de personnes physiques incontestablement intégrées, avec un rôle prépondérant, dans des clans « mafieux », même opposés.
>
> En effet, le Tribunal de Palerme, en reconstituant l'activité exercée pendant plus de vingt ans par l'accusé dans le secteur de la construction privée, ainsi que les relations interpersonnelles qui y étaient liées, a identifié certains épisodes (vente de terrains ou d'appartements, attribution de travaux à des sociétés mafieuses, versement de pots-de-vin), les considérant comme symptomatiques de relations d'affaires avec des membres de la criminalité organisée et, par conséquent, comme une aide objective à la cause de l'organisation et au programme criminel correspondant.
>
> Il s'agit d'une conclusion simpliste et superficielle, car elle ne démontre pas que ces épisodes aient contribué de manière concrète au maintien ou au renforcement de l'entité criminelle. On ne peut ignorer que, selon la même reconstitution des faits effectuée par les juges du fond, M. Lo Sicco a eu, de temps à autre, des relations avec des mafieux appartenant à des clans différents et souvent opposés, de sorte qu'il aurait été nécessaire de démontrer l'incidence spécifique de ces relations sur la vie et le fonctionnement de l'organisation [en tant que telle], ce qui n'a pas été le cas.
>
> (...)
>
> Il s'agit d'arguments en principe pertinents pour déterminer la portée du concours éventuel au délit d'association, mais dépourvus de toute capacité démonstrative, parce qu'ils sont simplement affirmatifs et ne s'appuient sur aucune évaluation critique des preuves. En substance, l'affirmation de principe n'a pas été suivie de sa démonstration, en ce sens que les épisodes limités pris en considération, qui prenaient la forme de relations d'affaires avec des membres individuels de la mafia ou d'une adaptation aux règles de contrôle du territoire par des associations criminelles ne sont pas, en eux-mêmes, indicatifs, par rapport à l'activité globale exercée par M. Lo Sicco dans le secteur du bâtiment, d'une aide concrète, spécifique et pertinente offerte à l'organisation en vue de la renforcer et de lui faire atteindre l'objectif de « contrôle » [de] l'activité de construction dans la ville de Palerme.
>
> Toute contribution ne relève pas d'un concours éventuel, mais seules [sont pertinentes au titre de celui-ci] celles qui peuvent être considérées comme étant aptes, « par leur matérialité (*concretezza*), leur spécificité et leur pertinence, à agir, d'un point de vue causal, sur le maintien ou le renforcement de l'organisation ». Les échanges commerciaux, les relations d'affaires, l'adaptation aux règles de la mafia pour des

raisons de commodité personnelle ne sont pas des indices non équivoques d'un concours externe au délit d'association.

L'arrêt litigieux passe également sous silence le problème de l'élément subjectif du délit.

Un participant externe est tel lorsque, bien qu'étranger à l'organisation, dont il n'entend pas être membre, il apporte une contribution dont il « sait » et « veut » qu'elle vise à la réalisation, même partielle, du programme criminel de l'association [criminelle] (voir chambres réunies, « *Carnevale* »). Cet aspect n'est pas démontré par l'arrêt sur le fond, mais il est présumé, avec un certain nombre de difficultés logiques pour l'appréhender, si l'on considère que l'accent a été mis sur les relations entre l'accusé et des représentants de clans mafieux différents et opposés, circonstance qui se concilie mal, pour autant que l'on puisse le déduire du texte de l'arrêt, avec la perspective d'entretenir ou de renforcer une entité criminelle déterminée. »

9. Par un arrêt du 19 novembre 2004, la cour d'appel de Palerme, statuant comme juridiction de renvoi après cassation, confirma le jugement de condamnation rendu le 12 juin 2000 par le tribunal de Palerme à l'encontre du requérant pour des faits commis entre 1980 et la date de la demande par le procureur d'un renvoi en jugement.

10. Pour ce qui concerne l'existence d'un délit de concours externe, la Cour d'appel tint le raisonnement suivant :

« Il n'y a pas (...) de discussion tant sur le problème soulevé par la défense, lors [de la présentation] des moyens d'appel (...), quant à la possibilité d'envisager, dans l'abstrait, un concours externe au délit prévu par l'article 416 *bis* du CP, ce qui a été admis sans équivoque par la Cour de cassation et retenu par cette cour d'appel, que sur l'établissement des contacts pris par M. Lo Sicco avec des membres individuels de l'organisation au cours de sa longue période d'activité commerciale ; il reste à préciser si ces contacts ont la portée d'une contribution à l'association mafieuse, comme indiqué par la Cour de cassation.

(...)

Selon le requérant, [le concours externe à une association de type mafieux] n'existe pas dans notre droit positif interne : avec la précision que, si il existait, il devrait être limité uniquement aux cas où une personne [ne faisant pas organiquement partie de l'association mafieuse] contribue avec un apport personnel notable et effectif, volontairement et sciemment, à l'existence et au maintien de l'association elle-même, en facilitant sciemment son fonctionnement, à un moment où elle se trouve dans une phase dite de « soubresaut » (*fibrillazione*), en étant pleinement et effectivement consciente de l'existence et des buts de l'association et en étant [tout autant] consciente du lien de causalité de sa contribution.

(...)

[La jurisprudence] a confirmé la possibilité de concevoir, à côté du participant à part entière « à l'association mafieuse », le « concourant éventuel » ou « concourant externe », entendu comme celui qui ne veut pas faire partie de l'association [en question] et auquel celle-ci ne demande pas d'être membre mais auquel elle s'adresse soit pour combler des lacunes temporaires dans une fonction donnée soit, surtout, lorsque le fonctionnement (*fisiologia*) de l'association connaît une phase pathologique qui, pour être surmontée, nécessite l'apport temporaire d'une personne extérieure, « à condition que le « concourant extérieur » soit conscient de cette situation » (ainsi, Cour

de cassation n° 5649 du 13.6.1997) et sans que l'existence d'une intention spécifique soit requise, le dol général étant suffisant, « alors que l'intention exigée pour [l'infraction prévue à] l'article 416 *bis* du CP caractérise la position des « concourants nécessaires » » (ainsi, Cour de cassation n° 7940 du 18.7.1995). »

11. En outre, la cour d'appel exclut l'applicabilité d'autres formes de responsabilité pénale aux faits reprochés au requérant, s'exprimant en ces termes :

« Ce qui est certain, (...), c'est l'absence d'appartenance organique de M. Lo Sicco à l'association mafieuse opérant dans la région de Palerme. En effet, aucun de ses accusateurs appartenant au consortium mafieux ou aux différents groupes qui le composent n'a jamais prétendu que M. Lo Sicco était un « homme d'honneur ».

(...)

Ayant ainsi délimité la responsabilité de M. Lo Sicco pour l'infraction visée aux articles 110 et 416 *bis* du CP, il faut certainement exclure que le comportement de M. Lo Sicco puisse être constitutif de l'infraction moins grave de recel de malfaiteur aggravée, comme l'envisage, à titre subsidiaire, la défense. La contribution offerte par M. Lo Sicco, loin d'être [qualifiable de] marginale et/ou épisodique, s'est prolongée dans le temps, se caractérisant également par des [formes] variées (recherche de protection pour le règlement de litiges ; participation spontanée à des activités économiques avec des sujets mafieux ; services « généralisés » offerts aux différentes familles mafieuses en confiant à des entreprises mafieuses certains travaux sur des chantiers ouverts par le prévenu, ou fournitures reçues d'entreprises mafieuses ou liées à des « familles mafieuses » opérant dans un certain contexte), [et] il y avait pleine conscience de la part de M. Lo Sicco d'apporter, de temps en temps, une contribution importante à la vie de l'association et à son renforcement sur le territoire.

Selon l'orientation absolument dominante de la jurisprudence de cette Cour, le trait distinctif entre les deux [types de criminalité] examinés réside dans la forme que prend la contribution : dans le premier cas, il s'agira d'une contribution sous forme continue visant à l'existence et au renforcement de l'association et avec la conscience de participer de l'extérieur à l'association elle-même ; dans le second cas, il s'agira d'une aide fournie à un associé individuel afin qu'il se soustraie aux investigations des autorités, ou échappe aux recherches de celle-ci, ou [encore] tire profit de certains délits, sans qu'il soit question d'une contribution aux objectifs de l'association en tant que telle, ou de la conscience d'une telle contribution. »

12. Enfin, la cour d'appel confirma également la partie de l'arrêt relative à la confiscation des biens. À cet égard, elle indiqua ce qui suit :

« Une autre question sur laquelle la cour d'appel est appelée à se prononcer concerne la confiscation – ordonnée en vertu de l'article 12 *sexies* de la loi n° 356/92 – des parts sociales des différentes sociétés appartenant à l'accusé qui ont déjà fait l'objet d'une saisie préventive au cours de l'enquête préliminaire, ainsi que d'autres biens immobiliers et mobiliers enregistrés, [dont l'accusé est également réputé disposer]. Rappelant dans leurs grandes lignes les principes régissant la confiscation obligatoire prévue à l'article 12 de la loi n° 356/92 (une condamnation pour délit d'association mafieuse ou pour des délits caractérisés par la circonstance aggravante spécifique visée à l'article 7 de la loi n° 203/91 ; une disproportion entre les biens possédés par le condamné et les revenus déclarés aux fins de l'impôt, [ou] les revenus licites résultant de l'activité économique exercée par le condamné ; l'extranéité au délit, eu égard à la circonstance temporelle de leur acquisition, des biens et des revenus concernés), la cour

d'appel considère que, dans la présente espèce, la défense de l'accusé n'a pas apporté de preuves susceptibles de renverser la présomption réfragable, posée par l'article 12 de la loi précitée, de provenance illicite des biens, présomption qui, pour être renversée, exige une justification fiable et circonstanciée même si elle n'a pas la rigueur d'une preuve de droit civil. »

13. Le 15 septembre 2006 le requérant se pourvut en cassation. Par un arrêt n° 35051, du 11 juin 2008, déposé le 10 septembre 2008, la Cour de cassation rejeta le pourvoi de l'intéressé, confirmant de manière définitive la responsabilité de celui-ci au titre de concours externe pour la période allant de 1980 à 2000, ainsi que la confiscation de ses biens.

14. Pour ce qui est de l'existence et de la portée du délit en question, la Cour de cassation précisa ce qui suit :

« En ce qui concerne les éléments constitutifs du concours externe à une association de type mafieux, cette Cour observe que les chambres réunies de cette Cour, avec l'arrêt n° 33748 du 12 juillet 2005, *Mannino*, ont précisé que le rôle de « concourant externe » à l'infraction visée à l'article 416 *bis* du CP est assumé par la personne qui, n'étant pas intégrée de manière permanente dans les structures organisationnelles de l'association et n'ayant pas l'intention de s'associer, fournit une contribution concrète, spécifique, consciente et volontaire, à condition que celle-ci ait une pertinence causale réelle pour le maintien ou le renforcement de la capacité opérationnelle de l'association ; (...) le comportement du « concourant externe » prend la forme d'une contribution externe au maintien ou au renforcement de l'association mafieuse dans la mesure où, à l'issue de l'appréciation *a posteriori* de l'efficacité causale de ce comportement, il peut être soutenu que celui-ci, en lui-même, a immédiatement et effectivement pesé sur les capacités opérationnelles de l'association criminelle, puisqu'il a entraîné des avantages ou des bénéfices concrets pour celle-ci ou pour ses organes *(articolazioni settoriali*). Or, ces principes (auxquels cette Cour souscrit pleinement), ont été, en substance, et contrairement à ce qui est affirmé dans le pourvoi, respectés dans l'arrêt attaqué en ce qui concerne la position de M. Lo Sicco.

(...)

En ce qui concerne la possibilité de concevoir le délit précité, cette Cour considère qu'il faut souligner que, contrairement à la jurisprudence antérieure en la présente matière, selon laquelle l'apport d'un « concourant externe » ne pouvait être valablement apprécié qu'au regard d'un état de « soubresaut » (*fibrillazione*) du groupe mafieux, les apports jurisprudentiels ultérieurs (Cass., chambres réunies, n° 22327 du 30 octobre 2002 ; Cass., I, n° 4043 du 25 novembre 2003; Cass., chambres réunies, n° 33748 du 12 juillet 2005) ont précisé que le concours externe subsiste même indépendamment de la survenance d'une situation d'anormalité dans la vie de l'association [mafieuse], puisqu'il faut plutôt considérer la qualité de la contribution causale et son impact sur le renforcement et le maintien de l'association [en question].

De même, cette Cour a souligné que le délit de concours externe à une association de type mafieux peut également être commis à raison d'une intervention unique, de nature occasionnelle, ayant une pertinence causale réelle aux fins de maintenir et de renforcer l'association, puisque la continuité et la stabilité des interventions qui caractérisent, par définition, la personne impliquée dans l'association, ne sont pas requises (Cass., I, n° 5777 du 8 février 1999 ; Cass., I, n° 21356 du 17 avril 2002). »

15. Quant à la possibilité de retenir d'autres infractions que le concours externe concernant les faits reprochés, la Cour de cassation s'exprima ainsi :

« En ce qui concerne le moyen relatif au caractère prétendument erroné de la qualification des faits litigieux en infraction de l'article 416 *bis* du CP au titre du concours externe, et non pas en tant qu'infraction de l'article 378 du CP, la Cour de cassation observe que le moyen apparaît manifestement dépourvu de pertinence, la cour d'appel ayant rappelé à juste titre que l'infraction visée à l'article 378 du CP peut être commise en cas d'aide apportée à un associé individuel pour qu'il se soustraie aux investigations des autorités ou aux recherches de celles-ci ou qu'il tire profit de certaines infractions sans que l'on puisse toutefois parler de contribution aux objectifs de l'association en tant que telle, ni de conscience d'une telle contribution.

Il ne peut qu'être souscrit aux conclusions des juges du fond au vu de la différence de l'élément matériel (*oggettività giuridica*) des deux infractions, l'aide de l'instigateur ne concernant qu'une forme particulière d'aide en ce qu'elle vise spécifiquement à faciliter une soustraction aux investigations des autorités, alors que l'apport du « concourant extérieur » consiste à contribuer concrètement au maintien ou au renforcement de l'association. »

16. Le 9 mars 2009, le requérant introduisit un recours extraordinaire pour erreur de fait (article 625 *bis* du code de procédure pénale – le « CPP ») contre l'arrêt du 19 novembre 2004. Il dénonçait une application rétroactive de l'article 416 *bis*, le caractère selon lui imprévisible du délit de concours externe de type mafieux avant l'arrêt *Demitry* de 1994 et une non-conformité des principes appliqués dans son affaire à ceux fixés par la Cour de cassation dans l'arrêt de chambres réunies susmentionné.

17. Par un arrêt déposé au greffe le 24 novembre 2009, la Cour de cassation déclara le recours du requérant irrecevable au motif, notamment, qu'il ne visait pas à contester des erreurs de fait, mais portait sur l'application de la loi pénale. Or, pareille demande ne pouvait être examinée étant donné que l'établissement de la responsabilité du requérant était devenu définitif, aux termes de l'article 624 du CPP, avec le dépôt du premier arrêt de la Cour de cassation.

LE CADRE JURIDIQUE ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

I. LES DISPOSITIONS PERTINENTES EN VIGUEUR AU MOMENT DES FAITS

18. Les dispositions pertinentes du code pénal (le « CP ») se lisent ainsi :

Article 110 - Peine applicable aux personnes participant à une infraction

« Lorsque plusieurs personnes participent à une même infraction, chacune d'entre elles est passible de la peine prévue pour l'infraction en cause (...) »

Article 378 - Recel de malfaiteur

« Quiconque, après la commission d'un crime pour lequel la loi prévoit la réclusion à perpétuité ou l'emprisonnement, et en dehors des cas de concours, aide quelqu'un à se

soustraire aux enquêtes des autorités ou à se soustraire aux recherches effectuées par celles-ci, est puni d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à quatre ans.

Lorsque l'infraction commise est celle prévue à l'article 416 *bis*, une peine d'emprisonnement de deux ans au moins s'applique dans tous les cas.

(...) »

Article 416 - Association criminelle

« Lorsque des personnes, en nombre égal ou supérieur à trois, s'associent dans le but de commettre des délits, ceux qui promeuvent, constituent ou organisent l'association sont punis pour ces faits d'une peine de réclusion allant de trois à sept ans.

Pour le seul fait de participer à l'association, la peine encourue est un emprisonnement d'un à cinq ans.

(...) »

Article 416 *bis* - Association de malfaiteurs de type mafieux (disposition entrée en vigueur le 14 septembre 1982)

« Quiconque fait partie d'une association de type mafieux, composée de trois personnes ou plus, est passible de la réclusion criminelle de trois à six ans.

Ceux qui promeuvent, dirigent ou organisent l'association sont punis, de ce seul fait, d'une peine de réclusion de quatre à neuf ans.

L'association est de type mafieux lorsque ceux qui en font partie se servent de la force d'intimidation du lien associatif et de la condition d'assujettissement et de complicité tacite (*omertà*) en résultant, afin de commettre des délits, de s'attribuer, directement ou indirectement, la gestion ou, à tout le moins, le contrôle d'activités économiques, de concessions, d'autorisations, d'adjudications ou de services publics, ou pour réaliser des bénéfices ou des profits illicites pour ses membres ou pour d'autres personnes, ou encore afin d'empêcher ou d'entraver le libre exercice du droit de vote ou de procurer des voix à ses membres ou à d'autres personnes lors de consultations électorales[2].

(...) ».

19. En matière de confiscation, l'article 12 *sexies* du décret-loi n° 306 de 1992, converti en la loi n° 356 de 1992, prévoit ce qui suit :

« En cas de condamnation pour le délit prévu à l'article 416 *bis* du CP (...), est toujours prononcée la confiscation des sommes ou des biens (*dei beni o delle altre utilità*) dont le condamné ne peut justifier la provenance et dont, même par l'intermédiaire d'un tiers, il est propriétaire ou dispose à quelque titre que ce soit à hauteur d'une valeur disproportionnée par rapport à ses revenus, tels que déclarés pour l'impôt sur le revenu, ou [issus de] son activité économique. »

20. Les autres dispositions pertinentes sont libellées ainsi :

[2] La phrase « ou encore afin d'empêcher ou d'entraver le libre exercice du droit de vote ou de procurer des voix à ses membres ou à d'autres personnes lors de consultations électorales » a été ajoutée par le décret-loi n° 306 du 8 juin 1992 converti en loi et modifié par la loi n° 356 du 7 août 1992, entrée en vigueur le 8 août 1992.

Article 314 du code de procédure pénale (le « CPP »)

« 1. Quiconque est relaxé par un jugement définitif au motif que les faits reprochés ne se sont pas produits, qu'il n'a pas commis les faits ou que ceux-ci ne sont pas constitutifs d'une infraction ou ne sont pas érigés en infraction par la loi a droit à une réparation pour la détention provisoire subie, à condition de ne pas avoir, intentionnellement ou par faute lourde, provoqué [sa détention] ou contribué à la provoquer.

2. Le même droit est garanti à toute personne relaxée pour quelque motif que ce soit et à toute personne condamnée qui, au cours du procès, a fait l'objet d'une détention provisoire, lorsqu'il est établi par une décision définitive que l'acte ayant ordonné la mesure a été pris ou prorogé alors que les conditions d'applicabilité (...) n'étaient pas réunies. »

Article 628 *bis* du CPP

« 1. Le condamné et la personne faisant l'objet d'une mesure de sûreté [peuvent] demander à la Cour de cassation de révoquer le jugement pénal de condamnation prononcé à leur encontre, d'ordonner la réouverture des débats ou, en tout état de cause, de prendre les mesures nécessaires pour éliminer les effets préjudiciables résultant d'une violation constatée par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque celle-ci a été saisie en vue du constat d'une violation des droits reconnus par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou par les protocoles additionnels à la Convention et qu'elle a fait droit à la requête par une décision définitive.

(...) »

II. LA JURISPRUDENCE INTERNE CONCERNANT LA PRÉVISION DU DÉLIT DE CONCOURS EXTERNE À UNE ASSOCIATION DE TYPE MAFIEUX

A. La jurisprudence pertinente de la Cour de cassation antérieure à l'arrêt des chambres réunies *Demitry*

21. Il ressort des documents fournis par les parties que la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, réfuté l'existence d'un délit de concours externe à une association de type mafieux. Les premières décisions dans lesquelles elle a adopté cette position sont les arrêts n° 107 de 1987 et *Cillari*, n° 8092 du 14 juillet 1987. Dans celui-ci, la Cour de cassation s'est exprimée comme suit :

« La participation « externe » qui, conformément à l'article 110 du CP, rendrait responsable – comme le dit le juge d'appel – « la personne qui a apporté à l'association sa contribution propre et adéquate avec la volonté consciente d'agir pour que celle-ci atteigne ses objectifs », caractérise en fait l'élément constitutif (*fatto tipico*) de la participation punissable [au titre de l'article 416 *bis* CP]. »

22. Dans les arrêts n° 418 de 1989 et *Agostani*, n° 8864 du 27 juin 1989, la haute juridiction est parvenue aux mêmes conclusions, exposant qu'il y a une incompatibilité structurelle entre l'hypothèse d'un concours à une

association mafieuse de la part d'une personne extérieure et les délits d'association criminelle, parce qu'il n'est possible d'y trouver ni l'élément constitutif matériel du délit, ni, surtout, l'élément psychologique. Selon la Cour de cassation, il fallait ainsi exclure la possibilité de reconnaître le concours éventuel au délit d'association criminelle d'une personne extérieure à l'association mafieuse non seulement dans les hypothèses de concours matériel, mais aussi dans toutes celles de concours moral non accompagné d'intention de s'associer (*affectio societatis*).

23. Par la suite, dans les arrêts *Abbate*, n° 2342, et *Clementi*, n° 2348, tous deux du 27 juin 1994, la Cour a conclu également à l'absence, en droit interne, de délit de concours externe à une association de type mafieux.

24. Plus particulièrement, dans l'affaire *Clementi*, après avoir noté que la doctrine pénale, tout en reconnaissant la possibilité d'une participation sous forme de concours « moral », excluait en grande partie la compatibilité entre le délit d'association et le concours « matériel » à celle-ci de la part d'une personne externe à l'organisation criminelle, la Cour de cassation a remarqué que la jurisprudence était pour sa part fluctuante et incertaine à cet égard. Elle a en outre souligné que toute conduite autre que celle constitutive d'une participation à l'association criminelle de type mafieux ne relevait du pénal, indépendamment de l'éventuelle contribution causale apportée à l'association criminelle, que lorsqu'elle tombait sous le coup d'autres infractions.

25. La Cour de cassation a adopté la même approche dans ses arrêts ultérieurs, et notamment les arrêts *Mattina et autres*, n° 2343 de 1994 et dans l'arrêt *Della Corte*, n° 2699 de 1994. Pour elle, dans les délits d'association et, en particulier, dans le délit d'association criminelle de type mafieux, la responsabilité au titre de ce que l'on appelle le « concours externe » n'était pas envisageable, car soit le prétendu complice externe, en adoptant un comportement objectivement bénéfique pour l'association criminelle, était également animé par le dol spécifique d'une personne qui souhaite consciemment contribuer à la réalisation des objectifs pour lesquels l'association criminelle a été créée et fonctionne, et il ne pouvait alors en aucune manière être distingué d'un complice à part entière, soit, en l'absence dudit dol spécifique, les comportements qui favorisent ou facilitent le délit d'association devaient nécessairement être considérés comme structurellement et conceptuellement distincts et séparés de celui-ci.

26. Cependant, la Cour de cassation avait, auparavant, admis le concours éventuel à une association de type mafieux. Ainsi, dans l'arrêt *Altivalle*, n° 3492 du 13 juin 1987, elle avait indiqué que, malgré l'opinion différente d'une partie de la doctrine, qui excluait l'existence du concours externe, considérant que d'un point de vue ontologique et juridique le concours éventuel était incompatible avec la structure des infractions d'association, le concours éventuel était envisageable également par rapport à l'article 416 *bis*, non seulement en cas de concours moral, mais aussi lorsque l'intéressé n'a pas voulu adhérer à l'association mafieuse, ou n'a pas été accepté comme

membre, mais apporte néanmoins sa contribution à celle-ci, à condition toutefois que cette contribution, appréciée *a priori* et au regard de la gravité de l'infraction et de la complexité de l'affaire, fût de nature, sinon à renforcer, du moins à consolider et à maintenir l'organisation criminelle. Il devait donc s'agir d'une contribution objectivement adéquate et visant subjectivement à renforcer ou à maintenir l'association criminelle, avec une conscience et une volonté – éléments minimaux pour la réalisation de l'infraction selon l'article 110 du CP – de contribuer à la réalisation des objectifs de l'association en question.

27. L'arrêt *Barbella*, n° 9242 du 4 février 1988, fait également référence au délit en cause. Ultérieurement, les arrêts *Altomonte*, n° 4805 du 23 novembre 1992, *Turiano*, n° 2902 du 18 juin 1993, *Di Corrado*, du 31 août 1993, *Amato*, n° 3635 du 23 août 1994 et n° 3663 du 1er septembre 1994 ont confirmé en substance cette seconde approche.

B. L'arrêt *Demitry* des chambres réunies de la Cour de cassation

28. Par un arrêt *Demitry*, n° 16 du 5 octobre 1994, déposé au greffe le 28 décembre 1994, les chambres réunies de la Cour de cassation, admettant de manière explicite une « divergence (...) actuelle », se sont prononcées, après avoir fait état des arrêts ayant conclu respectivement à l'absence ou à l'existence du délit en question, en faveur de cette seconde approche. Les passages pertinents se lisent ainsi :

> « [quant à l'élément matériel,] le « concourant éventuel », [sous l'angle de] l'article 110 du CP, est, par définition, la personne qui adopte, non pas le comportement caractéristique (*tipica*) [de l'infraction] – en l'occurrence [le fait] d'être membre, d'être un membre stable de l'association – mais une conduite distincte (*atipica*), une conduite qui, pour être pertinente, doit « contribuer – de manière différente (*atipica*)– à la mise en œuvre du comportement caractéristique (*tipica*) adoptée par d'autres.
>
> (...)
>
> Si le participant n'adopte pas le comportement [caractéristique], cela signifie qu'il ne fait pas partie [de l'association mafieuse], c'est-à-dire qu'il n'est pas coauteur du lien d'association permanent et stable, comportement caractéristique [de l'infraction], mais qu'il se contente de mettre à la disposition des autres – ceux dont le comportement est une association permanente et stable (*stabile permanenza nell'associazione*), ils en font partie, c'est le comportement caractéristique – sa propre contribution qui, précisément parce que, par définition, elle n'est pas caractérisée par la stabilité, ne peut qu'être circonscrite dans le temps et qui, en tout état de cause, doit permettre aux autres de continuer à donner vie au comportement caractéristique, au lien permanent et stable.
>
> (...)
>
> [P]our conclure qu'il n'y a pas de place pour le concours éventuel, il faudrait démontrer qu'une telle conduite distincte (*atipica*) n'est pas possible (...)
>
> [La divergence] porte surtout sur la question de l'élément moral (...)
>
> Cependant, on ne peut pas s'attendre à ce qu'une personne qui veut apporter une contribution sans être membre de l'association, c'est-à-dire une personne qui adopte

une conduite distincte (*atipica*) parce qu'elle ne met pas à disposition [de l'association] son désir d'en être membre, son attachement stable à celle-ci, mais plutôt une contribution détachée et indépendante à la stabilité de l'organisation, ait l'intention « d'être membre de l'association ». Si sa conduite n'est pas caractéristique, elle voudra [précisément commettre] cet agissement-là et non la conduite consistant à faire partie de l'association, qui est le comportement caractéristique du participant.

(...)

[I]l peut y avoir une « complicité » avec dol général à l'égard d'un délit comportant un dol spécial (...)

Si ce principe a une valeur générale, il ne peut que s'appliquer également au délit d'association de malfaiteurs de type mafieux, de sorte qu'il n'est nullement exigé que, dans le délit en question, l'éventuel participant ait la volonté de faire partie de l'association – volonté qui doit être exclue, comme on l'a déjà dit, en elle-même – et la volonté de réaliser les objectifs de celle-ci, il suffit qu'il ait connaissance que d'autres font partie de l'association et ont la volonté d'en faire partie et d'agir avec la volonté de poursuivre les fins de celle-ci.

Cela ne signifie pas – cela va de soi – que le « concourant éventuel » ne veut pas sa contribution, et qu'il ne se rend pas compte que cette contribution lui est demandée pour faciliter l'association ; mais, tout simplement, que le « concourant éventuel », bien que conscient de cela, bien que conscient de faciliter, par sa contribution, l'association, peut se désintéresser de la stratégie globale de cette dernière, des objectifs qu'elle se propose d'atteindre.

(...)

Il reste[, ainsi] la volonté de contribuer à la réalisation des buts de l'association, volonté qui peut être propre à celui qui, n'étant pas et ne voulant pas être membre de l'association, contribue, par une action non caractéristique (*atipica*) [de l'infraction], à la réalisation du comportement caractéristique, ou à celui qui fournit de l'aide à ceux qui l'ont demandée pour contribuer à la fortune de l'association, sachant par ailleurs qu'après avoir apporté sa contribution, il sera désintéressé de la suite des affaires de l'association.

(...)

En conclusion sur ce point, le « concourant matériel éventuel » peut donc apporter sa contribution avec un dol spécial, comme précisé ci-dessus, tout en restant, malgré cette intention, un « concourant éventuel ». (...) »

29. Quant à l'application rétroactive de l'infraction de participation à une association de type mafieux, la Cour de cassation a considéré, dans son arrêt *Saviano*, n° 8085 de 1987, que même si des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi n° 646 du 13 septembre 1982, qui a introduit l'article 416 *bis* dans le CP, pouvaient tomber, *in abstracto*, dans le champ d'application de cette infraction, ils n'étaient punissables que sur le fondement de l'article 416 du CP.

C. La jurisprudence pertinente postérieure à l'arrêt *Demitry*

30. La reconnaissance du concours externe a été ensuite confirmée, toujours par les chambres réunies de la Cour de cassation, dans d'autres

arrêts, tels que *Mannino*, n° 30 du 27 septembre 1995, *Carnevale*, n° 22327 du 30 octobre 2002 et *Mannino*, n° 33748 du 17 juillet 2005.

31. Ainsi, par son arrêt de chambres réunies n° 8544 de 2020 (*Genco*), la Cour de cassation a établi que les principes énoncés par la Cour dans l'arrêt *Contrada c. Italie (n° 3)* (n° 66655/13, 14 avril 2015) concernant la prévisibilité de la condamnation pour délit de concours externe dans une association de type mafieux ne s'étendaient pas aux personnes qui, sans être parties à cette procédure, se trouvent pourtant dans une situation similaire à celle du requérant.

32. En outre, s'appuyant sur la jurisprudence, alors bien établie, de la Cour constitutionnelle (Cour constitutionnelle, arrêts n°s 25 de 2019, 49 de 2015 et 80 de 2011), la Cour de cassation a rappelé que l'obligation d'adaptation de l'ordre juridique interne aux normes conventionnelles ne s'impose que lorsque la Cour européenne a dégagé « une conclusion jurisprudentielle stable » (*approdo giurisprudenziale stabile*) ou une « solution juridique bien établie » (*diritto consolidato*). À cet égard, la Cour constitutionnelle avait souligné qu'il était nécessaire d'identifier une jurisprudence qui ne fût ni isolée, ni contredite par d'autres décisions contraires, et qu'« aucune obligation n'exist[ait] lorsque les prononcés ne traduis[aient] pas une orientation désormais définitive » (Cour constitutionnelle, arrêts n°s 236/2011 et 311/2009).

La Cour de cassation a précisé que la nécessité d'un tel degré de consolidation découlait de la nature même de la jurisprudence de la Cour, qui se caractérise par une approche casuistique, liée aux faits concrets examinés et à la variété des contextes normatifs.

33. Dans cette perspective, selon les chambres réunies, l'arrêt *Contrada* (précité) ne pouvait être considéré comme l'expression d'une jurisprudence bien établie. Pour la Cour de cassation, en effet, cet arrêt ne présentait pas les caractéristiques d'un arrêt pilote, et n'avait pas une portée générale pour ce qui concernait la violation de l'article 7, la Cour y fondant son constat sur une analyse détaillée de la situation individuelle du requérant, à savoir : la nature des faits retenus, la stratégie de défense, les réponses judiciaires successives et les difficultés liées à la définition juridique du fait et à son caractère prévisible. Le constat de violation y était formulé exclusivement en termes individualisés, sans établissement d'un principe général ni indication quant à des mesures de réparation applicables au-delà de l'espèce.

34. Toujours selon les chambres réunies, l'arrêt *Contrada* (précité) ne s'insérait pas dans une ligne interprétative uniforme. En effet, il n'existait pas d'autres décisions positives – que ce soit avant ou après 2015 – portant des requêtes analogues qui auraient été introduites par des personnes condamnées pour les mêmes faits au titre des articles 110 et 416 *bis* du CP.

35. La Cour de cassation a estimé en outre que la jurisprudence de la Cour ne présentait pas elle-même une ligne constante et univoque quant à la portée du principe de légalité pénale, notamment en ce qui concernait l'accessibilité et la prévisibilité de l'incrimination et de la condamnation.

Le caractère casuistique des décisions de la Cour entraînait inévitablement une variabilité des critères utilisés dans l'appréciation de la prévisibilité du résultat judiciaire.

De plus, selon la Cour suprême, dans certaines décisions la Cour avait retenu une conception subjective de la prévisibilité, qu'elle avait appréciée au regard des activités professionnelles, des qualifications et des expériences individuelles, à partir desquelles elle avait dégagé le devoir – ainsi que la possibilité concrète – pour l'accusé de savoir que les comportements qui lui étaient reprochés revêtaient un caractère pénalement illicite, alors même que l'interdiction correspondante n'avait pas encore été consacrée dans un texte normatif ou n'avait pas fait l'objet d'interprétations judiciaires antérieures (*Soros c. France*, n° 50425/06, 6 octobre 2011, *Pessino c. France*, n° 40403/02, 10 octobre 2006, *X et Y c. France*, n° 48158/11, 1er septembre 2016, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, série A n° 173). Toutefois, dans d'autres situations, la Cour avait eu recours non pas aux connaissances personnelles du justiciable, mais au critère formel du contenu prescriptif de la loi – précis et déterminé – ainsi qu'à l'interprétation judiciaire établie, le cas échéant, auparavant (*Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, série A n° 30, *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, *Del Río Prada c. Espagne* [GC], n° 42750/09, CEDH 2013, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A). L'arrêt *Contrada* (précité) quant à lui révélait le recours prépondérant au critère objectif fondé sur l'absence d'une norme précise et claire ou d'une interprétation jurisprudentielle univoque, situation qui n'avait été surmontée que par une intervention judiciaire des chambres réunies postérieure aux faits établis. Selon la Cour de cassation, l'affaire aurait connu une tout autre issue si elle avait été appréciée à la lumière du critère subjectif.

36. Il en découlait que l'interprétation donnée dans *Contrada* (précité) aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité ne revêtait pas un caractère contraignant.

37. Pour ce qui est du fond de l'affaire *Genco*, la Cour de cassation a ajouté que l'infraction de concours externe n'était donc pas d'origine jurisprudentielle, mais reposait sur les articles 110 et 416 *bis* du CP. Par ailleurs, les divergences d'interprétation antérieures n'avaient pas compromis la possibilité de comprendre l'infraction : au contraire, elles fondaient un devoir d'information reposant sur toute vérification utile et, en cas de doute persistant, un devoir d'abstention prudente de commettre des actes susceptibles de tomber sous l'incrimination. Un tel devoir, selon la Cour de

cassation, était d'autant plus prévisible pour un agent doté d'une expertise ou de compétences professionnelles spécifiques.

38. La Cour de cassation a également relevé que l'arrêt *Demitry* n'avait pas opéré un revirement, mais avait confirmé l'une des solutions déjà envisagées dans la jurisprudence. De ce fait, l'évolution interprétative n'était ni surprenante ni rétroactive, ce qui excluait une violation de l'article 7 de la Convention. Selon la Cour suprême, la Convention ne sanctionnait que les revirements de jurisprudence dotés d'un contenu radicalement novateur ou ayant des effets rétroactifs défavorables.

39. En outre, la Cour de cassation a rappelé que le concours externe avait déjà été appliqué par le passé à d'autres formes d'association, telles que l'association de malfaiteurs ou les organisations politiques subversives.

40. Enfin, la divergence de jurisprudence interne portait non pas sur l'existence d'une infraction pénale, mais uniquement sur sa qualification juridique (participation, concours externe ou recel de malfaiteur).

41. Il en résulte, selon la Cour de cassation, que l'arrêt *Contrada* (précité) n'est pas contraignant pour le juge national au-delà du cas spécifique qui y est jugé. Il ne permet pas d'affirmer de manière générale l'imprévisibilité de l'incrimination de concours externe pour toutes les personnes condamnées avant l'arrêt *Demitry* et n'ayant pas elles-mêmes saisi la Cour.

42. S'agissant plus généralement de l'impact d'une divergence de jurisprudence sur le respect du principe de légalité en matière pénale, la Cour de cassation s'est, dans l'arrêt *Boenzi*, n° 28594 du 16 juillet 2024, exprimée pour la première fois dans les termes suivants :

> « Il est bien connu que la divergence jurisprudentielle de type synchronique – deux ou plusieurs interprétations divergentes d'une même règle coexistent dans le même intervalle de temps – affecte le principe de détermination et de prévisibilité des décisions, empêchant les associés de calculer les conséquences juridiques et pénales de leur conduite, tandis que le contraste dit diachronique – c'est-à-dire l'existence d'une ligne interprétative « affirmée » dans un laps de temps déterminé qui, cependant, est contredite par une décision ultérieure qui donne lieu à un « revirement » jurisprudentiel défavorable à l'accusé – affecte le principe de prévisibilité et relève plus largement la question de la non-rétroactivité de la « norme » pénale défavorable – corollaire fondamental du principe de légalité –, pouvant en théorie déterminer – en l'absence de mécanismes de « neutralisation » appropriés – un phénomène dit de « rétroactivité occulte ».

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

43. Invoquant l'article 7 de la Convention, le requérant estime que l'infraction de concours externe à une association de type mafieux n'était pas prévisible à l'époque où les faits qui lui étaient reprochés ont été commis (1980-1995). En outre, il se plaint de ce que l'infraction de participation à une

association de type mafieux, prévue par l'article 416 *bis* du CP, ait été appliquée relativement à une époque (1980-1982) antérieure à son entrée en vigueur.

44. L'article 7 de la Convention est ainsi libellé :

> « 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.
>
> 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

A. Sur la recevabilité

1. Thèse des parties

45. Le Gouvernement soutient que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes conformément au droit national, et précise que l'exception ne concerne que la doléance tirée d'une application rétroactive de l'infraction litigeuse à des faits commis entre 1980 et 1982, et non le grief d'imprévisibilité. Il allègue que le requérant a soulevé la question de l'application rétroactive pour la première fois devant la Cour de cassation, dans son recours extraordinaire du 9 mars 2009 (paragraphe 16 ci-dessus). Cependant, de l'avis du Gouvernement, cette voie de droit ne constituait pas un recours à exercer aux fins de l'article 35 de la Convention. Selon lui, le requérant aurait pu en revanche soulever cette question dans le cadre de la procédure ordinaire, sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de cassation établissant le principe selon lequel l'infraction prévue par l'article 416 *bis* du CP n'est pas applicable à des faits commis avant son introduction dans le CP (paragraphe 29 ci-dessus).

46. Le requérant se borne à avancer que lors du procès pénal, il contestait sa responsabilité pénale et que, par conséquent, il n'était pas tenu de soulever, à titre subsidiaire, la question de l'application rétroactive de l'infraction. Il argue en outre que la Cour de cassation, après le prononcé de l'arrêt *Demitry*, n'a jamais conclu à une inapplicabilité de l'article 416 *bis* du CP à des faits de concours externe commis avant le dépôt dudit arrêt de chambres réunies.

2. Appréciation de la Cour

a) Principes généraux

47. La Cour rappelle tout d'abord qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes. Tout requérant doit ainsi avoir donné aux juridictions internes l'occasion que cette disposition a pour finalité de ménager en principe aux

États contractants, à savoir éviter, ou redresser, les violations alléguées contre eux. Cette règle se fonde sur l'hypothèse que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée. Les dispositions de l'article 35 § 1 ne prescrivent toutefois l'épuisement que des seuls recours relatifs aux violations incriminées et à même de redresser celles-ci. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues. Pour pouvoir être jugé effectif, un recours doit être susceptible de remédier directement à la situation dénoncée et présenter des perspectives raisonnables de succès. Il incombe à l'État défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies (voir, parmi beaucoup d'autres, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hongrie* [GC], n° 201/17, § 52, 20 janvier 2020, *Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire) [GC], n° 17153/11, §§ 69‑77, 25 mars 2014, et *Parrillo c. Italie* [GC], n° 46470/11, § 87, 27 août 2015). L'article 35 § 1 de la Convention doit être appliqué avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif, mais il n'exige pas seulement que des requêtes aient été adressées aux tribunaux internes compétents et qu'il ait été fait usage des recours effectifs permettant de contester les décisions déjà prononcées. Le grief dont on entend saisir la Cour doit d'abord être soulevé, au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant ces mêmes juridictions nationales (voir, parmi d'autres, *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, § 142, CEDH 2010). L'article en question commande en outre l'emploi des moyens de procédure propres à empêcher une violation de la Convention. Aussi ne constituent pas des recours à épuiser au sens de l'article 35 § 1 de la Convention les voies procédurales extraordinaires, ne satisfaisant pas aux critères d'« accessibilité » et d'« efficacité » (*Anghel c. Roumanie*, n° 28183/03, § 72, 4 octobre 2007). Une requête ne répondant pas à ces exigences doit en principe être déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes (*Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire) [GC], n°s 17153/11 et 29 autres, § 72, 25 mars 2014).

48. La Cour rappelle enfin que le simple fait de nourrir des doutes quant aux perspectives de succès d'un recours donné qui n'est pas de toute évidence voué à l'échec ne constitue pas une raison valable pour justifier la non-utilisation de ce recours (voir, parmi beaucoup d'autres, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse* [GC], n° 21881/20, § 142, 27 novembre 2023).

b) Application de ces principes à la présente espèce

49. La Cour prend note de l'observation du Gouvernement selon laquelle le requérant n'a pas soulevé la question de l'application rétroactive de la loi pénale dans le cadre de la procédure pénale ordinaire. Elle relève que cette question a été posée par l'intéressé pour la première fois dans le recours extraordinaire pour erreur de fait qu'il a formé devant la Cour de cassation,

laquelle a estimé la demande irrecevable au motif que l'établissement de la responsabilité du requérant était devenu définitif avec le dépôt du premier arrêt de la Cour de cassation.

50. La Cour note que la voie de recours exercée par le requérant vise à obtenir, à titre exceptionnel, la réouverture, en raison d'une erreur manifeste de fait commise par la Cour de cassation, d'une procédure terminée par une décision ayant acquis force de chose jugée. Elle n'était donc pas de nature à permettre l'examen de la question de l'application rétroactive de la loi pénale.

51. La Cour constate que le requérant ne présente aucune observation à cet égard. De plus, il n'allègue pas que la voie pénale ordinaire aurait été en tout état de cause vouée à l'échec sur ce point. En revanche, la Cour relève que, selon la jurisprudence fournie par le Gouvernement, les faits commis avant 1982 doivent être examinés sous l'angle de l'article 416 du CP, et non pas au regard de l'article 416 *bis* du CP.

52. Ainsi, la Cour estime que, faute d'avoir soulevé ledit grief dans le cadre de la procédure pénale ordinaire, le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes dans les formes et délais prescrits par le droit interne.

53. Au vu de ce qui précède, la Cour accueille l'exception du Gouvernement et déclare irrecevable le grief tiré de l'application rétroactive de l'infraction prévue par l'article 416 *bis* à des faits antérieurs à son entrée en vigueur, commis entre 1980 et 1982.

54. Constatant que le grief tiré de l'imprévisibilité de l'infraction de concours externe à une association de type mafieux n'est pas manifestement mal fondé ni irrecevable pour un autre motif visé à l'article 35 de la Convention, la Cour le déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Les arguments des parties

55. Se référant aux arrêts *Sud Fondi S.r.l. et autres c. Italie* (n° 75909/01, 20 janvier 2009) et *Contrada c. Italie (n° 3)* (n° 66655/13, 14 avril 2015), le requérant soutient qu'il ne pouvait prévoir la reconnaissance de l'infraction de concours externe à une association de type mafieux au moment de la commission des faits reprochés.

56. Le requérant allègue en particulier qu'il ressort des jugements de condamnation qu'il aurait commis l'infraction litigieuse jusqu'en 1995, alors que, selon lui, tout au long du procès les juridictions nationales n'ont jamais mentionné, afin de fonder la condamnation, d'arrêts antérieurs à la date de dépôt de l'arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation dans l'affaire *Demitry*, à savoir 1994. De plus, au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, aucune condamnation n'aurait été infligée pour concours externe avant 1994.

57. Dans ses observations en réponse à celles du Gouvernement, le requérant estime que la référence à un seul arrêt précédant l'arrêt *Demitry* –

l'arrêt *Altivalle*, n° 3492 de 1987 (paragraphe 58 ci-dessous) – ne saurait suffire pour remettre en cause les conclusions auxquelles la Cour est parvenue dans l'affaire *Contrada*, précité. Il avance en outre que l'arrêt *Demitry* des chambres réunies de la Cour de cassation reconnaissant clairement l'existence de l'infraction de concours externe est devenu accessible quelques mois après son dépôt au greffe, et invite la Cour à prendre en compte cet élément en sus de ce qu'elle a déjà établi dans ladite affaire *Contrada*, précité. À cet égard, le requérant soutient, sur le fondement du principe établi par la Cour dans la décision *Di Sante c. Italie* (déc., n° 56079/00, 24 juin 2004), qu'il faut « fixer une date postérieure à celle du dépôt de l'arrêt, prenant en considération le temps d'[en] avoir connaissance ». Il ajoute qu'en l'espèce, l'arrêt *Demitry* a été publié dans les revues juridiques plusieurs mois après son prononcé, et il est d'avis, par conséquent, que l'infraction litigieuse est devenue prévisible six mois après le dépôt de l'arrêt en question, c'est-à-dire après le 28 juin 1995. Ainsi, dès lors que la condamnation portait, d'après lui, sur des faits commis jusqu'en 1995, le défaut de prévisibilité allégué de l'infraction pour laquelle il a été condamné se rapporte à l'ensemble des agissements reprochés.

58. Le Gouvernement soutient que l'infraction de concours externe à une association de type mafieux a pour base légale les articles 416 *bis* et 110 du CP, et que, partant, elle n'est pas d'origine jurisprudentielle. Il observe que la question soulevée dans la présente espèce concerne ainsi non pas la création de l'infraction de la part des tribunaux internes, mais plutôt son interprétation par ceux-ci. À cet égard, il admet que, à la lumière de la jurisprudence de la Cour (*Del Río Prada c. Espagne* [GC], n° 42750/09, CEDH 2013), « l'absence d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible (...) [peut] conduire à un constat de violation de l'article 7 à l'égard d'un accusé ». En l'espèce, toutefois, le Gouvernement, s'appuyant sur les arrêts *Pessino* (précité, §§ 35 et 36) et *Soros c. France* (n° 50425/06, §§ 54-56, 6 octobre 2011), considère que l'incrimination du concours externe s'analysait, en dépit de la position d'une partie de la doctrine selon laquelle elle n'était pas envisageable dans un tel contexte, en « une nouvelle prévision d'infraction qui, à part les quelques incertitudes que [pouvait] engendrer une nouvelle disposition », a été interprétée de manière prévisible, et non pas en un changement soudain de jurisprudence. Il argue, sur ce point, que la notion de concours externe avait déjà été appliquée auparavant, d'abord en matière de conspiration politique à travers la constitution d'une association, puis en matière d'implication dans la constitution ou les actions d'une bande armée et, enfin, dans une affaire ayant trait à l'infraction d'association de type mafieux, citant respectivement l'arrêt de la Cour de cassation *Muther*, (n° 1569 du 27 novembre 1968), les arrêts de la Cour de cassation *Livraghi* (n° 768 du 5 mars 1980) et *Arancio* (n° 617 du 25 octobre 1983), parmi d'autres, et l'arrêt *Altivalle* n° 3492 de 1987.

2. L'appréciation de la Cour

a) Principes généraux

59. Pour un rappel des principes généraux régissant l'application de l'article 7 § 1 de la Convention, la Cour renvoie à sa jurisprudence pertinente en la matière (voir, notamment, *Yüksel Yalçınkaya c. Türkiye* [GC], nº 15669/20, §§ 237-240, 26 septembre 2023).

60. La Cour a indiqué que la notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles de l'accessibilité et de la prévisibilité (*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, CEDH 2001-II, et *Yüksel Yalçınkaya*, précité, § 238). Ces conditions qualitatives doivent être remplies tant pour la définition d'une infraction que pour la peine que celle-ci implique (*Del Río Prada*, précité, § 91, *Jidic c. Roumanie*, nº 45776/16, § 79, 18 février 2020, et *Avis consultatif concernant l'applicabilité de la prescription aux poursuites, condamnations et sanctions pour des infractions constitutives, en substance, d'actes de torture* [GC], demande no P16-2021-001, Cour de cassation arménienne, § 67, 26 avril 2022 (« *Avis consultatif P16-2021-001 »*)).

61. Dans quelque système juridique que ce soit, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, y compris une disposition de droit pénal, il existe inévitablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation (*Del Río Prada* précité, § 92 ; voir aussi *Yüksel Yalçınkaya*, précité, § 239). D'ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention que la jurisprudence contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 36, série A nº 335-B, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], nos 34044/96 et 2 autres, § 50, CEDH 2001-II, et *Yüksel Yalçınkaya*, précité, § 239). L'absence d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible peut même conduire à un constat de violation de l'article 7 à l'égard d'un accusé (voir, pour ce qui est des éléments constitutifs de l'infraction, *Pessino c. France*, nº 40403/02, §§ 35 et 36, 10 octobre 2006, et *Dragotoniu et Militaru-Pidhorni c. Roumani*e, nos 77193/01 et 77196/01, §§ 43 et 44, 24 mai 2007 ; voir, pour ce qui est de la peine, *Alimuçaj c. Albanie*,

nos 20134/05, §§ 154-162, 7 février 2012). S'il en allait autrement, l'objet et le but de cette disposition – qui veut que nul ne soit soumis à des poursuites, condamnations ou sanctions arbitraires – seraient méconnus (*Del Río Prada*, précité, § 93, et *Yüksel Yalçınkaya*, précité, § 239).

62. Le caractère inédit, au regard notamment de la jurisprudence, de la question juridique posée ne constitue pas en soi une atteinte aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité de la loi, dès lors que la solution retenue faisait partie des interprétations possibles, conformes à l'essence de l'infraction et raisonnablement prévisibles (*Total S.A. et Vitol S.A. c. France*, nos 34634/18 et 43546/18, § 55, 12 octobre 2023 et, sous l'angle du respect de l'exigence de base légale au titre de l'article 10 de la Convention, *Sanchez c. France* [GC], no 45581/15, § 127, 15 mai 2023). Dans ce cas, la Cour estime que, à la différence des cas de revirement de jurisprudence, une interprétation de la portée d'une infraction qui se trouve être cohérente avec la substance de cette infraction doit, en principe, être considérée comme prévisible (*Jorgic c. Allemagne*, no 74613/01, § 109, CEDH 2007-III).

63. Lorsqu'elle entreprend de déterminer si une interprétation large donnée de la loi par les juridictions internes était raisonnablement prévisible, la Cour recherche si l'interprétation en question correspondait à une ligne perceptible de jurisprudence, ou si son application dans des circonstances élargies cadrait néanmoins avec la substance de l'infraction (*Parmak et Bakır c. Turquie*, nos 22429/07 et 25195/07, § 65, 3 décembre 2019, et *Tristan c. République de Moldova*, no 13451/15, § 51, 4 juillet 2023 ; voir aussi *Total S.A. et Vitol S.A.*, précité, § 55). Les juridictions internes doivent faire preuve d'une diligence particulière pour préciser les éléments constitutifs d'une infraction d'une manière qui assure la prévisibilité de celle-ci et soit compatible avec sa substance (*Parmak et Bakır*, précité, § 77).

64. La Cour rappelle en outre qu'il découle de l'exigence d'accessibilité et de prévisibilité qu'une « peine » au sens de l'article 7 ne se conçoit en principe qu'à la condition qu'un élément de responsabilité personnelle dans le chef de l'auteur de l'infraction ait été établi. Il y a, en effet, corrélation entre le degré de prévisibilité d'une norme pénale et le degré de responsabilité personnelle de l'auteur de l'infraction. Ainsi l'article 7 exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle permettant précisément de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction (*G.I.E.M. S.r.l. et autres c. Italie* [GC], nos 1828/06 et 2 autres, § 242, 28 juin 2018, et *Sud Fondi S.r.l. et autres*, précité, § 116). Pour autant, cette exigence ne fait pas obstacle à certaines formes de responsabilité objective opérant à travers des présomptions de responsabilité, à condition que celles-ci respectent la Convention. En particulier, une présomption ne doit pas avoir pour effet de priver une personne de toute possibilité de se disculper par rapport aux faits mis à sa charge (*G.I.E.M. S.r.l. et autres,* précité, § 243, et *Yüksel Yalçınkaya*, précité, § 242).

65. À cet égard, de l'avis de la Cour, il serait incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et, d'autre part, de permettre de considérer une personne comme « coupable » et de la « punir » alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime. Sous l'angle de l'article 7, un cadre normatif qui ne permet pas à un accusé de connaître le sens et la portée de la loi pénale est défaillant non seulement par rapport aux conditions générales relatives à la « qualité » de la « loi », mais également par rapport aux exigences spécifiques de la légalité pénale (*Sud Fondi S.r.l. et autres*, précité, §§ 116 et 117, *G.I.E.M. S.r.l. et autres*, précité, §§ 241 et 242).

Sur la prévisibilité de la loi en cas de divergences de jurisprudence

66. La fonction de décision confiée aux juridictions sert à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes (*Del Río Prada*, précité, §§ 92 et 93, *Pessino*, précité, § 31, *Dragotoniu et Militaru-Pidhorni*, précité, § 37).

67. Toutefois, si une pratique divergente se développe au sein d'une des plus hautes autorités judiciaires du pays, cette dernière devient elle-même source d'insécurité juridique, portant ainsi atteinte au principe de la sécurité juridique et réduisant la confiance du public dans le système judiciaire (voir, sous l'angle de l'article 6 en son volet civil, *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* [GC], n° 76943/11, § 123, 29 novembre 2016, *Beian c. Roumanie (n° 1)*, n° 30658/05, § 39, CEDH 2007-V (extraits), et *Ferreira Santos Pardal c. Portugal*, n° 30123/10, § 47, 30 juillet 2015).

68. De façon générale, la Cour a considéré qu'une interprétation jurisprudentielle divergente des dispositions internes pertinentes est un facteur susceptible d'aboutir à des résultats imprévisibles ou arbitraires et de priver les individus de la protection effective de leurs droits, et qui, par conséquent, est incompatible avec l'exigence de légalité (*Carbonara et Ventura c. Italie*, n° 24638/94, § 65, CEDH 2000-VI, *Shchokin c. Ukraine*, n°s 23759/03 et 37943/06, § 56, 14 octobre 2010, *Sâncrăian c. Roumanie*, n° 71723/10, § 72, 14 janvier 2014, *X et Y c. Roumanie*, n°s 2145/16 et 20607/16, §§ 155-157, 19 janvier 2021, *Aliyeva et autres c. Azerbaïdjan*, n°s 66249/16 et 6 autres, § 134, 21 septembre 2021, *The J. Paul Getty Trust et autres c. Italie*, n° 35271/19, § 297, 2 mai 2024, et *Žaja c. Croatie*, n° 37462/09, § 104-105, 4 octobre 2016, avec les références y citées).

69. La Cour a considéré que ce principe s'applique *a fortiori* dans le contexte de l'article 7 de la Convention. Elle a indiqué qu'une jurisprudence incohérente ne présente pas la précision requise pour éviter tout risque d'arbitraire et permettre aux individus de prévoir les conséquences de leurs actes (*Žaja*, précité, § 103, voir aussi *Contrada*, précité, §§ 69, 70 et 75), et ce même si les différentes approches adoptées ne sont pas déraisonnables et sont respectueuses de la lettre de la loi (*mutatis mutandis*, *Del Río Prada*,

précité, § 115). En effet, la Cour rappelle que nul ne devrait être contraint de spéculer, sous peine de condamnation, sur la question de savoir si son comportement est interdit ou non, ou être exposé à un pouvoir d'appréciation excessivement large des autorités, en particulier s'il est possible, soit en rédigeant la législation en des termes plus explicites, soit par le biais d'une interprétation judiciaire, de préciser la disposition pertinente de manière à dissiper l'incertitude (*Žaja*, précité, § 105, et *Pantalon c. Croatie*, n° 2953/14, § 53, 19 novembre 2020).

b) Applications des principes en l'espèce

70. La Cour note d'emblée que, dans le cas d'espèce, le requérant a été condamné à une peine de sept ans de réclusion pour concours « externe » à une association de type mafieux par un jugement du tribunal de Palerme du 12 juin 2000 relativement à des faits accomplis, selon le requérant, entre 1980 et 1995. La condamnation du requérant, d'abord annulée par un arrêt de la Cour de cassation, fut ensuite confirmée par la cour d'appel de Palerme, statuant comme juridiction de renvoi après cassation. Ensuite, la Cour observe que la question principale soulevée par la présente requête est identique à celle déjà examinée par elle dans l'arrêt *Contrada*, précité. Elle rappelle qu'à cette occasion, elle a conclu qu'au vu de la divergence de jurisprudence constatée quant à l'existence dans l'ordre juridique interne d'une infraction de concours externe à une association de type mafieux, l'application de ladite infraction ne pouvait passer pour prévisible lors de la période pendant laquelle le requérant avait commis les faits litigieux (1979-1988) et, en tout état de cause, jusqu'à l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation rendu dans l'affaire *Demitry* le 5 octobre 1994, et déposé le 28 décembre 1994. C'est en effet seulement avec cette dernière décision que la divergence de jurisprudence en la matière a pris fin (*Contrada*, précité, §§ 69, 74 et 75). La Cour relève également que les arguments invoqués en l'espèce par le Gouvernement ont déjà été examinés dans l'arrêt susmentionné (comparer avec *Contrada*, précité, §§ 50-56). Par conséquent, elle ne voit pas de raisons de remettre en discussion les conclusions auxquelles elle est parvenue dans celui-ci. Elle juge néanmoins nécessaire de réaffirmer certaines considérations et, en même temps, d'apporter les précisions qui suivent.

71. La Cour rappelle que l'article 7 § 1 de la Convention n'exige pas qu'elle se prononce sur la responsabilité pénale individuelle du requérant, cette appréciation incombant en premier lieu aux juridictions internes. Sa fonction au regard de ladite disposition conventionnelle est en fait double : elle doit, premièrement, examiner s'il existait une base légale suffisamment claire et, deuxièmement, rechercher si l'incrimination en question était définie en droit avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité pour que l'intéressé pût savoir, au moment de la commission des faits litigieux, quels actes et omissions étaient de nature à engager sa responsabilité pénale au titre

de l'infraction pour laquelle il a été condamné, et régler sa conduite en conséquence (*Kononov c. Lettonie* [GC], nº 36376/04, § 187, CEDH 2010).

72. S'agissant de l'existence d'une base légale, la Cour note l'argument du Gouvernement selon lequel les juridictions internes ont établi dans la présente affaire que l'infraction de concours externe à une association de type mafieux repose sur les articles 110 et 416 *bis* du CP (voir également le constat retenu par la Cour de cassation dans l'affaire *Genco*, paragraphe 37 ci-dessus). Cet aspect n'est pas contesté par le requérant. Par conséquent, la Cour ne voit pas de raison de remettre en cause l'appréciation des juridictions internes.

73. Elle estime donc que la condamnation pour l'infraction litigieuse reposait sur une base légale.

74. Quant à la prévisibilité de la loi, la Cour a indiqué que la notion de « droit » implique des conditions qualitatives, dont celles, entre autres, de l'accessibilité et de la prévisibilité (*Vasiliauskas c. Lituanie* ([GC], nº 35343/05, § 154, CEDH 2015). Elle doit dès lors rechercher si, en l'espèce, le texte de la disposition légale, lue à la lumière de la jurisprudence interprétative dont elle s'accompagne, remplissait cette condition à l'époque des faits (*Pessino*, précité, § 32). En l'espèce, le grief du requérant porte plus spécifiquement sur le caractère imprévisible de l'existence de l'infraction de concours externe, en raison de la divergence de jurisprudence sur ce sujet, au moment de la commission des faits.

75. Pour ce qui est de la question de savoir si le libellé des dispositions pertinentes était suffisamment clair, la Cour relève tout d'abord que les dispositions du CP ne précisent aucunement si l'article 110, qui fonde le concours éventuel, est également applicable aux infractions qui prévoient elles-mêmes un concours nécessaire, telles que celle prévue à l'article 416 *bis* du CP (comparer avec *Litschauer c. République de Moldova*, nº 25092/15, § 31, 13 novembre 2018).

76. Quant au point de savoir si l'interprétation des juridictions nationales a clarifié la question en cause, la Cour note que celle-ci a fait l'objet d'approches jurisprudentielles divergentes pendant plusieurs années (*Contrada*, précité, §§ 66-69), ainsi que l'a relevé la Cour de cassation dans l'arrêt de chambres réunies *Demitry* de 1994, qui a mis un terme à l'incertitude existante (paragraphe 28 ci-dessus). Au vu des précédents de la Cour de cassation produits par les parties ou indiqués par la haute juridiction dans les affaires fournies, et sans prendre en compte les décisions des juridictions du fond, la Cour constate que la divergence est apparue en 1987 et a perduré jusqu'en 1994 (paragraphes 21-28 ci-dessus). D'ailleurs, le Gouvernement lui-même reconnaît l'existence d'incertitudes dans l'interprétation de l'infraction avant l'arrêt *Demitry* (paragraphe 58 ci-dessus).

77. L'analyse de la jurisprudence citée par les parties ou dans les documents soumis à la Cour (paragraphes 21-28 ci-dessus) montre que la Cour de cassation a fait pour la première fois mention de l'infraction de concours externe à une association de type mafieux dans ses arrêts n° 107 de 1987 et *Cillari*, n° 8092 du 14 juillet 1987, pour, en l'occurrence, en réfuter l'existence. Elle a réitéré cette position dans d'autres arrêts ultérieurs, notamment n° 418 de 1989, *Agostani*, n° 8864 du 27 juin 1989 et *Abbate* et *Clementi*, n°s 2342 et 2348 du 27 juin 1994, *Mattina et autres*, n° 2343 de 1994, et *Della Corte*, n° 2699 de 1994.

Parallèlement, dans d'autres affaires, la Cour de cassation a reconnu l'existence de l'infraction de concours éventuel à une association de type mafieux (arrêts *Altivalle*, n° 3492 du 13 juin 1987 et *Barbella*, n° 9242 du 4 février 1988, ainsi, ensuite, qu'*Altomonte*, n° 4805 du 23 novembre 1992, *Turiano*, n° 2902 du 18 juin 1993, *Di Corrado*, du 31 août 1993, *Amato*, n° 3635 du 23 août 1994 et n° 3663 du 1er septembre 1994).

En outre, la Cour remarque que dès 1987, la Cour de cassation avait souligné, dans son arrêt *Altivalle*, que la question litigieuse avait déjà donné lieu à un débat en doctrine, et qu'une partie de celle-ci estimait que le concours externe ne pouvait être retenu dans le cadre des infractions en cause (paragraphes 26 et 58 ci-dessus).

78. La Cour observe que la divergence était profonde, car elle concernait la possibilité même d'envisager l'application d'un concours éventuel (article 110 du CP) à une infraction d'association (416, 416 *bis* ou autre) : en effet, selon une partie de la jurisprudence, soit les agissements en cause coïncidaient avec les éléments constitutifs de la participation à l'association, soit ils relevaient du champ d'application d'autres infractions spécifiquement prévues par le législateur (paragraphes 21-25 ci-dessus). En dehors de ces hypothèses, les faits ne tombaient pas sous le coup du droit pénal. Le seul complice envisageable était donc le participant à l'association. La Cour note, de plus, que la portée même de l'infraction de concours externe à une association de type mafieux a évolué dans le temps, ainsi que la Cour de cassation l'a reconnu dans l'arrêt concernant le requérant (paragraphe 13 ci-dessus). De l'avis de la Cour, cet élément ne pouvait qu'accroître l'incertitude qui caractérisait le cadre normatif à l'époque des faits.

79. Pour toutes ces raisons, la Cour, réitérant les conclusions auxquelles elle est parvenue dans l'affaire *Contrada* (précité), estime que compte tenu des approches divergentes retenues par la jurisprudence quant à l'existence de l'infraction en cause, celle-ci, jusqu'au moment où l'arrêt *Demitry* est devenu accessible, n'était pas suffisamment claire et prévisible. La Cour note que, depuis l'arrêt des chambres réunies, il ne subsiste aucun doute quant à l'existence du concours éventuel à une association de type mafieux. Concernant le moment à partir duquel cet arrêt est devenu accessible, la Cour prend note de l'argument du requérant selon lequel l'arrêt a été publié dans les revues juridiques seulement plusieurs mois après son prononcé. Le

Gouvernement ne s'exprime pas sur point. À cet égard, la Cour estime qu'il appartiendra aux juridictions internes, le cas échéant dans le cadre de la procédure prévue par l'article 628 *bis* du CPP (paragraphes 92-93 ci-dessous), d'établir, compte tenu des moyens techniques qui étaient disponibles à l'époque des faits pour permettre l'accès à la jurisprudence, à partir de quel moment l'arrêt des chambres réunies ne pouvait plus être ignoré du public (voir, *mutatis mutandis*, la décision *Di Sante*, précitée).

80. La Cour est d'avis que cette conclusion ne saurait être remise en cause, d'une part, par l'argument du Gouvernement (paragraphe 58 ci-dessus) selon lequel l'interprétation adoptée par la Cour de cassation dans la présente affaire était raisonnable et prévisible dès lors qu'il s'agissait de l'interprétation d'une nouvelle disposition et, d'autre part, par l'appréciation retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt *Genco* selon laquelle on était en présence d'un développement normal, s'agissant d'une évolution interprétative faisant suite à une divergence de jurisprudence, la Convention ne sanctionnant que les revirements de jurisprudence présentant un contenu radicalement novateur ou ayant des effets rétroactifs défavorables (paragraphe 38 ci-dessus ; comparer, également, avec le paragraphe 42 ci-dessus).

81. La Cour note, tout d'abord, que, de toute évidence (paragraphe 76 ci-dessus), la question à trancher dans le cas du requérant ne faisait pas l'objet d'une première interprétation, ni, en l'espèce, d'une interprétation inédite (voir, *a contrario*, *Pessino*, §§ 34 et 35, *Soros*, § 58, tous deux précités, ainsi que *Litschauer*, §§ 32 et 33, précité, et *Delga c. France*, n° 38998/20, § 66, 9 juillet 2024). Par conséquent, il ne s'agit pas pour la Cour de vérifier uniquement si l'approche des tribunaux était cohérente avec la substance de l'infraction appliquée, ou si l'interprétation adoptée était conforme au libellé de la disposition de la loi pénale en cause lue dans son contexte, et non déraisonnable (*Del Río Prada*, précité, § 115 ; voir, *a contrario*, *Tristan*, précité, § 59) ; elle doit également examiner si l'interprétation en question était prévisible à la lumière de la jurisprudence développée entretemps (paragraphes 62 et 68 ci-dessus). À cet égard, la Cour a rappelé à maintes reprises qu'une interprétation jurisprudentielle divergente des dispositions internes pertinentes est un facteur susceptible d'aboutir à des résultats imprévisibles ou arbitraires et de priver les individus de la protection effective de leurs droits, et qui, dès lors, est incompatible avec l'exigence de légalité (paragraphes 67-69 ci-dessus)

82. Le Gouvernement considère par ailleurs, à l'instar de la Cour de cassation dans l'affaire *Genco* (paragraphe 39 ci-dessus), que l'interprétation était prévisible car il avait déjà été fait application du concours externe, par le passé, en matière de conspiration politique et de participation à une bande armée (paragraphe 58 ci-dessus).

De l'avis de la Cour, cet argument pouvait sans doute constituer, pour les juridictions internes, un élément pertinent, et d'un certain poids, pour

justifier, dans le cadre de leur fonction d'interprétation du droit interne et dans le respect des principes découlant de l'article 7 de la Convention, le choix de fonder le concours externe sur les articles 110 et 416 *bis* du CP. Toutefois, en l'espèce, il n'est pas contesté que l'approche des tribunaux était cohérente avec la substance de l'infraction appliquée, ni que l'interprétation adoptée était conforme au libellé de la disposition de la loi pénale en cause lue dans son contexte, et non déraisonnable (*Del Río Prada*, précité, § 115 ; voir, *a contrario*, *Tristan*, précité, § 59). Par conséquent, ce qui est en jeu, c'est uniquement le point de savoir si cette interprétation était prévisible au moment de la commission des faits. À cet égard, la Cour ne peut que relever, au vu des mêmes éléments soumis par le Gouvernement, que c'est la Cour de cassation elle-même qui a constaté l'existence d'une divergence de jurisprudence quant à l'applicabilité de ces dispositions (paragraphe 28 ci-dessus).

De surcroît, si l'on inscrit la question de la prévisibilité du concours externe dans un cadre plus vaste qui prendrait en compte toutes les infractions prévoyant un concours nécessaire (association, bande armée, etc.), et non plus seulement le concours externe à une association de type mafieux, l'argument du Gouvernement reviendrait à démontrer que la divergence de jurisprudence était davantage ancrée et remontait encore plus loin dans le temps (paragraphes 58 ci-dessus, où sont mentionnés des arrêts rendus en 1968 en matière de conspiration politique à travers la constitution d'une association et d'implication dans la constitution ou les actions d'une bande armée – voir, entre autres, les arrêts de la Cour de cassation *Muther* n° 1569 du 27 novembre 1968, *Livraghi* n° 768 du 5 mars 1980 et *Arancio* n° 617 du 25 octobre 1983 ; voir également les arrêts de la Cour de cassation *Cucco* du 1er juin 1977, *Zuffada* du 18 mars 1978 mentionnés par le Gouvernement dans l'affaire *Contrada*, précité, § 50).

83. La Cour précise que le fait que les agissements du requérant puissent hypothétiquement être réprimés au titre d'une autre disposition pénale (voir les considérations retenues par la Cour de cassation dans l'affaire *Genco*, paragraphe 40 ci-dessus) est sans incidence sur les conclusions auxquelles elle est parvenue ci-dessus (*Tristan*, précité, § 66). La Cour tient à réaffirmer qu'elle n'a pas pour tâche de se prononcer sur la responsabilité pénale individuelle du requérant, et qu'il lui échet uniquement de déterminer si celui-ci pouvait raisonnablement prévoir qu'il pourrait être poursuivi et condamné sur le fondement des articles 110 et 416 *bis* du CP (*ibidem*).

En tout état de cause, la Cour relève qu'en l'espèce, tous les tribunaux ont exclu de manière catégorique que le requérant pût être considéré comme faisant partie d'une association de type mafieux (paragraphes 5, 8, 11 ci-dessus), ou que les faits reprochés pussent tomber sous le coup d'autres infractions pénales, telles que le recel de malfaiteur aggravé (paragraphes 11-15 ci-dessus).

84. Enfin, la Cour note que la Cour de cassation a considéré, dans l'affaire *Genco*, que l'arrêt *Contrada* n'avait pas d'effet *erga omnes*, notamment en raison d'une conception subjective de la prévisibilité qui aurait été retenue dans certaines décisions de la Cour, et qui serait à apprécier, au cas par cas, au regard des activités professionnelles, des qualifications et des expériences individuelles (paragraphe 35 ci-dessus). Ainsi, selon la Cour suprême, l'affaire *Contrada* aurait connu une tout autre issue si elle avait été appréciée à la lumière du critère subjectif. À cet égard, la Cour observe que la qualité des destinataires potentiels n'entre pas en jeu car l'infraction en question, par sa nature, ne s'adresse pas à une catégorie particulière de professionnels devant faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier (voir, *a contrario*, *Bădescu et autres c. Roumanie*, n° 22198/18, §§ 128 et 138, 15 avril 2025). En outre, elle tient à souligner le caractère objectif du constat auquel elle est parvenue dans l'arrêt *Contrada* (précité), ainsi que dans la présente affaire, concernant le caractère imprévisible de l'infraction de concours externe. En effet, comme la Cour de cassation l'a elle-même relevé (paragraphe 35 ci-dessus), l'imprévisibilité de l'infraction en cause était liée non pas aux circonstances spécifiques de l'arrêt *Contrada* (ni de la présente affaire), mais aux incertitudes découlant des approches divergentes retenues par la jurisprudence (paragraphe 79 ci-dessus).

85. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

86. Invoquant l'article 7 de la Convention ainsi que l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention, le requérant considère que la confiscation de ses biens était dépourvue de base légale dès lors que, selon lui, la condition *sine qua non* de son application, à savoir une condamnation pour l'infraction prévue à l'article 416 *bis* du CP (paragraphe 19 ci-dessus), était elle-même incompatible avec l'article 7 de la Convention. Il fait de nouveau valoir, à cet égard, que les faits pour lesquels sa responsabilité pénale a été retenue par les tribunaux internes ont été commis de 1980 à 1995.

Maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause (*Radomilja et autres c. Croatie* [GC], nos 37685/10 et 22768/12, §§ 114 et 126, 20 mars 2018), la Cour considère qu'il convient d'examiner les griefs formulés par le requérant sous le seul angle de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention, qui est ainsi libellé :

> « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.
>
> Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des

biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

87. Le Gouvernement se borne à soutenir que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes pour la période allant de 1980 à 1982.

88. La Cour constate que ce grief est étroitement lié à celui soulevé sous l'angle de l'article 7. Il convient donc de le déclarer recevable. La Cour note que le grief tiré d'une méconnaissance du droit de l'intéressé à la protection de ses biens garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 se fonde uniquement sur la violation de l'article 7 de la Convention, la première étant la conséquence de la seconde. Par conséquent, la Cour va examiner la question relative à la confiscation des biens du requérant sous l'angle de la satisfaction équitable (paragraphes 92-94 ci-dessous). Elle estime qu'en l'espèce le grief tiré de l'absence de base légale de la confiscation ne soulève aucune question distincte. Dès lors il n'y a pas lieu de statuer séparément sur ce grief.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

89. Aux termes de l'article 41 de la Convention :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

90. Le requérant réclame une somme d'au moins 500 000 euros (EUR) pour dommage moral, et, au titre du dommage matériel qu'il estime avoir subi, la restitution des biens qui lui ont été confisqués.

91. Le Gouvernement conteste le fondement de la demande de dédommagement compte tenu de ce qu'il n'y a pas eu, de son avis, violation des articles 7 de la Convention et 1 du Protocole n° 1.

92. La Cour considère que la révocation de l'arrêt de condamnation ou la réouverture de la procédure constituerait le moyen le plus approprié de mettre un terme à la violation constatée et d'en effacer les conséquences pour le requérant, y compris celles relatives à la confiscation des biens. Elle rappelle en effet avoir confirmé récemment que de telles mesures représentent en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée non seulement lorsque le requérant a été condamné à l'issue d'une procédure entachée de manquements aux exigence de l'article 6 de la Convention, mais également lorsque la condamnation de l'intéressé est intervenue en violation de l'article 7 de la Convention (*Yüksel Yalçınkaya*, précité, § 407 et les références citées, *Delga*, précité, § 77 et *Žaja*, précité, § 115). En l'espèce, la Cour note que l'article 628 *bis* du CPP permet au « condamné et [à] la personne faisant l'objet d'une mesure de sûreté [de] demander à la Cour de

cassation de révoquer le jugement pénal de condamnation prononcé à leur encontre, d'ordonner la réouverture des débats ou, en tout état de cause, de prendre les mesures nécessaires pour éliminer les effets préjudiciables résultant d'une violation constatée par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque celle-ci a été saisie en vue du constat d'une violation des droits reconnus par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou par les protocoles additionnels à la Convention et qu'elle a fait droit à la requête par une décision définitive ». De plus, l'article 314 du CPP reconnaît un droit à dédommagement à raison d'une détention dite injuste (paragraphe 20 ci-dessus).

93. Dans ce cadre, tout en relevant que, depuis l'arrêt des chambres réunies, il ne subsiste aucun doute quant à l'existence du concours éventuel à une association de type mafieux (paragraphe 79 ci-dessus), les autorités internes auront également la possibilité de trancher la question de savoir jusqu'à quelle date le requérant pouvait engager sa responsabilité pénale au titre de l'infraction prévue à l'article 416 *bis* du CP et, par conséquent, si le défaut de prévisibilité des dispositions pénales en cause au regard de la divergence de jurisprudence précédant l'arrêt *Demitry* concernait ou non l'ensemble des agissements reprochés à l'intéressé (paragraphes 9, 13, 56, 57 et 79 ci-dessus).

94. La Cour reconnaît que les violations constatées ont pu être source de détresse et d'anxiété pour le requérant. Toutefois, eu égard à la possibilité pour lui d'obtenir la révocation de l'arrêt de condamnation et l'effacement des effets de celui-ci, y compris la confiscation de ses biens, ainsi que, le cas échéant, un dédommagement pour le préjudice subi, la Cour considère qu'un constat de violation constitue une satisfaction équitable suffisante en l'espèce, et elle rejette par conséquent les prétentions formulées par le requérant à ce titre.

B. Frais et dépens

95. Le requérant réclame 30 000 EUR au titre des frais et dépens qu'il dit avoir engagés dans le cadre de la procédure menée devant les juridictions internes, et 40 637,69 EUR pour ceux qu'il indique avoir exposés aux fins de la procédure suivie devant la Cour.

96. Le Gouvernement estime la demande injustifiée et excessive.

97. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, compte tenu des documents en sa possession et des critères susmentionnés, la Cour rejette la demande présentée au titre des frais et dépens engagés relativement à la procédure interne dès lors que lesdites prétentions pourront être examinées par les juridictions internes dans le cadre de l'exécution du présent arrêt. En revanche, elle juge raisonnable d'allouer

au requérant la somme de 5 000 EUR pour la procédure menée devant elle, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, les griefs fondés sur l'article 7 de la Convention concernant le caractère imprévisible de la condamnation et sur l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention relativement à la mesure de confiscation recevables ;

2. *Déclare*, à l'unanimité, le grief tiré de l'application rétroactive de la loi pénale irrecevable ;

3. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention ;

4. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief formulé sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1 relativement à la mesure de confiscation ;

5. *Dit*, par cinq voix contre deux, que le constat de violation constitue en lui-même une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral subi par le requérant ;

6. *Dit*, par cinq voix contre deux,
   a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, 5 000 EUR (cinq mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme par le requérant, pour frais et dépens ;
   b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

7. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 29 octobre 2026, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Ilse Freiwirth	Ivana Jelić
Greffière	Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

– opinion dissidente du juge R. Sabato à laquelle se rallie le juge D. Derenčinović ;
– opinion dissidente du juge D. Derenčinović à laquelle se rallie le juge R. Sabato.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE SABATO, À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE DERENČINOVIĆ

Considérations préliminaires

1. Je n'ai malheureusement pas été en mesure de partager ni la partie essentielle du dispositif ni la motivation sur laquelle la majorité a fondé son arrêt en l'espèce (ci-après, l'arrêt « de la majorité » ou, par souci de brièveté, simplement *Lo Sicco*). En particulier, si j'ai pu me joindre aux décisions unanimes de déclarer recevables les griefs tirés de l'article 7 de la Convention, concernant le caractère imprévisible de la condamnation, et de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention, concernant la mesure de confiscation, ainsi que de déclarer irrecevable le grief tiré de l'application rétroactive de la loi pénale, je n'ai pas souscrit à la conclusion selon laquelle il y avait eu violation de l'article 7 de la Convention. Il en a résulté mon désaccord avec toutes les conclusions qui en ont découlé.

2. Les motifs de ce désaccord sont très sérieux et tiennent, en substance, à trois considérations que je souhaite discuter en quelque détail, à quoi j'ajoute une quatrième considération qui, cependant, ne sera pas suivie d'une discussion spécifique.

A.1. Une approche inédite de la prévisibilité pénale

3. La première considération tient au fait que la majorité a, de manière générale, adopté une approche juridique qui ne trouve pas de précédent dans la jurisprudence de la Cour, lorsqu'on examine celle-ci correctement (paragraphes 22-26 ci-dessous). En particulier, cette nouvelle approche semble affirmer que la seule existence de divergences jurisprudentielles rend, en tant que telle, impossible la prévisibilité d'une sanction pénale, même dans un pays de droit continental, jusqu'à ce que ces divergences aient été résolues (voir, à cet égard, la formulation à mon esprit erronément novatrice du paragraphe 79 de l'arrêt de la majorité).

4. Sur cette question générale du traitement novateur de l'application de l'article 7 de la Convention, mon estimé collègue le juge Derenčinović s'exprime avec une compétence que je ne saurais égaler dans son opinion dissidente, à laquelle je me rallie. Je me limiterai donc ci-dessous à confirmer que, puisque ce principe ne trouve pas sa place dans la jurisprudence de la Cour – pour autant que celle-ci soit correctement interprétée, comme l'explique également mon éminent collègue –, cette raison, conjuguée à d'autres considérations exposées ci-dessous, justifie déjà que la Grande Chambre soit appelée à se prononcer sur l'affaire.

A.2. *Contrada* à l'épreuve du dialogue judiciaire

5. La deuxième considération tient au fait que l'arrêt de la majorité s'appuie en substance sur un précédent unique – *Contrada c. Italie (nº 3)*, nº 66655/13, 14 avril 2015 –, au-delà des autres références jurisprudentielles qui – comme je l'ai mentionné – semblent être lues de manière erronée et inédite. Or, cette affaire Contrada se caractérisait par une évolution très particulière, tant en ce qui concerne son *case management* par la Cour (paragraphe 28 ci-dessous) que les positions adoptées par les parties – lesquelles, notamment, n'avaient pas vraiment débattu de l'idée, considérée à tort comme fondamentale par la Cour à l'époque, selon laquelle l'infraction de *concorso esterno* aurait été une infraction de « création jurisprudentielle » (paragraphe 13 ci-dessous) –, ainsi que les circonstances factuelles et les paramètres conventionnels soulevés, qui ne sont pas comparables à ceux de l'affaire *Lo Sicco*, comme l'explique mon éminent collègue le juge Derenčinović.

6. Dans l'affaire *Lo Sicco*, les questions juridiques ont, au contraire, été dûment examinées par les parties, qui ont reconnu – et la majorité n'a pu se soustraire à ce constat – que l'incrimination avait une origine législative, et non jurisprudentielle, ce qui contribue certainement à sa prévisibilité, surtout dans un pays de droit continental. Pourtant, tout en prenant acte de cet élément, la majorité a choisi de fonder son raisonnement sur une nouvelle notion d' « imprévisibilité résultant de divergences jurisprudentielles ».

7. Ce faisant – et c'est là un point qui me frappe tout particulièrement –, l'arrêt de la majorité a, en pratique, refusé d'engager un véritable dialogue judiciaire, bien qu'initié par la plus haute formation de la Cour de cassation italienne, les chambres réunies (*Sezioni Unite*), dans l'arrêt *Genco* de 2020. Tout en critiquant l'arrêt *Contrada*, celles-ci en avaient demandé le réexamen et avaient présenté un exposé de l'évolution jurisprudentielle qui contredit entièrement celui retenu par la majorité. Cette dernière me semble alors ainsi s'estimer mieux placée que les juges nationaux pour comprendre le droit interne. Je m'attarderai donc (aux §§ 31-39 ci-dessous) sur ce refus du dialogue judiciaire, qui constitue un motif supplémentaire justifiant le réexamen de l'affaire *Lo Sicco* par la Grande Chambre.

A.3. Une lecture erronée de la jurisprudence nationale

8. La troisième et dernière considération – que, pour des raisons de logique expositive, je mentionne en dernier, bien qu'elle aurait dû logiquement précéder les deux autres – concerne la compréhension des faits relatifs à l'évolution de la jurisprudence nationale, sur un enjeu relevant en soi de la *ratio decidendi* même de l'arrêt de la majorité. En bref, en raison du refus de la majorité d'entrer dans le dialogue judiciaire engagé par les chambres réunies dans l'affaire *Genco*, et de la sous-estimation qui en a

résulté de l'analyse contenue dans cet arrêt, la majorité commet l'erreur de considérer que l'arrêt *Demitry* aurait mis fin à une divergence entre, d'une part, un courant favorable à la répression du *concorso esterno* et, d'autre part, un courant opposé à cette répression. Or, comme l'ont expliqué le réquisitoire du procureur général et un long passage de l'arrêt *Genco*, la divergence portait en réalité (§§ 20-26 et 36-38 ci-dessous) sur la question de savoir s'il convenait de retenir la responsabilité pénale au titre du *concorso esterno* ou celle découlant de la participation directe à l'association mafieuse en tant que telle. Une divergence, donc, sans aucune relation avec le raisonnement avancé par la majorité et incapable de faire croire au justiciable qu'il était possible d'échapper à la sanction pénale !

9. Aux paragraphes 40 et 83, l'arrêt de la majorité méconnaît totalement cet élément factuel et – en utilisant hors contexte une formule qui apparaît dans *Genco* – le transforme en une simple question de « qualification juridique », allant jusqu'à estimer que les juridictions internes avaient exclu que l'intéressé pourrait être considéré comme un associé (alors qu'il s'agissait plutôt d'alternatives liées à la « subsomption » des faits dans l'association en tant que telle, même sans que le sujet soit un initié, ou dans le concours externe). Ces seules affirmations, fondées sur une compréhension erronée et nullement respectueuses du principe de subsidiarité, suffiraient déjà à justifier le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

A.4. Le contexte international de la lutte contre la criminalité mafieuse, laissé de côté

10. Aux trois considérations qui précèdent, lesquelles soulignent l'importance de l'affaire, s'ajoute une autre question de portée générale, que je ne traiterai pas spécifiquement, mais dont l'examen aurait dû imprégner l'ensemble des considérations de la majorité : dans son analyse de l'affaire, la majorité a abordé l'affaire sans tenir aucun compte du contexte juridique, notamment international, des infractions liées aux associations mafieuses.

11. Contrairement à de nombreux autres arrêts de la Cour, l'arrêt de la majorité ne contient aucune référence à des sources internationales. À l'appui de l'approche retenue en droit interne – à savoir la reconnaissance de plusieurs niveaux d'implication dans les activités liées à la mafia (participation à l'association mafieuse, concours externe, autres formes d'appartenance au milieu mafieux) –, on peut au contraire invoquer les catégories clairement énoncées à l'article 5, paragraphe 1, sous a), points i) et ii) (ces derniers couvrant les deux types a) et b)), ainsi que sous b), de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Je suis, bien entendu, conscient que cette Convention – la Convention de Palerme, qui doit être considérée comme un instrument international véritablement « universel », ayant recueilli la plus large adhésion de l'histoire avec 195 États parties – a été adoptée en 2000, donc après les faits en cause.

Elle s'inscrit toutefois dans un processus engagé de nombreuses années auparavant, visant à reconnaître la nécessité de diverses formes d'incrimination des activités en lien avec un groupe criminel organisé de type mafieux. Ce processus prit un nouvel élan après les assassinats des magistrats italiens Falcone et Borsellino, en 1992 et 1993, ainsi que d'autres serviteurs de l'État, avant de se formaliser avec la création de l'Office des Nations Unies à Vienne, en 1997. Tout cela renforce le sentiment qu'il est pour le moins surprenant de soutenir, comme le fait la majorité, que l'incrimination de *concorso esterno* n'était pas prévisible avant 1994 dans le pays qui, le premier, a malheureusement subi des pertes humaines ainsi que des atteintes à la vie sociale et économique liées à la criminalité mafieuse, et qui, encore une fois le premier, a dû adopter des règles rigoureuses pour y faire face.

Un infléchissement dangereux de la prévisibilité pénale

12. En ce qui concerne les critiques que j'entends adresser à la majorité, avec tout le respect que je lui dois, concernant le changement sans précédent apporté à la jurisprudence de la Cour sur la prévisibilité pénale, j'ai déjà indiqué que je souscrivais pleinement aux excellentes observations formulées par mon estimé collègue le juge Derenčinović dans son opinion dissidente, à laquelle je me rallie. Il me revient de souligner seulement certains aspects particuliers, de mon point de vue de praticien du droit italien.

B.1. Une infraction qui est reconnue ne pas être une création jurisprudentielle, mais qui continue d'être examinée par la majorité comme si elle l'était

13. L'Italie est un pays de droit continental dans lequel, en vertu de la Constitution, seule la loi adoptée par le Parlement peut définir les infractions pénales ; les juges conservent naturellement la faculté d'interpréter la loi, dans le respect des principes de légalité des crimes et des peines, ainsi que d'interdiction de l'analogie. Ce constat doit être rapproché d'un autre : contrairement à ce qui n'était pas contesté par les parties dans l'arrêt *Contrada* (précité, § 66), où la Cour avait considéré que « le concours externe en association de type mafieux constitue une infraction d'origine jurisprudentielle », le Gouvernement a démontré dans l'affaire *Lo Sicco* (§ 58 de l'arrêt de la majorité), sans être contredit par le requérant, que l'infraction trouve son fondement légal dans les articles 110 et 416 bis du code pénal (CP) et n'est donc pas d'origine jurisprudentielle. La majorité, dans l'affaire *Lo Sicco*, a dès lors été contrainte de partager l'approche des parties, selon laquelle l'ancienne conclusion de la Cour concernant la création de l'infraction par les juridictions internes était erronée (§ 72 de l'arrêt de la majorité).

14. Je reviendrai plus loin en détail sur l'« imperméabilité » – déjà mentionnée en général – de la majorité au dialogue judiciaire avec le système national. Je peux toutefois alerter dès à présent sur le fait que, si une confirmation supplémentaire de cette imperméabilité aux arguments avancés par les juridictions nationales et repris par le Gouvernement était nécessaire, on peut la retrouver dans la technique décisionnelle par laquelle la majorité traite cette « distinction » entre les affaires *Lo Sicco* et *Contrada*. Alors même que, dans un pays de droit continental, il est désormais clair que l'infraction en cause repose sur des dispositions législatives du CP et ne constitue plus une « création jurisprudentielle », la majorité formule l'affirmation générale figurant au paragraphe 70 de son arrêt, selon laquelle « elle ne voit pas de raisons de remettre en discussion les conclusions » de l'arrêt *Contrada*. Plus ça change, plus c'est la même chose. Donc, au lieu d'examiner les arguments qui lui étaient soumis, la majorité estime, dans les paragraphes suivants, qu'il est simplement « nécessaire de réaffirmer certaines considérations [de *Contrada*] et, en même temps, d'apporter des précisions » (*ibidem*). Mais quelles sont ces précisions ?

B.2. Une base légale « trop » générale : la majorité lui reproche de ne pas viser expressément les associations mafieuses

15. La première « précision » constitue, en réalité, une tentative (maladroite, si je puis me permettre) de minimiser l'importance, pour la prévisibilité pénale, de la règle générale de l'article 110 du CP qui, contrairement aux conclusions dans l'affaire *Contrada*, permet désormais indiscutablement l'incrimination sur une base légale dans l'affaire *Lo Sicco*. Au paragraphe 75 – soulevant une question certes examinée par la jurisprudence nationale, mais qui n'avait d'ailleurs pas été spécifiquement traitée à Strasbourg comme motif d'imprévisibilité –, la majorité relève donc que l'article 110, qui permet de sanctionner toute personne ayant participé à une infraction au titre du concours éventuel, présenterait le défaut de ne pas être « suffisamment clair ». Et pourquoi ? Parce que – surprise – il ne précise pas si ce concours éventuel s'applique également aux infractions qui supposent nécessairement la participation de plusieurs personnes...

16. Examinons cette affirmation. D'un premier point de vue, même si les juridictions nationales se sont effectivement posé cette question, quelle est la pertinence de ce doute en l'espèce ? Comme je l'ai déjà indiqué, nous verrons que la divergence résolue par l'arrêt *Demitry* concernait tout autre chose : fallait-il punir l'intéressé au titre de l'infraction principale, qui implique nécessairement plusieurs personnes, ou au titre d'une infraction fondée sur le concours éventuel ? La question n'avait aucun rapport avec l'exclusion de toute punition, qui n'était pas une alternative envisagée (voir paragraphes 36-38 ci-dessous).

17. D'un deuxième point de vue, le caractère « excessif » de la prétention de « clarté » de la majorité – selon laquelle la règle générale de l'article 110 aurait dû, à elle seule ou conjointement avec une autre disposition, préciser explicitement son applicabilité aux infractions associatives – ressort nettement d'un examen attentif de la référence jurisprudentielle figurant à la fin du paragraphe. Celle-ci tombe comme un cheveu sur la soupe : le paragraphe 31 de l'arrêt *Litschauer c. République de Moldova*, auquel le lecteur est invité à se reporter, concernait une difficulté de prévisibilité pénale tout autre : la question de savoir si des « erotic video-chat shows » pouvaient être inclus dans la définition de « prostitution » ! Rien n'y est dit sur le fonctionnement des dispositions générales relatives à la participation de plusieurs personnes à une infraction, qui – comme je vais l'expliquer immédiatement – existent dans tous les systèmes juridiques européens. De plus, je tiens à rappeler que la jurisprudence de la Cour a expressément évoqué à plusieurs reprises que « [l]'une des techniques types de réglementation consiste à recourir à des catégories générales », une technique qui « laisse souvent des zones d'ombre aux frontières de la définition. À eux seuls, ces doutes à propos de cas limites ne suffisent pas à rendre une disposition incompatible avec l'article 7, pour autant que celle-ci se révèle suffisamment claire dans la grande majorité des cas » : « [a]ussi de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation. L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent de la pratique » (*Cantoni c. France* [GC], n° 17862/91, §§ 31-32, 15 novembre 1996).

18. D'un troisième point de vue, considérons précisément ces catégories générales dans les systèmes juridiques européens : pratiquement tous comportent des règles générales relatives au concours éventuel qui, combinées aux dispositions réprimant les différentes infractions, étendent la responsabilité pénale. En France, par exemple, l'article 121-7 du code pénal constitue la règle générale en matière de complicité d'un crime ou d'un délit. Il vise celui qui, sciemment, aide ou assiste à la préparation ou à la commission d'une infraction. Il en va de même, par exemple, en Allemagne, où s'applique le § 27 du *Strafgesetzbuch* (StGB), ou dans la *common law* d'Angleterre et du pays de Galles, où existe la *secondary liability* (responsabilité secondaire) pour punir une personne, qui aide ou encourage une autre personne à commettre une infraction, pour la même infraction que l'auteur principal. Certes, plusieurs systèmes juridiques ont récemment – notamment après la Convention de Palerme évoquée plus haut – prévu des infractions spécifiques visant la contribution extérieure à des associations mafieuses. Mais, de manière générale, la jurisprudence d'autres pays que l'Italie a traditionnellement admis sans difficulté la combinaison des règles générales relatives au concours éventuel avec des infractions supposant déjà un concours nécessaire, et ce même en l'absence de la précision

d'applicabilité « excessive » que la majorité exige au § 75 de son arrêt. J'ai récemment lu, par exemple, un arrêt de la Cour de cassation française, chambre criminelle, du 28 février 2001, nº 00-84.108, qui examine sans soulever de difficulté la condamnation de deux personnes pour « complicité d'association de malfaiteurs » (dont l'association mafieuse en Italie n'est qu'une sous-catégorie). En conclusion, conformément à ce qui prévaut dans les autres systèmes européens, le texte de l'article 110 du CP italien n'excluant expressément aucune catégorie d'infractions de son champ d'application, il en découle de manière suffisamment claire que cette disposition – malgré les débats doctrinaux sur la question – est également susceptible de s'appliquer aux infractions impliquant un concours nécessaire, telles que l'association de type mafieux définie à l'article 416 *bis* du CP.

19. D'un quatrième point de vue, je suis parfaitement conscient – et je l'ai rappelé dans mon opinion en partie concordante et en partie dissidente dans l'affaire *R.B. c. Italie* (nº 20409/23, du 16 juillet 2026, § 22 de l'opinion ; l'arrêt n'est pas définitif, car le requérant en a demandé le renvoi à la Grande Chambre, s'agissant de questions qui sont en quelque sorte parallèles à celles soulevées dans *Lo Sicco*) – qu'il existe, notamment dans la doctrine, des « approaches that currently enjoy no European consensus », selon lesquelles « the law should ... clearly specify the type of offender capable of incurring liability, that is to say, whether the offence is punishable only when committed by a principal offender or whether, for each offence, other participants are punishable in different capacities to be specified, such as instigators or accomplices contributing only in part to the conduct ». Selon ces mêmes approches, les systèmes qui « regulat[e] such matters through general provisions ... are not always regarded as sufficiently foreseeable ». Comme je l'expliquais dans cette opinion, il s'agit toutefois d'approches tout à fait minoritaires.

B.3. Les divergences jurisprudentielles ne suffisent pas, à elles seules, à exclure la prévisibilité

20. Après ces quatre observations, je voudrais conclure brièvement sur les raisons – conjuguées aux considérations très bien exposées dans l'opinion dissidente du juge Derenčinović – pour lesquelles l'arrêt de la majorité marque un éloignement dangereux par rapport à la jurisprudence constante de la Cour :

(i) Compte tenu du fait que l'Italie est un système de droit écrit, en particulier en matière pénale, il est surprenant que la majorité – en s'attardant excessivement sur les divergences jurisprudentielles – oublie complètement que le justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt

de ce chef (*Cantoni,* précité, § 29 ; *Kafkaris c. Chypre* [GC], nº 21906/04, § 140, 12 février 2008 ; *Del Río Prada c. Espagne* [GC], nº 42750/09, § 79, 21 octobre 2013). Dans un système de droit pénal établi par le Parlement, il n'existe pas de problème de prévisibilité lorsque la disposition, dans son champ d'application, prévoit qu'un comportement est punissable.

(ii) Dès lors qu'il était reconnu que l'article 110 existait et qu'au moins un courant jurisprudentiel pertinent l'appliquait également aux infractions associatives de type mafieux (et, pour l'instant, laissons de côté le fait qu'un courant jurisprudentiel, probablement majoritaire, reconnaissait les infractions associatives au titre du *concorso esterno* depuis 1987), il ressort de la jurisprudence de la Cour – que la majorité aurait dû appliquer – que l'existence de divergences jurisprudentielles ne saurait, à elle seule, exclure la prévisibilité. Seul un revirement par rapport à une jurisprudence établie et favorable à l'accusé, en l'absence de disposition législative, est susceptible de rendre la punition imprévisible. Comme nous le savons, la Cour a réaffirmé que même une longue tolérance des autorités à l'égard de tel ou tel comportement pourtant pénalement répréhensible, conduisant à une dépénalisation de fait du comportement en question, ne peut exclure la responsabilité pénale de l'intéressé condamné ou rendre sa condamnation imprévisible au regard de l'article 7 (*Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, nº 5829/04, §§ 816-820, 25 juillet 2013 ; *Sacharuk c. Lituanie,* nº 39300/18, § 153, 23 avril 2024).

(iii) Afin de ne pas tenir compte de cette jurisprudence constante de la Cour, la majorité, dans son arrêt *Lo Sicco*, adopte un raisonnement juridique et logique fallacieux qui, partant du paragraphe 75 de l'arrêt, se base sur l'allégation (erronée, comme on a montré) selon laquelle, pour que l'infraction soit prévisible, l'article 110 du CP ou une autre disposition aurait dû préciser son extension aux infractions associatives, puis présente l'arrêt *Demitry* de 1994 (paragraphe 76 de l'arrêt de la majorité) comme ayant eu pour objet de trancher une divergence concernant l'applicabilité ou non de l'article 110 aux associations de malfaiteurs. Mais, en réalité, si cette question figure certes dans l'arrêt, elle n'est toutefois pas pertinente au regard de la divergence que l'arrêt *Demitry* visait réellement à résoudre, laquelle était tout autre (je l'ai mentionnée déjà et j'y reviendrai plus loin ; mais cela me conduit déjà à conclure que, outre cette stratégie rhétorique et linguistique élusive, la majorité encourt ici un véritable contresens). Le contresens se poursuit dans l'analyse de la jurisprudence : le lecteur qui connaît la jurisprudence interne éprouve un réel malaise à lire, aux paragraphes 76 à 79, une réinterprétation des précédents nationaux – domaine dans lequel la Cour devrait faire preuve de subsidiarité et de déférence – qui tend implicitement à s'opposer à l'interprétation retenue par les chambres réunies dans l'arrêt *Genco* et dans les autres décisions pertinentes, et qui amplifie les différences là où les chambres réunies avaient, au contraire, souligné les convergences. Cela

m'obligera à traduire les passages pertinents de *Genco* (paragraphe 37 ci-dessous) oubliés par la majorité.

21. Indépendamment de cela – et même en admettant ce qui n'est pas établi, à savoir qu'une plus grande précision de l'article 110 était nécessaire et que l'arrêt *Demitry* avait mis fin à une divergence jurisprudentielle sur le point litigieux –, le principe dangereux, comme l'a bien souligné sous un autre angle le juge Derenčinović dans son opinion, est celui énoncé au paragraphe 68 de l'arrêt de la majorité, puis appliqué dans les motifs qui suivent, où il est affirmé, en des termes très généraux, qu'« une interprétation jurisprudentielle divergente [...] est un facteur susceptible d'aboutir à des résultats imprévisibles ou arbitraires » et légitime donc la non-punition pour manque de prévisibilité.

22. Cette affirmation s'applique-t-elle, selon la jurisprudence de la Cour, aux questions de prévisibilité d'une norme pénale d'origine parlementaire qui fait l'objet de divergences jurisprudentielles ? À y regarder de plus près, les arrêts cités audit paragraphe 68 couvrent des domaines très divers, allant de *Carbonara et Ventura c. Italie* (n° 24638/94, 30 mai 2000) – qui concernait une forme d'expropriation de terrain dépourvue de base légale et, partant, contraire à l'article 1 du Protocole n° 1 – à plusieurs autres questions sans rapport direct avec celle qui nous occupe. Comme l'a relevé le juge Derenčinović, la référence la plus proche est *Žaja c. Croatie* (n° 37462/09, 4 octobre 2016), qui portait toutefois sur une autre question d'interprétation judiciaire, et non sur des divergences jurisprudentielles.

23. En définitive, aucune de ces références ne permet d'étayer la proposition selon laquelle les divergences jurisprudentielles concernant une norme pénale, en tant que telles, rendraient totalement imprévisible l'engagement de la responsabilité pénale au regard de l'article 7. Le paragraphe 69 de l'arrêt, qui étend *a fortiori* des principes formulés dans des contextes tout à fait différents, me paraît donc erroné.

24. Les références faites par la majorité, au paragraphe 69 de l'arrêt, à *Del Río Prada* (précité) sont, en revanche, cruciales, mais elles doivent être replacées dans leur juste contexte. Cette affaire, examinée par la Grande Chambre, portait précisément sur la question qui nous intéresse, à savoir la prévisibilité – même si elle ne concernait pas la responsabilité pénale en tant que telle, mais l'exécution de la peine et la portée de celle-ci : il s'agissait d'un changement dans le système d'application des remises de peine. Dans *Del Río Prada*, le refus de libérer la requérante avait résulté d'un revirement soudain et inédit de la jurisprudence du Tribunal suprême, qui s'était écarté de sa jurisprudence antérieure. Dans de telles circonstances, selon la jurisprudence de la Cour, les juridictions ne pouvaient appliquer qu'une forme de *prospective overruling*, c'est-à-dire un revirement dont les effets sont limités au futur. Le paragraphe 117 revêt à cet égard une importance particulière (alors même que la majorité cite le § 115) :

> « La requérante ne pouvait donc pas s'attendre au revirement opéré par le Tribunal suprême ni, en conséquence, à ce que l'*Audiencia Nacional* impute les remises de peine accordées non sur la peine maximale de trente ans, mais successivement sur chacune des peines prononcées. Comme la Cour l'a constaté ci-dessus (...), ce revirement de jurisprudence a eu pour effet de modifier au détriment de la requérante la portée de la peine infligée. »

25. Ces principes sont-ils transposables à l'affaire *Lo Sicco* ? Probablement oui, mais dans la direction opposée à celle invoquée par la majorité : face à une disposition – l'article 110 du CP italien – qui réprime clairement le *concorso esterno*, le requérant avait-il été confronté à un revirement jurisprudentiel soudain, adopté pour la première fois à son détriment ?

26. La réponse est catégoriquement négative, si le critère *Del Río Prada* est correctement appliqué. Depuis les années 1960, le *concorso esterno* était clairement punissable. Et les considérations avancées dans *Contrada* pour écarter les arguments du Gouvernement ne sont plus pertinentes dès lors que l'on reconnaît la présence dans le CP de l'article 110 et le fait qu'au moins un courant jurisprudentiel l'appliquait également aux infractions associatives. Ainsi, l'existence d'une jurisprudence « divergente », antérieure au nouveau principe que le projet entend introduire, ne saurait être invoquée pour exclure la prévisibilité. Seul un revirement par rapport à une jurisprudence établie et favorable à l'accusé, en l'absence de disposition législative, est susceptible d'exclure cette prévisibilité.

Contrada, le contexte national et le dialogue judiciaire : une occasion manquée

27. Il m'incombe également, en ma qualité de juge national, tout en demeurant indépendant dans l'exercice de mes fonctions, de préciser le contexte interne dans lequel s'inscrit l'examen, par la majorité, de l'arrêt *Lo Sicco*.

C.1. Le contexte national de l'affaire et l'importance des enjeux

28. Il convient de commencer par quelques données relatives à la gestion des affaires (*case management*). L'affaire *Lo Sicco*, dont nous sommes ici saisis, a été introduite devant la Cour en 2009 et compte donc parmi les affaires concernant l'Italie les plus anciennes encore pendantes devant elle. Il convient également de relever que d'autres affaires similaires, du type *Contrada*, sont pendantes devant la Cour. En particulier, il ressort de la « fiche pays » consacrée à l'Italie, disponible sur le site internet de la Cour, que l'affaire *Dell'Utri c. Italie* (n° 3800/15), communiquée au Gouvernement le 16 novembre 2017, figure parmi elles et revêt une importance particulière. Le requérant de l'affaire *Dell'Utri* est une personnalité politique de premier

plan, ancien sénateur. L'arrêt *Genco* – qui rappelle à plusieurs reprises les arrêts de la même Cour de cassation italienne concernant M. Dell'Utri – fait lui aussi référence à cette affaire comme étant pendante devant la Cour (p. 21 de cet arrêt).

29. Dans une perspective complémentaire, il convient de garder à l'esprit l'importance des questions liées à la notion de *concorso esterno* à une association mafieuse. Les mafias sont notoirement des organisations criminelles qui, par leur nature même, sont soumises à des règles de secret régissant l'association à leurs rangs, parfois assortie de rituels particuliers d'initiation. Parallèlement, ces organisations ont recours à la contribution consciente à la commission d'activités criminelles de personnes extérieures, lesquelles, précisément en raison de leur position, ne peuvent être initiées – par exemple, des agents de l'État qui sont passés « de l'autre côté ». Les affaires judiciaires les plus connues en matière de *concorso esterno* ont, en effet, concerné des responsables de la police (comme M. Contrada), des magistrats ainsi que des personnalités politiques à l'échelon régional, voire national. Si M. Lo Sicco était un important entrepreneur du bâtiment, les affaires citées par la majorité comme précédents concernaient, quant à elles, des représentants des pouvoirs publics. Il s'agit d'affaires complexes sur le plan de la preuve, qui se sont fréquemment soldées par des acquittements.

30. Un autre élément de contexte concerne l'attitude des juridictions italiennes par rapport à la Convention. Il convient de relever à cet égard que, au vu de la jurisprudence même de la Cour, les juridictions supérieures italiennes font presque toujours preuve – et, sauf erreur de ma part, vraiment toujours, à l'exception de la présente question juridique – d'une extrême déférence à l'égard des arrêts de Strasbourg. Si, au stade de l'exécution sous la supervision du Comité des Ministres, les autorités nationales autres que les juridictions peuvent parfois accuser des hésitations, même considérables, dans l'exécution des arrêts de la Cour, les juridictions internes, quant à elles, accueillent constamment – et souvent avec enthousiasme – les impulsions que notre Cour leur donne dans l'application de la Convention. Dans le même esprit, lors des travaux parlementaires relatifs à la ratification du Protocole n° 16, toutes les hautes juridictions nationales consultées par le Parlement se sont unanimement prononcées en faveur de la mise à leur disposition de cet instrument de dialogue « anticipé », tandis que les voix discordantes provenaient d'autres milieux institutionnels. C'est la prépondérance de ces dernières qui a conduit l'Italie à ne pas ratifier, à ce jour, le Protocole n° 16, et certainement pas la position des juridictions.

C.2. L'arrêt *Genco* : une invitation au dialogue judiciaire

31. Dans la perspective d'un dialogue avec la Cour de Strasbourg, on a donc toutes les raisons de présumer que les juridictions nationales étaient pleinement conscientes de la portée de leurs décisions lorsqu'elles ont décidé,

dans un cas isolé et au niveau le plus élevé de la hiérarchie judiciaire – celui des chambres réunies de la Cour de cassation –, tout en exécutant l'arrêt *Contrada* à l'égard de l'intéressé, d'engager un dialogue avec notre Cour. C'est précisément ce qu'elles ont fait dans l'arrêt *Genco* de 2020, en invitant notre Cour à reconsidérer, dans de futures affaires, les conclusions auxquelles elle était parvenue dans l'affaire *Contrada*. En réalité, les chambres réunies, dans l'arrêt *Genco*, appelaient des réponses que je ne trouve pas dans l'arrêt de la majorité. Celui-ci constitue pourtant la première occasion de répondre à cette invitation au dialogue, dès lors que le Gouvernement, dans ses observations relatives à l'affaire *Lo Sicco*, a expressément invoqué l'arrêt *Genco*.

C.3. Le dialogue judiciaire : un précédent britannique et ses enseignements

32. Il convient de le dire clairement : lorsque les juridictions nationales, qui, comme je l'ai indiqué, se conforment habituellement à la jurisprudence européenne, ont estimé, dans une affaire ultérieure, devoir s'en écarter et engager un dialogue avec la Cour afin de l'inviter à réexaminer, voire à corriger, sa propre jurisprudence, elles avaient à l'esprit plusieurs exemples de dialogues fructueux. En particulier, dans l'arrêt *Genco*, les chambres réunies de la Cour de cassation italienne ont implicitement exprimé une position qui rappelle les termes déjà employés par Lord Phillips – auxquels tous les membres de la Cour suprême du Royaume-Uni ont souscrit – dans l'arrêt rédigé par lui *R v. Horncastle & Others* [2009] UKSC 14, § 11. À l'avocat des appelants, qui demandait à la Cour suprême « d'adopter exactement la même approche » que celle retenue par la Cour de Strasbourg — alors siégeant en chambre — dans l'affaire *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, Lord Phillips, suivi à l'unanimité par les juges de la Cour suprême, répondit :

> « I do not accept that submission. The requirement to "take into account" the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case. »

33. Le dialogue engagé par la Cour suprême britannique a porté ses fruits : l'affaire *Al-Khawaja et Tahery* a été renvoyée devant la Grande Chambre, en

partie à la suite de l'arrêt *Horncastle*. La Grande Chambre a examiné l'affaire et son arrêt s'appuie largement sur l'analyse de la Cour suprême britannique. Sir Nicholas Bratza, juge britannique à la Cour et futur président de celle-ci, déclarait dans son opinion concordante :

> « it was, in part, in order to enable the criticisms [in *Horncastle*] to be examined that the panel of the Grand Chamber accepted the request of the respondent Government to refer the case to the Grand Chamber »

Il indiquait également que :

> « [the] cases afford[ed] ... a good example of the judicial dialogue between national courts and the European Court on the application of the Convention to which Lord Phillips was referring. »

reconnaissant ainsi le caractère erroné d'une approche strasbourgeoise consistant à « apply [rules] inflexibly, ignoring the specificities of the particular legal system concerned ».

C.4. L'occasion manquée de répondre à la Cour de cassation italienne

34. Reste maintenant à voir si un dialogue de cette nature s'est réalisé dans l'affaire *Lo Sicco*. Bien que la majorité ait consacré un long résumé à l'arrêt *Genco* (aux paragraphes 31 à 41 de l'arrêt *Lo Sicco*), la majorité a, à mon sens, « dilué » dans ce long développement l'essentiel de cette décision de la plus haute juridiction de l'État défendeur : l'invitation, implicite et en partie explicite, à engager un dialogue proactif.

35. Cette demande de dialogue avait été suscitée par un dessaisissement opéré par une chambre ordinaire de la Cour de cassation italienne, en l'espèce la sixième chambre (voir p. 5 et suivantes de l'arrêt *Genco*, dans les documents de l'affaire) ; compte tenu de l'importance de la question et faisant en partie sienne la position de l'accusé *Genco*, cette chambre estimait nécessaire de saisir la formation juridictionnelle élargie, à savoir les chambres réunies.

36. Il faut également souligner, ce qui renforce l'importance de la demande de dialogue, que le procureur général près la Cour de cassation (voir p. 8 et suivantes de l'arrêt *Genco*) avait lui-même relevé que, dans l'arrêt *Contrada*, la Cour de Strasbourg avait « commis une erreur » : elle n'avait pas compris que, dans l'arrêt *Demitry*, les chambres réunies s'étaient bornées à « retenir l'une des deux thèses interprétatives en conflit », ce qui, en soi, n'affectait pas la prévisibilité. Le procureur général ajoutait que les deux thèses préexistantes affirmaient l'une et l'autre le caractère illicite de la conduite, qu'elle soit qualifiée de « participation » directe ou de « concours externe » indirect, sans que la jurisprudence antérieure eût jamais affirmé la licéité de cette conduite. De ce point de vue également, selon le procureur général, aucune interprétation imprévisible de la norme n'avait été proposée.

Pour conclure, selon les termes des réquisitions du procureur général reproduits dans l'arrêt *Genco* :

> « L'arrêt n'a entraîné, pour *Contrada*, pas plus que pour *Genco* ou pour d'autres personnes condamnées pour concours externe en raison de faits commis avant octobre 1994, aucun préjudice, puisque l'incertitude quant à l'incrimination des conduites constitutives d'un concours externe impliquait l'alternative prévisible d'une condamnation pour participation à l'association. »

Véritable surprise que de découvrir un malentendu si grave ! La même impression ressort de la lecture de l'arrêt *Genco*. Après avoir expliqué – au moyen d'arguments qui ne sont pas sans rappeler ceux de Lord Phillips – qu'il était possible, dans l'ordre juridique italien, de ne pas étendre automatiquement à d'autres personnes les conséquences tirées d'une affaire portée devant la Cour de Strasbourg, les juges des chambres réunies développent leur raisonnement à partir de la page 24 du texte de leur arrêt (résumé aux paragraphes 37 à 40 de l'arrêt *Lo Sicco*).

37. Puisque le résumé contenu dans l'arrêt de la majorité ne saisit pas l'essence du raisonnement des chambres réunies, il convient de rappeler avec précision – en reproduisant le texte, dans ma traduction – ce que les chambres réunies déclarent dans l'arrêt *Genco* (je souligne) :

> « 6.1. En premier lieu, il est singulier et contraire à la réalité du contenu des décisions rendues dans le contexte jurisprudentiel national en matière de concours externe dans une association mafieuse avant 1994 d'affirmer que cette infraction aurait été une « création jurisprudentielle ».
>
> L'erreur qui sous-tend cette affirmation, induite notamment par les arguments concordants des parties, tient à l'absence de toute considération de la base législative sur laquelle reposait l'interprétation ensuite retenue par les chambres réunies dans l'arrêt *Demitry*. La possibilité de qualifier de délit le concours externe dans une association mafieuse ne résulte pas d'opérations interprétatives originales, détachées du texte normatif et menées *ex abrupto* par la Cour de cassation dans le sens d'une innovation par rapport à l'éventail des solutions déjà reconnues comme possibles. Elle découle, au contraire, de l'application combinée de deux dispositions déjà présentes dans un système de code écrit, publié et accessible à tous : les articles 110 et 416 *bis* du code pénal, le premier constituant une règle générale relative au concours de personnes à une infraction, le second ayant une fonction incriminatrice spécifique.
>
> Cette solution est l'aboutissement d'un long débat doctrinal et jurisprudentiel, qui s'était également développé en parallèle sur la définition de la conduite punissable au titre de la participation, relevant de l'article 416 *bis* du code pénal. Comme l'ont relevé la doctrine et la première chambre, dans l'arrêt n° 44193 du 11 octobre 2016, *Dell'Utri*, (...) cette solution est le fruit d'une réflexion théorique qui, depuis l'époque suivant l'unification de l'Italie [1861], s'est développée au travers de plusieurs décisions de justice qui ont reconnu la possibilité de retenir un concours dans une infraction impliquant nécessairement plusieurs personnes, lorsque des conduites facilitatrices de diverses natures sont accomplies au bénéfice d'un membre de l'association ou de l'activité de l'association elle-même, sans pour autant constituer l'acte typique de participation.
>
> Cette reconnaissance a concerné aussi bien l'association de malfaiteurs que l'association à caractère politique subversif. Dès les années 1980, les mêmes principes

avaient été étendus à l'infraction d'association de type mafieux, introduite dans le système juridique par la loi nº 646 du 13 septembre 1982, en rapport avec des phénomènes de proximité avec la mafia impliquant des personnes qui n'en étaient pas formellement des initiés, mais qui provenaient du monde entrepreneurial, politique ou administratif, ou encore des forces de police. C'est en ce sens que s'étaient prononcés l'arrêt de la première chambre nº 3492 du 13 juin 1987, déposé en 1988, *Altivalle*, ..., ainsi que d'autres décisions contemporaines ou postérieures, toutes antérieures à l'arrêt *Demitry*.

En outre, la première décision de la juridiction suprême ayant examiné l'hypothèse du concours externe – l'arrêt de la première chambre nº 8092 du 19 janvier 1987, Cillari, (...) – avait réélaboré des principes déjà affirmés par la jurisprudence de la Cour de cassation au cours des décennies précédentes, à commencer par l'arrêt de la première chambre nº 1569 du 27 novembre 1968, déposé en 1969, Muther, (...)

Les considérations qui précèdent conduisent à estimer que les divergences interprétatives relevées par la Cour européenne des droits de l'homme n'avaient pas compromis la possibilité de comprendre et de connaître le risque de sanction des conduites facilitant ou renforçant une organisation de type mafieux, susceptibles de relever du concours externe. Elles constituaient, au contraire, le fondement juridique d'un devoir d'information, par tout moyen utile et, en cas de persistance de l'incertitude, d'un devoir de s'abstenir, par prudence et précaution, de comportements risquant d'être poursuivis au titre de cette même infraction. Ce risque était d'autant plus clairement perceptible par l'agent que son expérience professionnelle et relationnelle lui procurait un patrimoine de connaissances plus spécifique.

6.2. Les juges européens ont également omis de prendre en considération le fait que l'arrêt *Cillari* précité, tout comme les décisions ultérieures auxquelles l'arrêt Contrada faisait lui-même référence – à savoir l'arrêt de la première chambre nº 8864 du 21 mars 1989, *Agostani*, (...), ainsi que les arrêts nº 2342 du 18 mai 1994, *Abbate*, (...), et nº 2348 du 18 mai 1994, *Clementi*, (...) – avaient certes répondu par la négative à la question de l'autonomie conceptuelle du concours éventuel à l'infraction d'association mafieuse, mais non parce que les conduites de facilitation ou d'assistance à la vie et aux activités de l'organisation, accomplies par une personne extérieure, auraient été considérées comme licites et donc exonérées de toute responsabilité. Elles étaient, au contraire, regardées comme relevant de la notion de participation, pénalement pertinente et punissable, dès lors que l'intéressé apportait une contribution à l'organisation.

On peut donc partager l'analyse exposée dans les deux arrêts *Dell'Utri* – l'arrêt de la première chambre nº 44193 du 11 octobre 2016 et celui de la cinquième chambre nº 27308 du 22 janvier 2019 – ainsi que par une partie de la doctrine : le conflit résolu en 1994 par les chambres réunies de la Cour quant à la qualification d'une conduite renforçant et maintenant en vie l'organisation criminelle, en dehors de toute intégration stable dans ses rangs, ne supposait pas de choisir entre, d'une part, l'incrimination au titre du concours externe à une association mafieuse, sur le fondement des articles 110 et 416 *bis* du code pénal, selon la thèse qui l'admettait, et, d'autre part, l'acquittement de toute responsabilité pénale, selon la thèse qui la rejetait. Cette dernière conception faisait entrer le concours dans la définition même de la participation et conduisait, elle aussi, à la punition de l'auteur.

Au regard de la jurisprudence et de la doctrine existant à l'époque des faits reprochés au requérant *Genco*, les conséquences juridiques d'un comportement ayant une portée causale et visant à consolider et à maintenir en vie l'organisation mafieuse, conséquences qui pouvaient être envisagées avec l'assistance de conseillers juridiques,

y compris avant l'arrêt *Demitry*, impliquaient son incrimination. Seule pouvait varier la qualification juridique, entre la participation pleine à l'association, d'une part, et le concours éventuel ou le recel de malfaiteur, poursuivi de manière continue et aggravée en application de l'article 7 de la loi n° 203 de 1991, d'autre part.

Contrairement à ce que soutenaient les défenses, il ne pouvait subsister aucun doute ni aucune incertitude insurmontable quant au caractère illicite de la conduite et à sa pertinence pénale. Dans ce contexte interprétatif, le seul résultat qui n'était pas prévisible était l'acquittement, sans aucune conséquence défavorable, même du point de vue de la sanction, puisque la punition de la participation à titre de concours nécessaire et celle de la contribution à titre de concours éventuel demeuraient inchangées.

[...]

6.3. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ne révèle pas davantage une position cohérente avec ses décisions antérieures quant à l'incidence d'une divergence interprétative portant uniquement sur la qualification juridique d'un fait illicite sur la capacité réelle du citoyen à prévoir l'issue judiciaire.

La doctrine a observé – et cette observation mérite d'être retenue – que les qualifications juridiques divergentes données à la contribution de la personne extérieure à l'association et le nombre limité de solutions alternatives identifiées par la jurisprudence rendaient possible, au moment où le comportement était adopté, de prévoir que l'une des solutions en discussion serait retenue. Toutes conduisaient, en tout état de cause, à l'incrimination et à la sanction, sans que celles-ci puissent apparaître comme l'effet d'une surprise, ou d'une réponse judiciaire postérieure, soudaine et inédite, de nature à déjouer les attentes légitimes de l'intéressé telles qu'elles s'étaient formées au moment des faits, alors que des indices discernables annonçaient déjà le risque d'incrimination et de sanction.

En d'autres termes, comme l'a souligné le procureur général, la thèse retenue par l'arrêt *Demitry* en 1994 ne constitue pas une innovation normative, mais une simple évolution de l'interprétation de la disposition législative en vigueur, conforme à la substance de l'infraction définie par les articles 110 et 416 *bis* du code pénal, possible et connaissable à l'avance, et compatible avec la Convention telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Jusqu'à présent, celle-ci n'a sanctionné que des interventions juridictionnelles nationales s'écartant d'orientations antérieures constantes, en raison tant de leur contenu radicalement novateur que de leurs effets défavorables pour l'accusé, résultant d'une application rétroactive prohibée par l'article 7 de la Convention (CEDH [GC], *Del Río Prada*, § 116 ; *Dragotoniu et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, 24 mai 2007, § 44 ; CEDH [GC], *Vasiliauskas c. Lituanie*, 20 octobre 2005, § 181 ; *Kokkinakis c. Grèce*, 5 mai 1993, § 52).

Au vu de ce qui précède, dans le cas du concours externe à une association mafieuse, l'arrêt *Demitry* n'a pas procédé, par voie interprétative, à une reconstruction *in malam partem* de l'infraction à propos de comportements qui auraient été considérés comme licites et exempts de peine à l'époque où ils avaient été commis. Il a retenu l'une des solutions possibles, déjà connue et largement exposée dans ses fondements juridiques, donc connaissable à l'avance et propre à avertir le citoyen du risque de sanction pénale. »

38. En somme, dans les développements particulièrement substantiels des paragraphes 6.1 à 6.3 de l'arrêt *Genco*, les plus hauts magistrats italiens s'adressent avec mesure à Strasbourg pour soumettre trois points à un possible dialogue :

(i) Une première critique – pour laquelle ils reconnaissent que les parties à la procédure dans l'affaire *Contrada* ont également contribué à l'« erreur » en ne soulevant aucune discussion sur ce point – concerne l'origine prétendument jurisprudentielle de l'infraction de concours externe. Or cette affirmation est inexacte : cette infraction résulte, selon une reconnaissance ancienne étendue à d'autres infractions associatives similaires, de la combinaison des articles 110 et 416 *bis* du code pénal.

(ii) La deuxième et la troisième critiques, que l'on peut réunir, sont exclusivement adressées à la Cour. À mon sens, elles sont véritablement irréfutables : la Cour de Strasbourg (deuxième critique) a commis une erreur en considérant que la divergence jurisprudentielle portait sur l'alternative entre punition et absence de punition. En réalité, la divergence portait sur l'alternative entre une condamnation directe au titre de l'infraction associative, même pour des personnes non initiées, et une condamnation fondée sur la notion de concours, avec, pour l'essentiel, les mêmes conséquences pénales en droit interne. C'est ce qu'a clairement relevé le procureur général, en soulignant également que cette situation avait la même portée au regard de la jurisprudence conventionnelle en matière de prévisibilité, puisqu'elle excluait tout effet de surprise (troisième critique).

39. Le caractère irréfutable de ces erreurs vicie l'ensemble du raisonnement de l'arrêt *Contrada*, ainsi que – malheureusement – celui de l'arrêt *Lo Sicco* rendu par la majorité dans la présente affaire : la divergence jurisprudentielle alléguée n'aurait jamais pu, en effet, fonder un constat d'imprévisibilité.

Au-delà de la formulation très synthétique figurant au paragraphe 40 de l'arrêt de la majorité, le lecteur des passages que j'ai traduits littéralement ci-dessus peut-il affirmer que ces éléments ont été dûment pris en considération dans le résumé extrêmement succinct des paragraphes 37, 38 et 39 ?

À mon sens, donc, le caractère évasif de ces paragraphes révèle que la majorité n'a nullement souhaité se confronter à la demande de dialogue émanant de la juridiction suprême nationale.

Conclusions : réaffirmer les exigences de l'article 7 de la Convention

40. En conclusion, j'estime que la majorité aurait dû considérer, contrairement à ce que la Cour avait retenu dans l'arrêt *Contrada*, précité, en raison du caractère prétendument jurisprudentiel de l'incrimination en cause, qu'en l'espèce, le *concorso esterno* repose non seulement sur une base légale

de nature législative, constituée par l'article 110 du CP, combiné avec l'article 416 *bis*, et suffisamment précise, mais également que l'interprétation donnée par les juridictions nationales des dispositions en cause n'a jamais remis en question le caractère illicite de la conduite, de sorte qu'aucun problème de prévisibilité ne se posait. La majorité se trompe en supposant, au contraire, une divergence concernant le caractère illicite ou non de la conduite (voir, en particulier, le paragraphe 78 de l'arrêt *Lo Sicco*, où la majorité dit que « [e]n dehors de ces hypothèses, les faits ne tombaient pas sous le coup du droit pénal » ; voir aussi les paragraphes 77 et 79 dudit arrêt, où la majorité parle de l' « existence » ou non de l'infraction).

41. Ensuite, même à supposer – en dépit à la réalité –, que l'incrimination ait fait l'objet d'approches jurisprudentielles divergentes pendant plusieurs années quant à la punissabilité du comportement en cause, la majorité aurait dû constater, au vu des précédents de la Cour de cassation produits par les parties ou mentionnés par cette même haute juridiction dans l'arrêt *Genco*, auquel le Gouvernement s'est référé, que l'existence du *concorso esterno* à une association de type mafieux était déjà reconnue par un courant jurisprudentiel constant, dont les origines remontent à 1987 et qui s'est poursuivi jusqu'à l'arrêt *Demitry* de 1994 (voir les arrêts *Altivalle*, n° 3492 du 13 juin 1987, *Barbella*, n° 9242 du 4 février 1988, *Altomonte*, n° 4805 du 23 novembre 1992, *Turiano*, n° 2902 du 18 juin 1993, *Di Corrado* du 31 août 1993, ainsi que *Amato*, n° 3635 du 23 août 1994 et n° 3663 du 1er septembre 1994, cités dans l'arrêt *Genco* et dans l'arrêt de la majorité lui-même). Il s'ensuit que, même en faisant abstraction de la jurisprudence des juridictions du fond – laquelle ressort d'ailleurs des arrêts précités de la Cour de cassation pour une période antérieure à 1987 –, la plus haute juridiction interne avait admis, dès 1987, soit cinq ans seulement après l'introduction de l'article 416 *bis* dans le code pénal, l'applicabilité de l'article 110, combiné avec l'article 416 *bis*, au *concorso esterno*. De surcroît, si la question du *concorso esterno* est replacée dans le cadre plus général des infractions impliquant un concours nécessaire de plusieurs personnes, telles que l'association de malfaiteurs ou la bande armée, la possibilité de sanctionner une participation externe sur le fondement de la disposition générale relative au concours de personnes remonte à une époque bien antérieure (voir notamment les arrêts *Muther*, n° 1569 du 27 novembre 1968, *Livraghi*, n° 768 du 5 mars 1980, *Arancio*, n° 617 du 25 octobre 1983, ainsi que les arrêts *Cucco* du 1er juin 1977 et *Zuffada* du 18 mars 1978, cités par le Gouvernement et dans l'arrêt de la majorité).

42. J'ai montré qu'une divergence jurisprudentielle existait depuis 1987, mais qu'elle portait sur un autre aspect, et pas sur l'incrimination. Or, enfin, même à supposer une nouvelle fois, sans l'admettre, qu'il ait existé un courant jurisprudentiel contraire à l'incrimination, cette circonstance ne saurait occulter l'existence, dès cette époque, d'un courant jurisprudentiel clairement identifiable en faveur de l'interprétation consacrant le caractère punissable du

comportement. Dans ce contexte, en appliquant les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour, correctement interprétés quant au caractère raisonnablement prévisible de l'interprétation judiciaire de la loi pénale, la majorité aurait dû rechercher si le requérant pouvait raisonnablement prévoir, au moment des faits, au besoin avec l'assistance d'un conseil, qu'il risquait d'être poursuivi et condamné pour l'infraction litigieuse (voir *Jorgic c. Allemagne*, nº 74613/01, §§ 109-113, 12 juillet 2007, et *Delga c. France*, nº 38998/20, §§ 65-72, 9 juillet 2024).

43. J'ai indiqué à cet égard que l'interprétation retenue par les juridictions nationales dans la présente affaire – même à supposer, une nouvelle fois, que la divergence ait porté sur l'incrimination – ne faisait que prolonger une tendance jurisprudentielle perceptible depuis plusieurs années avant les faits litigieux et s'inscrivait dans une évolution normale de la jurisprudence (voir *S.W. c. Royaume-Uni*, nº 20166/92, § 43, 22 novembre 1995). En particulier, l'arrêt *Demitry* de 1994 ne saurait être analysé comme un revirement jurisprudentiel soudain et imprévisible que l'intéressé n'aurait pu anticiper (voir *Pessino c. France*, nº 40403/02, § 36, 10 octobre 2006, *Dragotoniu et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, nº 77193/01, § 44, 24 mai 2007, et *Del Río Prada*, précité, §§ 111-117). Sur ces questions également, et notamment sur la notion correcte de prévisibilité au sens de l'article 7 de la Convention, mon collègue le juge Derenčinović s'est exprimé avec beaucoup de clarté dans son opinion séparée, à laquelle – comme je l'ai déjà mentionné – je me rallie.

44. Pour toutes les raisons qui précèdent, considérées isolément ou dans leur ensemble, et compte tenu de l'intérêt qu'il y aurait à clarifier l'application de la jurisprudence de la Cour concernant l'article 7 de la Convention, j'estime qu'il convient de reconsidérer l'arrêt de la majorité.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE DERENČINOVIĆ, À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE SABATO

1. Avec tout le respect qui leur est dû, je ne saurais souscrire à la position de mes éminents collègues ayant formé la majorité. En revanche, je partage pleinement l'opinion séparée de mon éminent collègue, le juge Sabato, et m'y rallie ; je souhaiterais toutefois y ajouter quelques réflexions et arguments supplémentaires concernant la question centrale de la présente affaire : celle de la prévisibilité, en tant qu'élément constitutif du principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*, consacré par l'article 7 de la Convention.

2. Avant toute chose, il convient de souligner que la présente affaire se distingue nettement de l'affaire *Contrada c. Italie (n° 3)* (n° 66655/13, 14 avril 2015) ainsi que l'affaire *Žaja c. Croatie* (n° 37462/09, 4 octobre 2016). La question centrale dans l'affaire *Žaja* ne tenait pas à une divergence de jurisprudence, mais plutôt à l'interprétation d'une disposition de portée générale figurant dans un traité international. Dans l'affaire *Contrada (n° 3)* la violation résidait essentiellement dans l'application rétroactive de la notion de participation externe (*concorso esterno*) – une notion qui, selon le requérant, relevait d'une « création jurisprudentielle » objectivement imprévisible. Le Gouvernement n'ayant pas contesté cet argument dans ses observations. À la différence de l'affaire *Contrada (n° 3),* les parties s'accordent, en l'espèce, à considérer que la « participation externe » (*concorso esterno*) ne résulte pas d'une « création jurisprudentielle », mais constitue une construction juridique solidement ancrée dans deux dispositions du code pénal italien (les articles 110 et 416-*bis*) (§ 72 de l'arrêt de la majorité).

3. Par ailleurs, le grief soulevé en l'espèce a été formulé de manière sensiblement différente de celui formulé dans l'affaire *Contrada (n° 3)*. La question ne portait pas ici sur l'interdiction de la rétroactivité, mais plutôt sur le caractère prétendument imprévisible – tant sur le plan objectif que subjectif – du caractère pénalement répréhensible d'un comportement, en raison d'une jurisprudence divergente relative à la notion de « participation extérieure » (*concorso esterno*). En substance, le litige portait sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, une pratique judiciaire divergente concernant un point de droit précis peut influer sur la prévisibilité du fait qu'un comportement donné est prohibé et sanctionnable.

4. Il convient de garder ces différences à l'esprit, car j'ai l'impression que la majorité les a négligées en fondant le constat d'une violation, dans la présente affaire, sur des arguments tirés de l'arrêt *Contrada (n° 3)*. À mon avis, les deux affaires portent sur des griefs formulés de manière totalement différente, ce qui soulève, par conséquent, des questions juridiques spécifiques qui diffèrent sensiblement.

5. Dans l'affaire *Contrada (n° 3)*, la Cour a abordé uniquement la question de la prévisibilité objective. Bien que cette approche ait suscité des critiques

importantes au sein de la doctrine et dans les plus hautes sphères judiciaires – principalement en Italie –, elle peut se justifier, dans une certaine mesure, du fait que, en l'espèce, l'application portait sur la question de la rétroactivité. Dans la présente affaire, en revanche, les arguments centraux du requérant portaient sur la prévisibilité dans un contexte de jurisprudence divergente ; par conséquent, une analyse approfondie de la prévisibilité, tant objective que subjective, s'imposait, conformément aux critères et normes clairement établis par la Cour.

6. Dans la jurisprudence de la Cour, il est clairement établi que la prévisibilité doit être appréciée du point de vue de la personne condamnée *tempore criminis* (au moment des faits). La portée de la notion de prévisibilité dépend, dans une large mesure, du contenu de l'acte juridique en cause, du domaine qu'il est censé régir, ainsi que du nombre et de la qualité des destinataires de cet acte (*Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04, 17 mai 2010, § 235 ; *Cantoni c. France*, n° 17862/91, 15 novembre 1996, § 35). Cela vaut, en particulier, pour les personnes exerçant une activité professionnelle, lesquelles sont habituées à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur profession. Par conséquent, on peut attendre d'elles qu'elles prêtent une attention particulière à l'évaluation des risques qu'une telle activité comporte (*Pessino c. France*, 10 octobre 2006, § 33 ; *Kononov*, précité, § 235).

7. C'est ainsi que la Cour a évalué la prévisibilité subjective – s'agissant, d'une part, d'un gérant de supermarché au regard de la vente illicite de certains produits pharmaceutiques (*Cantoni*, précité, § 35) et, d'autre part, d'un dirigeant d'une société de distribution de cigarettes au regard de l'apposition, sur les paquets de cigarettes, d'une mention non prévue par la loi (*Delbos et autres c. France* (décision), n° 60819/00, 16 septembre 2004). La notion de « prévisibilité raisonnable » s'est imposée dans la jurisprudence de la Cour (voir, par exemple, la prévisibilité subjective du fait que l'immunité pénale en matière de viol entre époux était devenue obsolète ; voir *S.W. c. Royaume-Uni*, 1995). Selon ce critère, la Cour doit apprécier si le requérant pouvait raisonnablement prévoir, au moment des faits – au besoin, avec l'assistance d'un avocat –, qu'il s'exposait à des poursuites pénales et à une condamnation (*Jorgić c. Allemagne*, 12 juillet 2007, §§ 109-113).

8. Au vu de ce qui précède, je dois avouer que je suis fort surpris de constater que les critères établis en matière de prévisibilité raisonnable (subjective) ne sont même pas évoqués dans cet arrêt. Cette omission rend l'arrêt particulièrement critiquable, problématique et en contradiction avec la jurisprudence bien établie de la Cour. La majorité a omis d'examiner si le requérant – un entrepreneur en bâtiment à Palerme qui, pendant vingt ans, a entretenu des relations et collaboré, sous diverses formes, avec le crime organisé – avait conscience, ou pouvait et devait avoir conscience, que ses agissements étaient prohibés par la loi. Sa situation est comparable à celles décrites au paragraphe précédent, et il est difficile de comprendre pourquoi

l'analyse standard de la prévisibilité subjective – que la Cour effectue pourtant systématiquement – fait défaut dans cet arrêt.

9. Écarter la dimension de la prévisibilité subjective soulève un certain nombre d'autres questions ; je me limite ici à l'une d'entre elles, que cet arrêt laisse en suspens. Existe-t-il, dans le cadre de la Convention, des normes de prévisibilité autonomes et implicites qui seraient totalement étrangères aux normes de prévisibilité en vigueur en droit interne – notamment dans les systèmes de droit civil (droit codifié) ? À mon sens, cette question est essentiellement rhétorique et contient en elle sa propre réponse. Je pense que la prévisibilité doit être rattachée au concept correspondant tel qu'il est entendu dans le droit et la pratique internes. En droit pénal, la prévisibilité constitue une composante essentielle du principe de légalité (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

10. La prévisibilité subjective est étroitement liée à la notion d'erreur de droit, laquelle n'écarte la punissabilité de l'acte que dans des situations exceptionnelles. Selon le principe doctrinal de « l'appréciation parallèle dans la sphère profane » (*Parallelwertung in der Laiensphäre*), bien établi dans les systèmes juridiques européens, il n'est pas nécessaire que l'auteur, au moment des faits, ait une connaissance précise des définitions ou de la terminologie juridiques pour avoir conscience d'avoir commis une infraction pénale. Il suffit qu'il saisisse, selon sa propre perspective de profane, la portée sociale et factuelle de ses actes (voir Roxin-Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. BECK, 2020.)

11. À titre d'exemple, cela signifie ce qui suit. Imaginons qu'un système juridique prévoie qu'un meurtre commis de manière insidieuse constitue une forme aggravée (qualifiée) de meurtre, passible d'une peine plus lourde. Or, la pratique judiciaire varie quant à la question de savoir si, par exemple, tuer une personne alors qu'elle dort peut-être qualifié de meurtre « insidieux ». Supposons qu'au moment des faits, l'auteur ait cru commettre un meurtre ordinaire (non aggravé), cette interprétation étant alors l'une de celles qui prévalaient dans la pratique judiciaire. Par la suite, la pratique judiciaire évolue – ou, plus précisément, se stabilise – et son acte (tuer une personne pendant son sommeil) est désormais qualifié de meurtre aggravé. Cela constitue-t-il une violation de ses droits, étant donné qu'une telle interprétation était imprévisible au moment du crime (*tempore criminis*) en raison des divergences au sein de la pratique judiciaire ? Une juridiction nationale pourrait-elle, pour ce motif, l'exonérer de toute responsabilité ? Certainement pas. Une telle issue serait illogique, déconnectée de la réalité et contraire aux principes fondamentaux du droit pénal.

12. Autrement dit, une personne qui en tue une autre alors que celle-ci dort n'a pas besoin de savoir que son comportement pourrait constituer une forme aggravée d'homicide (meurtre au premier degré ou meurtre aggravé) plutôt qu'un homicide simple. Il lui suffit de savoir qu'en agissant ainsi, elle

tue autrui et adopte un comportement illicite sur le plan juridique. La qualification juridique précise de l'acte – et l'existence éventuelle de débats sur cette qualification au sein de la pratique judiciaire – n'ont aucune incidence sur la prévisibilité du caractère criminel (ou du statut prohibé) de son propre comportement.

13. Il est difficile de ne pas avoir l'impression que le requérant, en l'espèce, était conscient qu'une collaboration de longue date avec le crime organisé est une pratique que le système juridique ne tolère pas. Il ne s'agit toutefois que d'une supposition, car la question de la prévisibilité subjective n'a pas été abordée du tout dans la décision rendue à la majorité. À cet égard, je relève que la défense du requérant, dans le cadre des procédures devant les juridictions nationales, a soutenu que le comportement en cause aurait pu correspondre aux caractéristiques d'une infraction pénale moins grave – à savoir une forme caractérisée de complicité dans la commission d'une infraction –, mais que les juridictions ont écarté cette qualification (§ 11 de l'arrêt de la majorité). Il est donc manifeste que la défense du requérant, lors des procédures devant les autorités nationales, n'a pas contesté qu'il avait, au moment des faits, conscience de l'interdiction légale ou du caractère punissable de son comportement.

14. L'article 7 de la Convention a pour objet d'empêcher l'application arbitraire du droit pénal au détriment d'un prévenu dans le cadre d'une procédure pénale. Il s'agit d'une norme à laquelle aucune dérogation n'est admise ; le constat d'une violation entraîne, entre autres conséquences, un préjudice important pour la réputation de l'État partie concerné. Par conséquent, les violations de l'article 7 fondées sur un défaut de prévisibilité doivent se limiter à des situations exceptionnelles – en particulier aux cas où une sanction a été infligée sur la base d'une analogie prohibée, ou à d'autres hypothèses dans lesquelles une telle sanction n'était ni objectivement ni subjectivement prévisible, que ce soit pour une personne moyenne soumise à la norme juridique ou pour le requérant en cause dans la situation donnée.

15. J'ai l'impression que, par le biais d'une interprétation aussi extensive que celle retenue dans la décision majoritaire – laquelle est dépourvue de tout critère établi –, la notion de prévisibilité (qui devrait normalement porter sur la prévisibilité du fait qu'un comportement est légalement interdit ou punissable) a été élargie pour inclure la prévisibilité de la qualification juridique. Cela ne semble trouver aucun fondement dans l'article 7 de la Convention. Invoquer l'existence d'une jurisprudence incohérente ou divergente pour faire entrer une telle situation dans le champ de l'article 7 de la Convention, tout en faisant abstraction du critère de la prévisibilité subjective, ne constitue pas seulement un écart par rapport aux standards établis par la Cour ; cela envoie également un signal erroné et risque d'entraver les systèmes pénaux nationaux dans la poursuite de la criminalité organisée. C'est pourquoi, à mon avis, cet arrêt devrait faire l'objet d'un réexamen approfondi.