

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is an author's version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/143362>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-20 and may be subject to change.

Vindplaats: M.A.P. Timmerman, Noot bij: EHRM (14-04-2015), 151, (Contrada t. Italië (No 3)), *European Human Rights Cases* 2015, aflevering 8, pp. 455-459.

Samenvatting:

Bruno Contrada is veroordeeld wegens het ondersteunen van de maffia. Volgens de rechtbank van Palermo heeft hij tussen 1979 tot 1988 systematisch bijgedragen aan het bereiken van de doelstellingen van de “Cosa Nostra” middels het doorspelen van geheime informatie over lopend onderzoek. Contrada was in die jaren in verschillende publieke functies betrokken bij het onderzoek naar de maffia, eerst als politieagent en later als leidinggevende op het kantoor van de hoge commissaris van de strijd tegen de maffia. Deze gedragingen achtte de rechtbank strafbaar op basis van het delict van externe ondersteuning van een maffia-achtige organisatie.

Na hoger beroep en cassatie, beoordeelt het gerechtshof van Palermo het hoger beroep opnieuw. Bij de tweede beoordeling in hoger beroep houdt het Siciliaanse hof de veroordeling van klager in stand. De veroordeling is volgens het gerechtshof rechtmatig, omdat de strafbaarheid van de tenlastegelegde handelingen is gebaseerd op gepubliceerde jurisprudentie. Volgens het hof is het vonnis van de rechtbank in overeenstemming met de rechtspraak over de strafbaarheid van externe ondersteuning van de maffia. Derhalve concludeert het hof dat Contrada is veroordeeld vanwege strafbaar gestelde gedragingen. Deze uitspraak blijft in stand na cassatieberoep.

Bij het EHRM klaagt Contrada over schending van art. 7 EVRM. Hij stelt dat zijn veroordeling is gebaseerd op een delict dat jurisprudentieel pas is ontwikkeld na de hem verweten handelingen. Klager is daarom van mening dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor zijn handelen in de periode tussen 1979 en 1988 onvoldoende voorzienbaar was. Het Straatsburgse Hof stelt vast dat het delict van externe ondersteuning aan de maffia inderdaad door rechtspraak is gecreëerd. Tevens onderstreept het dat de nationale rechtspraak ten tijde van klagers handelingen verdeeld was over het bestaan van dat specifieke delict. Pas enige tijd na klagers handelingen, in 1994, heeft de Italiaanse cassatierechter het bestaan van het delict van externe ondersteuning aan de maffia ondubbelzinnig erkend. Het EHRM concludeert derhalve dat het tussen 1979 en 1988 voor klager niet voldoende voorzienbaar was dat hij voor deze handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kon zijn. Zijn veroordeling leidt dan ook tot schending van art. 7 EVRM.

Uitspraak:

I. Sur la violation alléguée de l'article 7 de la Convention

31. Invoquant l'article 7 de la Convention, le requérant estime que l'infraction de concours externe en association de type mafieux est le résultat d'une évolution de jurisprudence postérieure à l'époque des faits pour lesquels il a été condamné.

32. Ainsi, compte tenu des divergences de jurisprudence sur l'existence de ladite infraction, le requérant n'aurait pas pu prévoir avec précision la qualification juridique des faits qui lui étaient reprochés et, par conséquent, la peine sanctionnant ses agissements.

33. 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.”

34. Le Gouvernement soulève d’emblée que les observations du requérant auraient été reçues par le greffe de la Cour le 5 mai 2014, à savoir au-delà du 18 avril 2014, délai fixé par la Cour pour l’envoi des observations. Celles-ci ne devraient partant pas être versées au dossier.

35. La Cour constate que les observations du requérant ont été envoyées par télécopie le 17 avril 2014 et ont été reçues le même jour. Cet argument du Gouvernement doit donc être refusé.

A. Sur la recevabilité

36. Le Gouvernement soulève trois objections quant à la recevabilité de la requête. Il fait valoir d’abord que celle-ci aurait été introduite au-delà du délai des six mois prévu par l’article 35 § 1 de la Convention. Ce délai courait en l’espèce à partir du 8 janvier 2008, date du dépôt de l’arrêt de la Cour de cassation. Le Gouvernement soutient que le formulaire de requête est daté du 4 juillet 2008, mais que toutefois, le courrier y relatif a été reçu par la Cour le 9 juillet 2008. En l’absence de preuve de l’envoi de la part du requérant, la requête devrait être rejetée car tardive.

37. Le requérant conteste les affirmations du Gouvernement et indique que sa requête a été envoyée à la Cour le 4 juillet 2008.

38. La Cour observe que la présente requête a été envoyée au greffe le 4 juillet 2008, ainsi qu’il ressort du cachet postal de l’enveloppe versée au dossier. Telle est donc la date d’introduction de la requête au sens de l’article 35 § 1 de la Convention. Partant, cette objection du Gouvernement ne saurait être retenue.

39. Le Gouvernement excipe ensuite que le requérant aurait omis de soulever devant les autorités nationales le même grief qu’il soulève devant la Cour. Il fait valoir notamment que “si devant les instances internes, le requérant s’est plaint de la qualification de l’infraction qui lui était reprochée; devant la Cour il dénonce la violation du principe de non-rétroactivité de la norme pénale”. Ainsi, les juges nationaux n’auraient pas eu la possibilité de statuer sur la doléance du requérant telle que formulée devant la Cour. Le principe de subsidiarité aurait ainsi été méconnu et la requête devrait être déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes.

40. Le requérant conteste cette thèse et fait valoir avoir soulevé la doléance portée devant la Cour dans tous les degrés de juridiction.

41. La Cour rappelle qu’aux termes de l’article 35 § 1 de la Convention, elle ne peut être saisie qu’après l’épuisement des voies de recours internes. Tout requérant doit 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 à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. 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; il incombe à l'État défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies (voir, parmi beaucoup d'autres, *McFarlane c. Irlande* [GC], no 31333/06, § 107, 10 septembre 2010, *Mifsud c. France* (déc.) [GC], no 57220/00, § 15, CEDH 2002 VIII, *Leandro Da Silva c. Luxembourg*, no 30273/07, §§ 40 et 42, 11 février 2010 et *Vuckovic et autres c. Serbie* [GC], no 17153/11, §§ 71-72, 25 mars 2014).

42. Dans le cas d'espèce, la Cour relève que, dans son recours en appel contre le jugement de première instance du tribunal de Palerme du 5 avril 1996, le requérant a invoqué le principe de la prévision législative exhaustive des situations dans lesquelles la norme pénale trouve application (*principio di tassatività della norma penale*) en tant que corollaire du principe plus général de la non-rétroactivité de la norme pénale. Le requérant estima notamment qu'à l'époque des faits de l'affaire, l'application de la loi pénale concernant le concours en association de type mafieux n'était pas prévisible car elle était le résultat d'une évolution jurisprudentielle ultérieure.

43. A la suite de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Palerme le 25 février 2006, cette même doléance fut réitérée dans le pourvoi introduit par le requérant en cassation. Ce dernier fit notamment valoir que la question en cause n'avait pas fait l'objet d'un examen de la part des juridictions internes.

44. Dans ces circonstances, l'objection de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le défendeur doit être rejetée.

45. Troisièmement, le Gouvernement estime que, en l'espèce, si la Cour devait se pencher sur la question de l'existence de l'infraction de concours externe en association de type mafieux, elle endosserait le rôle d'un juge de "quatrième instance", cette question ayant déjà été résolue par les Sections Unies de la Cour de cassation. Ainsi, cette requête devrait être déclarée manifestement mal fondée au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

46. De l'avis du Gouvernement, l'examen de la Cour devrait uniquement concerner le fait de savoir si, au moment où les faits reprochés au requérant ont été commis, l'interprétation jurisprudentielle dominante en cette matière était accessible et prévisible pour celui-ci.

47. La Cour relève d'emblée que le grief en examen ne porte pas sur une éventuelle violation du droit à un procès équitable (voir *Contrada c. Italie (no 2)*, no 7509/08, § 70, 11 février 2014 et, *a contrario*, parmi beaucoup d'autres, *Gäfgen c. Allemagne* [GC], no 22978/05, § 162, CEDH 2010) et que c'est en règle général dans ce contexte que le rôle de la Cour en tant que "quatrième instance" peut être évalué.

48. En tout état de cause, la Cour estime que les considérations du Gouvernement sont liées au fond de l'affaire et seront donc examinées ci-dessous.

49. La Cour constate que cette requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs que celle-ci ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. La position des parties

50. Le Gouvernement observe d'emblée que la notion de concours externe est apparue pour la première fois dans plusieurs arrêts à partir de la fin des années soixante du siècle dernier, d'abord en matière de conspiration politique à travers la constitution d'une association (voir l'arrêt de la Cour de cassation *Muther*, du 27 novembre 1968) et, ensuite, en matière de terrorisme (voir, entre autres, les arrêts de la Cour de cassation *Cucco* du 1er juin 1977, *Zuffada* du 18 mars 1978 et *Arancio* du 25 octobre 1983). La jurisprudence portant sur la notion de concours externe était donc bien établie même dans une période précédant les faits contestés au requérant.

51. La même notion a ensuite été appliquée dans des affaires ayant trait à l'infraction d'association de type mafieux, à commencer par les arrêts *Altivalle*, no 3492 du 13 juin 1987, *Barbella*, no 9242 du 4 février 1988 et *Altomonte*, no 4805 du 23 novembre 1992.

52. Le Gouvernement admet que, entre la fin des années quatre-vingt et le début des années quatre-vingt-dix du siècle dernier, la jurisprudence a parfois réfuté l'existence de l'infraction de concours matériel externe en association de type mafieux (*Cillari*, no 8092 du 14 juillet 1987, et *Agostani*, no 8864 du 27 juin 1989). Ces décisions excluaient l'existence d'une situation intermédiaire entre la participation à l'association de type mafieux et l'extranéité à celle-ci, qualifiant les faits des espèces de participation au sens de l'article 416 du code pénal. Le conflit de jurisprudence a toutefois été résolu définitivement par la Cour de cassation en formation plénière dans l'arrêt *Demistry*, no 16 du 5 octobre 1994, lequel a défini les limites de l'applicabilité de l'infraction litigieuse fournissant ainsi une interprétation clarificatrice de la matière.

53. Le Gouvernement soutient donc que les décisions réfutant l'existence de l'infraction de concours externe en association de type mafieux n'ont été que minoritaires et la jurisprudence a reconnu cette infraction dès le début (à savoir de 1968 à 1989).

54. Ainsi, à l'époque où le requérant a commis les faits qui lui ont été reproché (1978-1988) la jurisprudence interne en la matière n'était aucunement contradictoire.

55. Cette jurisprudence doit être partant considérée comme étant linéaire, aucun changement drastique ne pouvant être décelé dans l'approche des différentes décisions adoptées par la Cour de cassation. La jurisprudence a en effet suivi un parcours progressif de consolidation d'une approche positive eu égard à l'existence de l'infraction caractérisée, certes, par une analyse dialectique d'arguments opposés, ayant finalement dépassé les positions minoritaires.

56. Enfin, le Gouvernement fait valoir que, compte tenu des compétences professionnelles du requérant, de sa personnalité et de son parcours, on ne saurait affirmer que la loi et la jurisprudence en la matière n'étaient pas prévisibles pour celui-ci.

57. Le requérant souligne d'abord que, tel que le Gouvernement l'admet dans ses observations, le concours externe en association de type mafieux est une création de la jurisprudence amorcée dans des décisions datant de la fin des années quatre-vingt, c'est-à-dire, après les faits pour lesquels le requérant a été condamné, et s'étant consolidée avec l'arrêt de la Cour de cassation *Demistry*. Le requérant souligne aussi que les arrêts auxquels le

Gouvernement fait référence datant de la fin des années soixante du siècle dernier ne concernant que le concours dans des associations terroristes et ne sont donc pas pertinentes en l'espèce.

58. Selon le requérant, le Gouvernement omet d'expliquer la raison pour laquelle, si la jurisprudence en matière de concours externe en association de type mafieux était aussi linéaire, quatre arrêts des Sections Unies de la Cour de cassation ont été nécessaires afin de clarifier l'existence d'une telle infraction. Le requérant fait valoir que le fait que la jurisprudence en la matière est restée controversée jusqu'aux années quatre-vingt-dix ressort aussi du jugement du tribunal de Palerme du 5 avril 1996.

59. L'évolution jurisprudentielle en cette matière, postérieure aux faits reprochés au requérant, démontre qu'à l'époque où ceux-ci se seraient produits, le requérant ne pouvait raisonnablement prévoir les conséquences, en termes de sanction, de ses prétendues actions, l'existence de l'infraction de concours externe en association de type mafieux étant à l'époque des faits, objet d'interprétations jurisprudentielles divergentes.

2. L'appréciation de la Cour

a) Les principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour

60. La Cour rappelle que les principes généraux en matière du principe *nulla poena sine lege*, se dégageant de l'article 7 de la Convention, sont résumés dans l'arrêt *Del Rio Prada c. Espagne* [GC] (no 42750/09, §§ 77-80, CEDH 2013), dont les parties pertinentes sont rappelées ci-dessous. Ces principes sont repris également dans l'arrêt *Rohlena c. République tchèque* [GC] (no 59552/08, § 50, 27 janvier 2015):

“77. La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation même en temps de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la nation. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires (*S.W. c. Royaume-Uni et C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, respectivement § 34, série A no 335-B, et § 32, série A no 335-C, et [*Kafkaris c. Chypre* [GC], no 21906/04, § 137, CEDH 2008].

78. L'article 7 de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé (voir, en ce qui concerne l'application rétroactive d'une peine, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, § 36, série A no 307 A, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, § 35, série A no 317 B, *Ecer et Zeyrek c. Turquie*, nos 29295/95 et 29363/95, § 36, CEDH 2001 II, et *Mihai Toma c. Roumanie*, no 1051/06, §§ 26-31, 24 janvier 2012). Il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines – “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” – (*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 52, série A no 260-A). S'il interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie (*Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 145, CEDH 2000-VII; pour un exemple d'application par analogie d'une peine, voir l'arrêt *Baskaya et Okçuoglu c. Turquie* [GC], nos 23536/94 et 24408/94, §§ 42-43, CEDH 1999 IV).

79. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut 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 c. France*, 15 novembre 1996, § 29, Recueil des arrêts et décisions 1996 V, et *Kafkaris*, précité, § 140).

80. La tâche qui incombe à la Cour est donc, notamment, de s'assurer que, au moment où un accusé a commis l'acte qui a donné lieu aux poursuites et à la condamnation, il existait une disposition légale rendant l'acte punissable et que la peine imposée n'a pas excédé les limites fixées par cette disposition (*Coëme et autres*, précité, § 145, et *Achour c. France* [GC], no 67335/01, § 43, CEDH 2006 IV)."

61. La Cour rappelle également qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes dans l'appréciation et la qualification juridique des faits, pourvu que celles-ci reposent sur une analyse raisonnable des éléments du dossier (voir, *mutatis mutandis*, *Florin Ionescu c. Roumanie*, no 24916/05, § 59, 24 mai 2011). Plus généralement, la Cour rappelle que c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et aux tribunaux, qu'il appartient d'interpréter la législation interne. Son rôle se limite donc à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], no 26083/94, § 54, CEDH 1999-I, *Korbely c. Hongrie*, [GC], no 9174/02, §§ 72-73, CEDH 2008, et *Kononov c. Lettonie* [GC], no 36376/04, § 197, CEDH 2010).

62. Toutefois, la Cour doit jouir d'un pouvoir de contrôle plus large lorsque le droit protégé par une disposition de la Convention, en l'occurrence l'article 7, requiert l'existence d'une base légale pour l'infliction d'une condamnation et d'une peine. L'article 7 § 1 exige de la Cour qu'elle recherche si la condamnation du requérant reposait à l'époque sur une base légale. En particulier, elle doit s'assurer que le résultat auquel ont abouti les juridictions internes compétentes était en conformité avec l'article 7 de la Convention. L'article 7 deviendrait sans objet si l'on accordait un pouvoir de contrôle moins large à la Cour (voir *Kononov*, précité, § 198).

63. En somme, la Cour doit rechercher si la condamnation du requérant reposait sur une base suffisamment claire (voir *Kononov*, précité, § 199; *Rohlena*, précité, § 51-53).

b) Application des principes précités en l'espèce

64. La Cour estime que la question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si, à l'époque des faits reprochés au requérant, la loi applicable définissait clairement l'infraction de concours externe en association de type mafieux. Il y a lieu d'examiner donc si, à partir du libellé des dispositions pertinentes et à l'aide de l'interprétation de la loi fournie par les tribunaux internes, le requérant pouvait connaître les conséquences de ses actes sur le plan pénal.

65. La Cour note d'emblée que, dans le cas d'espèce, le requérant a été condamné à une peine de dix ans de réclusion pour concours en association de type mafieux par un jugement du tribunal de Palerme du 5 avril 1996 relativement à des faits accomplis entre 1979 et 1988. Dans la partie en droit du jugement, ce concours était qualifié d'"éventuel" ou "externe". La condamnation du requérant, d'abord annulée par un arrêt de la cour d'appel de Palerme, fut

ensuite confirmée par une autre section de celle-ci et, de façon définitive, par un arrêt de la Cour de cassation.

66. La Cour remarque qu'il n'est pas contesté entre les parties que le concours externe en association de type mafieux constitue une infraction d'origine jurisprudentielle. Or, tel que le tribunal de Palerme l'a rappelé à juste titre dans son arrêt du 5 avril 1996 (voir le paragraphe 7 ci-dessus), l'existence de telle l'infraction a fait l'objet d'approches jurisprudentielles divergentes.

67. L'analyse de la jurisprudence citée par les parties (voir les paragraphes 26-30 ci-dessus) montre que la Cour de cassation a fait pour la première fois mention de l'infraction de concours externe en association de type mafieux dans son arrêt *Cillari*, no 8092 du 14 juillet 1987. En l'espèce, la Cour de cassation réfuta l'existence d'une telle infraction et réitéra cette position dans d'autres arrêts qui suivirent, notamment *Agostani*, no 8864 du 27 juin 1989 et *Abbate et Clementi*, nos 2342 et 2348 du 27 juin 1994.

68. Entre-temps, dans d'autres affaires, la Cour de cassation reconnut l'existence de l'infraction de concours éventuel en association de type mafieux (voir l'arrêt *Altivalle*, no 3492, du 13 juin 1987 et, ensuite, *Altomonte*, no 4805 du 23 novembre 1992, *Turiano*, no 2902 du 18 juin 1993 et *Di Corrado*, du 31 août 1993).

69. Ce n'est toutefois que dans l'arrêt *Demistry*, prononcé par la Cour de cassation en formation plénière le 5 octobre 1994, que celle-ci fournit pour la première fois une élaboration de la matière litigieuse, faisant état des orientations niant et de celles reconnaissant l'existence de l'infraction litigieuse et, dans l'esprit de mettre fin aux conflits de jurisprudence en la matière, admit finalement de manière explicite l'existence de l'infraction de concours externe en association de type mafieux dans l'ordre juridique interne.

70. Dans ce contexte, l'argument du Gouvernement selon lequel, à l'époque de la commission des faits (1979-1988), la jurisprudence interne en la matière n'était aucunement contradictoire ne saurait être accueilli.

71. En outre, la Cour considère que la référence du Gouvernement à la jurisprudence en matière de concours externe, qui s'est développée à partir de la fin des années soixante du siècle dernier, c'est-à-dire, avant les faits reprochés au requérant (voir le paragraphe 50 ci-dessus), n'enlève rien à ce constat. Les affaires mentionnées par le gouvernement défendeur portent certes sur le développement jurisprudentiel de la notion de "concours externe". Néanmoins, les cas d'espèce mis en avant ne concernent pas l'infraction de concours externe en association de type mafieux, faisant l'objet de la présente requête, mais des infractions différentes, à savoir la conspiration politique par la constitution d'une association et les actes de terrorisme. On ne saurait donc déduire du développement jurisprudentiel invoqué l'existence en droit interne de l'infraction de concours externe dans le cadre de l'association de type mafieux, qui diffère en sa substance même des cas d'espèce mentionnés par le Gouvernement, et qui, tel que rappelé ci-dessus (paragraphes 29 et 30 ci-dessus), a fait l'objet d'un développement jurisprudentiel distinct et ultérieur par rapport à celles-ci.

72. La Cour relève aussi que, dans son arrêt du 25 février 2006, la cour d'appel de Palerme, s'exprimant sur l'applicabilité de la loi pénale en matière de concours externe en association de type mafieux, s'appuya sur les arrêts *Demistry*, no 16 du 5 octobre 1994, *Mannino* no 30 du 27 septembre 1995, *Carnevale*, no 22327 du 30 octobre 2002 et *Mannino*, no 33748 du 17

juillet 2005 (voir les paragraphes 18 ci-dessus), tous postérieurs aux faits reprochés au requérant.

73. La Cour note de surcroît que la doléance du requérant tenant à la violation du principe de la non-rétroactivité et de la prévisibilité de la loi pénale, soulevée devant tous les degrés de juridiction (voir les paragraphes 10 et 20 ci-dessus), n'a pas fait l'objet d'un examen approfondi des juridictions internes, celles-ci s'étant limitées à analyser en détail l'existence même de l'infraction de concours externe en association de type mafieux dans l'ordre juridique interne sans toutefois répondre à la question de savoir si une telle infraction pouvait être connue par le requérant à l'époque des faits qui lui étaient reprochés (voir les paragraphes 15, 17 et 18 ci-dessus).

74. Dans ces circonstances, la Cour constate que l'infraction litigieuse a été le résultat d'une évolution jurisprudentielle amorcée vers la fin des années quatre-vingt du siècle dernier et qui s'est consolidée en 1994 dans l'arrêt *Demitry*.

75. Ainsi, à l'époque où les faits reprochés au requérant ont été commis (1979-1988), l'infraction en cause n'était pas suffisamment claire et prévisible pour celui-ci. Le requérant ne pouvait donc pas connaître en l'espèce la peine qu'il encourait du chef de la responsabilité pénale découlant des actes qu'il avait accomplis (*Del Rio Prada* [GC], précité, §§ 79 et 111-118, *a contrario*, *Ashlarba c. Géorgie*, no 45554/08, §§ 35-41, 15 juillet 2014, *a contrario*, *Rohlana*, § 50, précité et, *mutatis mutandis*, *Alimuçaj c. Albanie*, no 20134/05, §§ 154-162, 7 février 2012).

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

II. Sur l'application de l'article 41 de la Convention

77. 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

78. En ce qui concerne le dommage matériel, le requérant réclame “la reconstitution de sa carrière ainsi que la restitution de l'ensemble des montants qu'il n'a pas reçus en raison de sa condamnation”. Il demande également “la restitution de l'ensemble des montants qu'il a été condamné à payer”.

79. Le requérant demande en outre entre 30 000 et 50 000 euros (EUR)” au titre du préjudice moral qu'il aurait subi.

80. Le Gouvernement s'oppose à ces prétentions et fait valoir qu'elles n'ont pas été prouvées.

81. La Cour n'aperçoit pas de lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué et rejette cette demande. En revanche, elle considère qu'il y a lieu d'octroyer au requérant 10 000 EUR au titre du préjudice moral.

B. Frais et dépens

82. Le requérant demande également 48 253,18 EUR pour les frais et dépens engagés devant les juridictions internes et 29 335,61 EUR pour ceux engagés devant la Cour.

83. Le Gouvernement s'oppose à ces prétentions et fait valoir que les frais engagés devant les juridictions internes ne devraient pas être octroyés, en raison de ce qu'il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la Convention en l'espèce. Pour ce qui est des frais et dépens prétendument engagés par le requérant devant la Cour, le Gouvernement considère que ceux-ci sont excessifs et que le requérant a omis de les prouver.

84. 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, la Cour note que les documents présentés par le requérant à l'appui de la demande de remboursement des frais et dépens engagés devant les juridictions internes ne sont pas suffisamment détaillés. La Cour rejette donc la demande formulée par le requérant à ce titre.

85. Quant frais et dépens engagés dans la procédure devant elle, la Cour estime raisonnable la somme de 2 500 EUR et l'accorde au requérant.

C. Intérêts moratoires

86. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

1. *Déclare* la requête recevable;

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention;

3. *Dit*

a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes:

i) 10 000 EUR (dix-mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral;

ii) 2 500 EUR (deux-mille-cinq-cents euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant, pour les frais et dépens encourus devant la Cour;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront 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;

4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Annotatie:

1. In de hier geannoteerde zaak beoordeelt het EHRM een door de rechtspraak gecreëerd delict in het licht van art. 7, eerste lid, EVRM. Doordat het delict van externe ondersteuning van de maffia integraal is gecreëerd door rechtspraak, valt de onderhavige zaak te onderscheiden van een extensieve interpretatie van een strafbaar feit. Hoewel bij extensieve interpretatie ook sprake is van een jurisprudentiële (her)definitie van een delict, berust die (her)definitie doorgaans op een wettelijke strafbaarstelling (zie verder punt 4 van deze noot). In de onderhavige zaak ontbreekt een wettelijke strafbaarstelling echter, waardoor de strafbaarheid van klagers handelen volledig berust op een jurisprudentiële omschrijving van de verboden gedragingen (zie par. 66). Uit de hier geannoteerde zaak blijkt dat het Hof een volledig door de rechtspraak gecreëerd delict niet *per definitie* in strijd met lid 1 van art. 7 EVRM acht (vgl. par. 66 en 74-75). Het uitgangspunt dat een door de rechtspraak gecreëerd delict onder omstandigheden aanvaardbaar is, laat zich goed verklaren door de ruime opvatting van de term 'law' in art. 7 EVRM (zie bijv. *Kononov t. Letland*, EHRM 17 mei 2010 (GK), nr. 36376/04, «EHRC» 2010/80 m.nt. Van der Wilt, par. 185). Doordat het Hof onder 'law' zowel geschreven recht als rechtspraak verstaat, laat het immers duidelijk ruimte voor inmenging van nationale strafrechters in de definitie van een strafbaar feit (zie verder punt 4 van deze noot). Op zichzelf verwondert het uitgangspunt in de onderhavige zaak dan ook niet. Tegelijkertijd is van belang te onderstrepen dat het Hof nooit eerder heeft geoordeeld over de aanvaardbaarheid van een *puur* jurisprudentieel gedefinieerd delict. Op dit punt voegt de zaak *Contrada* derhalve wat toe aan de bestaande Straatsburgse rechtspraak over het legaliteitsbeginsel en om die reden is het uitgangspunt in deze zaak wel degelijk belangwekkend. Om de toetsing aan het legaliteitsbeginsel *in casu* van juridische context te voorzien, zal ik eerst enkele opmerkingen wijden aan de inhoud van lid 1 van art. 7 EVRM en het beoordelingskader dat het Hof daaruit afleidt (punten 2-4). Daarna bespreek ik de beoordeling van het Hof in de onderhavige zaak, waarin achtereenvolgens de toetsing aan het toegankelijkheids criterium (punten 5-6) en aan het voorzienbaarheids criterium (punten 7-9) aan de orde komen.

2. Volgens het Hof vormt de formulering *nullum crimen, nulla poena sine lege* de meest algemene uitdrukking van het in lid 1 van art. 7 EVRM neergelegde legaliteitsbeginsel (zie *Del Río Prada t. Spanje*, EHRM 21 oktober 2013 (GK), nr. 42750/09, «EHRC» 2014/32 m.nt. Van Sasse van Ysselt, par. 78). In het kader van art. 7 EVRM vereist deze formulering dat enkel het recht (d.w.z. geschreven recht en rechtspraak) een strafbaar feit en de daarop gestelde straf definieert (vgl. *Del Río Prada t. Spanje*, reeds aangehaald, par. 91). Hoewel de formulering van het legaliteitsbeginsel als *nullum crimen, nulla poena sine lege* wijst op eenheid, is eerder sprake van twee gerelateerde beginselen. Dat art. 7, eerste lid, EVRM twee beginselen bevat, blijkt al uit de tekst van die bepaling. De eerste zin van genoemd artikellid vereist namelijk een bepaalde wijze van strafbaarstelling van *gedrag* en vormt derhalve een uitdrukking van het beginsel *nullum crimen sine lege*. De tweede zin richt zich op het voorschrijven van *straffen* en komt daardoor overeen met het beginsel *nulla poena sine lege*. Het onderscheid tussen het *nullum crimen*-beginsel en het *nulla poena*-beginsel vindt

daarnaast ook steun in de jurisprudentie van het EHRM. Het Hof onderscheidt beide beginselen zelfs zeer duidelijk in de zaken *Baskaya en Okçuoglu t. Turkije* (EHRM 8 juli 1999 (GK), nrs. 23536/94 en 24408/94, par. 42-44), *Alimuçaj t. Albanië* (EHRM 7 februari 2012, nr. 20134/05, «EHRC» 2012/102 m.nt. Schoep, par. 152, 154) en *Rohlana t. Tsjechië* (EHRM 27 januari 2015 (GK), nr. 59552/08, «EHRC» 2015/94 m.nt. Timmerman, par. 56).

3. Doordat het Hof de bovengenoemde beginselen onderscheidt, ontstaat de vraag naar de volgorde van toetsing aan die beginselen. In de onderhavige zaak begint het Hof met toetsing aan het *nullum crimen*-beginsel en laat het een onderzoek in het licht van het *nulla poena*-beginsel achterwege (zie par. 64, 75-76). Dat het EHRM begint met toetsing aan het *nullum crimen*-beginsel past niet alleen goed bij de tekst van art. 7 EVRM, eerste lid, maar is ook theoretisch zuiver. Het *nullum crimen*-beginsel gaat namelijk logisch vooraf aan het *nulla poena*-beginsel (zie tevens par. 1 en 7 van de *partly joint dissenting opinion* van rechters Šikuta en De Gaetano bij *Alimuçaj t. Albanië*, reeds aangehaald). Dit is het geval omdat een schending van het eerstgenoemde beginsel een schending van de *nulla poena*-regel lijkt te impliceren. Indien een individu is veroordeeld op basis van recht dat onvoldoende duidelijk bepaalde dat zijn handelingen strafbaar waren, zal de voorgeschreven straf *voor die handelingen* immers tevens onvoldoende duidelijk zijn. Op die manier leidt een schending van het *nullum crimen*-beginsel vrijwel onontkoombaar tot een schending van het *nulla poena*-beginsel. Dat het Hof in deze zaak tot schending van het *nullum crimen*-beginsel concludeert, verklaart derhalve waarom het een separate toetsing aan het *nulla poena*-beginsel achterwege laat (vgl. par. 7 van de *partly joint dissenting opinion* van rechters Šikuta en De Gaetano bij *Alimuçaj t. Albanië*, reeds aangehaald). Door de verhouding tussen de beide in art. 7, eerste lid EVRM, neergelegde beginselen is derhalve enkel ruimte voor toetsing aan het *nulla poena*-beginsel indien nationaal recht in overeenstemming is met het *nullum crimen*-beginsel (vgl. *Baskaya en Okçuoglu t. Turkije*, reeds aangehaald, par. 40-43, *Alimuçaj t. Albanië*, reeds aangehaald, par. 152-162 en *Rohlana t. Tsjechië*, reeds aangehaald, par. 62-70) of indien over schending van het *nullum crimen*-beginsel niet is geklaagd (zie bijv. *Ecer en Zeyrek t. Turkije*, EHRM 27 februari 2001, nr. 29295/95, par. 31-32).

4. Bij zijn beoordeling van de overeenstemming met het *nullum crimen*-beginsel in de hier geannoteerde zaak, stelt het Hof voorop dat het moet onderzoeken of het recht op het moment van klagers handelen voldoende duidelijk de strafbaarheid van dat gedrag bepaalde (zie par. 64). Als aangegeven in punt 1 van deze noot, hoeft de definitie van een strafbaar feit niet exclusief en integraal te zijn neergelegd in een wettelijke strafbaarstelling als gevolg van de opvatting van de term ‘law’ in art. 7 EVRM. Het EHRM laat dan ook ruimte aan nationale rechters om een wettelijke definitie ruim te interpreteren (zie bijv. *Radio France t. Frankrijk*, EHRM 30 maart 2004, nr. 53984/00, «EHRC» 2004/42, par. 20 en *Jorgic t. Duitsland*, EHRM 12 juli 2007, nr. 74613/01, «EHRC» 2007/116 m.nt. Van der Wilt, par. 104-108 en 114) of zelfs uitdrukkelijk uit te breiden (zie *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 november 1995, nr. 20190/92, *NJ* 1997, 1 m.nt. Knigge, par. 40-41). Evenals een wettelijke definitie, moet een jurisprudentieel verruimde definitie van een strafbaar feit echter wel voldoen aan de kwaliteitseisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid (d.w.z. de eisen van ‘accessibility’ en ‘foreseeability’, vgl. *Del Río Prada*, reeds aangehaald, par. 91 en *Rohlana*, reeds aangehaald, par. 56). De hier geannoteerde zaak bevat geen aanwijzingen dat andere eisen gelden voor de beoordeling van een volledig jurisprudentieel gecreëerde definitie. Het uitgangspunt is derhalve dat de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid ook relevant zijn voor het toetsingskader in de onderhavige zaak.

5. In het kader van art. 7 EVRM stelt de toetsing van een strafbaarstelling aan het toegankelijkheids criterium doorgaans weinig voor. Het Hof volstaat meestal met de vaststelling dat een geldende wettelijke strafbepaling, en de eventuele jurisprudentie daarover, was gepubliceerd op het moment van klagers handelen (zie bijv. *Kokkinakis t. Griekenland*, EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, par. 40, *Jokitaipale e.a. t. Finland*, EHRM 6 april 2010, nr. 43349/05, «EHRC» 2010/65 m.nt. Nieuwenhuis, par. 52 en *Kasymakhunov en Saybatalov t. Rusland*, EHRM 14 maart 2013, nrs. 26261/05 en 26377/06, «EHRC» 2013/122 m.nt. De Morree, par. 81, 86). Soms beperkt het EHRM zich zelfs uitdrukkelijk tot een toetsing aan het voorzienbaarheids criterium (zie bijv. *Cantoni t. Frankrijk*, EHRM 15 november 1996 (GK), nr. 17862/91, par. 29). Aangezien ook in de hier geannoteerde zaak een betekenisvolle toets aan het toegankelijkheids criterium ontbreekt (vgl. par. 74-75), past dit arrest bij de algemene benadering in de EHRM-rechtspraak. In tegenstelling tot de bovengenoemde zaken verschaft het Hof *in casu* echter geen inzicht in de reden om zich te beperken tot een toetsing aan het voorzienbaarheids criterium.

6. Over de reden voor het ontbreken van een toets aan de eis van toegankelijkheid valt dus enkel te speculeren. Het kan zijn dat het Hof zich in onderhavige zaak bewust heeft beperkt tot een toetsing aan het voorzienbaarheids criterium om eventuele moeilijkheden bij de beoordeling in het licht van de toegankelijkheidseis te vermijden. Die moeilijkheden kunnen ontstaan, omdat de toegankelijkheid van de Italiaanse strafbaarstelling tijdens klagers handelingen in de jaren 1979-1988 betwistbaar is. Dit is ten eerste het geval, omdat een wettelijke strafbaarstelling van klagers handelingen ontbrak. Daarnaast ontbrak ook rechtspraak over de strafbaarheid van klagers handelingen in het overgrote deel van de periode van zijn handelen. Pas in 1987 werd het eerste relevante arrest van het Italiaanse Hof van Cassatie gepubliceerd (zie par. 67). Die rechtsbron was daardoor enkel toegankelijk in de laatste twee jaren van de negenjarige periode waarover klager wordt verweten te hebben gehandeld (vgl. par. 68 en 74). Hoewel derhalve op enig moment tijdens klagers handelen één arrest toegankelijk was, moet direct worden opgemerkt dat het late moment van publicatie de toegankelijkheid zeer heeft beperkt. In deze omstandigheden zou de beantwoording van de vraag naar de toegankelijkheid van het recht reflectie vergen op de wenselijke inhoud van de toets aan het toegankelijkheids criterium. Het Hof komt dan voor een keuze tussen verschillende alternatieven te staan. Moet de toegankelijkheid enkel formeel beoordeeld worden, middels het vaststellen dat er op enig moment tijdens klagers handelen een gepubliceerde rechtsbron is? Of vraagt het toegankelijkheids criterium juist om een meer materiële beoordeling, die vereist dat de rechtsbron gedurende het gehele handelen van klager gepubliceerd en dus toegankelijk was? Doordat het EHRM de Italiaanse rechtspraak enkel in het licht van het voorzienbaarheids criterium heeft beoordeeld, kon het een keuze tussen bovengenoemde alternatieven vermijden.

7. Door het ontbreken van een beoordeling van het Italiaanse recht in het licht van toegankelijkheid, ligt de nadruk op de toetsing aan het voorzienbaarheids criterium. Het Hof concludeert dat het nationale recht niet voldoet aan dat criterium, omdat de strafbaarheid van klagers gedragingen op het moment van zijn handelen in de jaren 1979-1988 onvoldoende voorzienbaar was (zie par. 75). Dit is het geval omdat een strafbaarstelling van klagers gedrag pas ondubbelzinnig 'bestond' in 1994, toen het Italiaanse Hof van Cassatie een arrest wees waarin het de eerder gewezen jurisprudentie ophelderde (zie par. 69). Tot het arrest uit 1994 was de Italiaanse cassatierechtspraak namelijk tegenstrijdig (zie par. 66, 70; zie over de mogelijkheid dat tegenstrijdige rechtspraak leidt tot schending van het voorzienbaarheids criterium ook *Cantoni t. Frankrijk*, reeds aangehaald, par. 34). Als gevolg daarvan werd de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor klagers handelingen pas voorzienbaar

op enig moment na het beëindigen van dat handelen in 1988. Tijdens klagers handelen in 1979-1988 voldeed de Italiaanse jurisprudentie daarom niet aan de kwaliteitseisen die gelden voor een op het recht (d.w.z. 'law') gebaseerde strafbaarstelling in de zin van art. 7 EVRM.

8. Doordat het Straatsburgse Hof de Italiaanse rechtspraak minstens tot 1988 tegenstrijdig acht, kan het argument van de Italiaanse regering dat hier sprake was van een graduele jurisprudentiële ontwikkeling van het delict worden verworpen (vgl. par. 53-55 en 70). Aangezien het Hof de aanvaardbaarheid van een volledig jurisprudentieel ontwikkeld delict niet per definitie verwerpt (vgl. par. 66 en 74-75), accepteert het dat een graduele ontwikkeling in de rechtspraak *zou kunnen* leiden tot een definitie van een delict in overeenstemming met art. 7 EVRM. Net als bij een jurisprudentiële verruiming van een wettelijke strafbaarstelling door rechterlijke interpretatie, kan een graduele, waarneembare en progressieve ontwikkeling in de rechtspraak een volledig jurisprudentieel gecreëerde strafbaarstelling kennelijk voorzienbaar maken. Het is derhalve denkbaar dat het EHRM de Italiaanse strafbaarstelling *in casu* voldoende voorzienbaar had geacht indien klager bijvoorbeeld had gehandeld in de jaren 1993-2002. Zeker net voor de ondubbelzinnige acceptatie van de strafbaarheid van klagers handelingen in 1994 was er immers een ontwikkeling in de Italiaanse rechtspraak die duidde op de strafbaarheid van dergelijke handelingen (zie par. 67-69 en vgl. *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, par. 19-20, 35, 38 en 41). In tegenstelling tot de periode 1979-1988 zou er in de jaren 1993-2002 namelijk op elk moment rechtspraak hebben bestaan die de strafbaarheid van klagers gedrag indiceerde. Daarnaast zou die rechtspraak in het overgrote deel van die periode (d.w.z. na 1994) tevens ondubbelzinnig zijn geweest over de strafbaarheid van dat gedrag. Hoewel het Hof het concept van een graduele, waarneembare en progressieve jurisprudentiële ontwikkeling eerder slechts gebruikte om een nieuwe interpretatie van een bestaande wettelijke strafbaarstelling voorzienbaar te achten (zie bijv. *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald, par. 41 en *Radio France t. Frankrijk*, reeds aangehaald, par. 20), lijkt dat concept dus ook van belang voor volledig door de rechtspraak gedefinieerde delicten. In dit opzicht is de toetsing aan het voorzienbaarheids criterium bij volledig jurisprudentieel gedefinieerde delicten dus vergelijkbaar met de Straatsburgse beoordeling van een expansieve rechterlijke interpretatie van een bestaande strafbaarstelling.

9. Ten slotte nog een laatste kanttekening bij de toetsing in deze zaak. Het is opmerkelijk dat het EHRM op geen enkel moment uitdrukkelijk heeft overwogen dat *in casu* sprake zou kunnen zijn van terugwerkende kracht van een nieuwe strafbaarstelling. Daarvoor was genoeg aanleiding aangezien het Hof heeft vastgesteld dat de Italiaanse appelrechter ter onderbouwing van de strafbaarheid van klagers gedragingen uitdrukkelijk, en louter, verwees naar de rechtspraak vanaf 1994 (zie par. 18 en 72). Daardoor lijkt sprake te zijn van toepassing van een enkel sinds 1994 bestaande strafbaarstelling op klagers gedrag dat is verricht tussen 1979-1988. Een duidelijker voorbeeld van retroactieve toepassing laat zich moeilijk denken. Wellicht is het Hof huiverig geweest om deze situatie als retroactieve toepassing te kwalificeren, omdat er hier geen *wettelijke* strafbepaling retroactief is toegepast. In de bestaande rechtspraak over het verbod van retroactieve toepassing van een nieuwe strafbepaling was namelijk wel steeds sprake van een nieuwe wettelijke strafbepaling (zie bijv. *G. t. Frankrijk*, EHRM 27 september 1995, nr. 15312/89, par. 25 en *Veeber t. Estland* (no. 2), EHRM 21 januari 2003, nr. 45771/99, «EHCRC» 2003/23, par. 34-38). Doordat het Hof in de onderhavige zaak stelt dat de strafbaarstelling ten tijde van klagers handelen onvoldoende voorzienbaar was, verleent het materieel desalniettemin bescherming tegen retroactieve toepassing van een nieuwe strafbaarstelling. Problematisch is het niet-refereren aan het verbod van retroactieve toepassing van een strafbaarstelling dan ook niet. Hoewel bij

de toetsing aan de criteria van toegankelijkheid en voorzienbaarheid zeker kanttekeningen zijn te plaatsen, biedt het Hof de bescherming van het legaliteitsbeginsel zoals die te verwachten valt in het kader van art. 7 EVRM. Afsluitend merk ik daarom op dat de uitkomst van deze zaak in lijn is met de bestaande rechtspraak over art. 7 EVRM.

mr. drs. M.A.P. Timmerman, Promovendus aan het European University Institute in Florence, gastdocent aan de Radboud Universiteit Nijmegen