



**HAL**  
open science

## Ombres et lumières de l'ordonnance n° 97 de 2021

Caterina Severino

► **To cite this version:**

Caterina Severino. Ombres et lumières de l'ordonnance n° 97 de 2021 : L'inconstitutionnalité constatée mais pas déclarée du régime actuel de la peine de réclusion à perpétuité incompressible (ergastolo ostativo) pour les personnes liées aux associations de type mafieux. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2022, 37, pp.738-742. hal-03974698

**HAL Id: hal-03974698**

**<https://hal.science/hal-03974698>**

Submitted on 9 Mar 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

## DROIT CONSTITUTIONNEL DES LIBERTÉS

**Mots-clés :** Droit pénitentiaire - peine de perpétuité réelle ou incompressible (*ergastolo ostativo*) – coopération du détenu avec la justice – inconstitutionnalité constatée et pas déclarée (renvoi de l’audience) – collaboration institutionnelle avec le législateur

***Ombres et lumières de l’ordonnance n° 97 de 2021 : l’inconstitutionnalité constatée mais pas déclarée du régime actuel de la peine de réclusion à perpétuité incompressible (ergastolo ostativo) pour les personnes liées aux associations de type mafieux***

L’ordonnance n° 97 du 11 mai 2021 constitue l’une des décisions les plus importantes rendues par la Cour constitutionnelle en 2021 et, plus généralement, l’une des décisions qui a le plus suscité de débat dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne. Cette ordonnance présente un double intérêt, tant d’ordre substantiel que procédural. D’un point de vue substantiel, tout d’abord, l’ordonnance n° 97 de 2021, en emboitant le pas à la Cour européenne des droits de l’homme et en poursuivant une orientation déjà entamée par la Cour constitutionnelle en 2019, constate l’inconstitutionnalité du régime de l’incompressibilité de la peine de prison à vie pour les personnes condamnées pour avoir participé à une organisation mafieuse, tel qu’il est prévu aujourd’hui, au nom, notamment, de la fonction de rééducation et d’amendement de la peine (1). D’un point de vue procédural ensuite, l’ordonnance n° 97/2021 constitue un troisième exemple de ce nouveau type de décisions inauguré par la Cour constitutionnelle en 2018, avec la célèbre ordonnance « Cappato », par lesquelles la Cour, après avoir constaté l’inconstitutionnalité de la disposition législative contrôlée, renvoie l’audience de plusieurs mois, pour permettre au législateur d’intervenir en la matière, au lieu de déclarer immédiatement la disposition contraire à la Constitution (2).

### ***1. L’incompatibilité avec la Constitution du régime actuel de la peine à perpétuité incompressible pour les criminels appartenant à une association de type mafieux***

Saisie par la Cour de cassation sur la conformité à la Constitution de l’article 4 *bis* de la loi n. 354 de 1975 (loi sur l’administration pénitentiaire) tel que modifié par une législation d’urgence adoptée au début des années 1990<sup>1</sup>, la Cour constitutionnelle s’est penchée sur la question de savoir si la réclusion à perpétuité incompressible, c’est-à-dire sans aucune possibilité de libération conditionnelle, sauf en cas de collaboration du détenu avec la justice (« *ergastolo ostativo* »), prévue par cet article pour les personnes condamnées pour association de malfaiteurs à caractère mafieux, était ou pas contraire aux principes consacrés par la Constitution de 1947.

---

<sup>1</sup> Décret-loi n° 152 du 13 mai 1991 (Mesures urgentes en matière de lutte contre la criminalité organisée et de transparence et de bon fonctionnement des activités administratives), converti, avec des modifications, en loi n° 203 du 12 juillet 1991.

L'article 4 *bis* de la loi pénitentiaire, dans sa version initiale (avant une première intervention de la Cour constitutionnelle advenue en 2019), prévoyait l'impossibilité, pour les personnes condamnées à la réclusion à perpétuité pour des infractions d'une particulière gravité, telle que celles liées aux activités mafieuses ou terroristes, d'accéder aux aménagements de peine de quelque nature que ce soit (tels que le travail à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté) ou encore d'accéder à la libération conditionnelle, sauf en cas de collaboration de ces personnes avec la justice<sup>2</sup>. Ce système mettait en place une présomption irréfragable de dangerosité sociale du condamné non coopératif, le défaut de collaboration avec la justice étant considéré comme le signe de la persistance de l'adhésion aux « valeurs criminelles » du condamné et du maintien de liens avec l'association mafieuse d'appartenance. En 2019, faisant suite à la décision retentissante de la Cour EDH *Marcello Viola c. Italie* (qui portait plus particulièrement sur l'accès à la libération conditionnelle du détenu à perpétuité – *ergastolo ostativo* – et condamnait l'Italie pour violation de l'art. 3 de la Conv. EDH<sup>3</sup>), la Cour constitutionnelle avait ouvert une première « brèche »<sup>4</sup> dans le régime strict prévu par l'art. 4 *bis*, car elle avait déclaré l'inconstitutionnalité de la présomption irréfragable de dangerosité sociale du condamné non coopératif, en ce qui concerne les permissions de sortir<sup>5</sup>. Ainsi, depuis ce premier arrêt de la Cour constitutionnelle, ces permissions peuvent être octroyées au détenu condamné pour association mafieuse, même s'il ne coopère pas avec la justice, à condition notamment qu'il apporte la preuve non seulement de la rupture des liens avec l'organisation criminelle, mais aussi de l'absence de risque de rétablissement de liens avec elle.

En 2021, dans le cas décidé par l'ordonnance n° 97, la Cour constitutionnelle franchit un pas de plus, et décisif, en la matière, car elle se prononce plus précisément sur l'*ergastolo ostativo*, c'est-à-dire sur l'impossibilité, pour la personne condamnée à perpétuité, d'accéder à la libération conditionnelle, et ce même après une période de sûreté incompressible de vingt-six ans. En vertu du dispositif attaqué, les personnes condamnées à la prison à vie ne peuvent jamais prétendre sortir de prison, sauf à dénoncer l'organisation criminelle d'appartenance. Ainsi, la Cour était à nouveau appelée à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la présomption irréfragable de dangerosité sociale du condamné qui ne collabore pas avec la justice, pour ce qui est, en l'espèce, de sa demande de libération conditionnelle.

---

<sup>2</sup> Le contenu de cette collaboration est régi par l'article 58 *ter* de la loi sur l'administration pénitentiaire : le condamné doit fournir aux autorités des éléments décisifs permettant de prévenir les conséquences du délit, de faciliter l'établissement des faits et l'identification de responsables d'infractions criminelles. Le condamné est dispensé de cette obligation si la collaboration peut être qualifiée d'impossible ou d'inexigible et s'il prouve la rupture de tout lien avec le groupe mafieux.

<sup>3</sup> Cour EDH, *Marcello Viola c. Italie* (n° 2), 13 juin 2019, requête n° 77633/16. Appelée à se prononcer sur l'*ergastolo ostativo*, la Cour EDH avait estimé qu'une telle peine incompressible méconnaissait le principe du respect de la dignité humaine inhérent à la Conv. EDH et à l'article 3 en particulier.

<sup>4</sup> A. Pugiotto, « La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale : una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria », *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 février 2020.

<sup>5</sup> Cour const., arrêt n° 253 du 23 octobre-4 décembre 2019, v. C. Tzutzuiano, « Garanties en matière pénale : l'inconstitutionnalité du caractère absolu de la présomption de dangerosité sociale pesant sur les détenus non coopératifs : arrêt n° 253 de 2019 », *AJJC*, Vol. XXXV, 2020, p. 919.

La Cour constitutionnelle, dans la motivation de l'ordonnance n° 97/2021, bien que reconnaissant que la disposition attaquée poursuit une finalité louable et raisonnable, car elle entend mettre en place un échange entre informations utiles pour lutter contre la criminalité organisée et la possibilité pour le détenu d'accéder à des bénéfices après un long parcours de rééducation réalisé en prison, estime que cette disposition n'est pas compatible avec la Constitution, dans la mesure où la collaboration avec la justice demeure la seule voie possible, pour la personne condamnée à perpétuité, pour accéder à la libération conditionnelle. La Cour relève en effet que le choix de collaborer (ou pas) avec la justice, peut parfois être « un « choix tragique » entre sa propre (éventuelle) liberté, qui peut toutefois impliquer des risques pour la sécurité de ses proches, et la renonciation à [cette liberté], pour les préserver de ces risques »<sup>6</sup>. Selon la Cour, ce qui rend compatible la peine à perpétuité avec la finalité constitutionnelle de rééducation de la peine, c'est justement l'effective possibilité pour le détenu d'accéder à la libération conditionnelle, ce qui est *de facto* compromis par le dispositif en vigueur qui ne laisse comme voie de sortie que la seule possibilité de collaborer avec la justice. Ainsi, selon la Cour, pour être considéré comme conforme aux principes consacrés dans la Constitution italienne, et notamment au principe d'égalité (art. 3 C.) et au principe selon lequel la peine doit avoir une fonction de rééducation du condamné (art. 27, al. 3 C.), le système juridique doit prévoir la possibilité que la présomption de dangerosité puisse être dépassée, non seulement à travers la collaboration avec la justice du détenu, mais aussi, en alternative, avec une preuve, portée par le condamné et évaluée par le Tribunal de surveillance, qui montre – sur la base également du parcours tout entier réalisé durant sa détention – que la personne s'est effectivement détachée de l'organisation criminelle et qu'elle ne risque pas de rétablir des liens avec elle.

Si l'on s'arrête à cette partie substantielle de l'ordonnance n° 97/2021, on comprend bien qu'elle ait fait l'objet de vives discussions et qu'elle ait fait couler beaucoup d'encre. En effet, cette décision, avec celle de 2019 relative aux permissions de sortir, en relativisant fortement le régime des peines *ostative* pour les criminels appartenant aux associations de type mafieux, a relancé le débat, jamais clos en Italie, entre les « *garantisti* », à savoir ceux qui, parmi les magistrats, les avocats, les universitaires, les hommes et les femmes politiques de tout bord, prônent la garantie des droits (notamment ceux processuels et pénitentiaires) des personnes mises en accusation ou condamnées, même pour des faits graves comme ceux liés à la mafia ou au terrorisme, et qui considèrent que le système des peines *ostative* peut conduire non seulement à des « faux » repentis, mais aussi à délaissé le parcours de resocialisation du condamné, qui vise en dernier ressort à empêcher la récidive et à protéger la société ; et ceux qui, en revanche, tout en étant attentifs au respect des droits et libertés consacrés par la Constitution, estiment qu'en présence d'infractions complexes et spécifiques, comme celles liées à la mafia, seul le fait, pour le condamné, de collaborer avec la justice peut être considéré comme un réel détachement avec son association d'appartenance et permet de combattre

---

<sup>6</sup> Cour const., ord. n° 97/2021.

efficacement contre ces organisations criminelles<sup>7</sup>. Il faut dire que le système mis en place dans les années 1990 (qui est en train d'être concrètement démolé par la Cour constitutionnelle) tenait compte notamment des spécificités des organisations criminelles mafieuses, dans lesquelles les liens entre les affiliés et l'organisation sont durables et stables dans le temps, ce à quoi s'ajoutait l'idée (dont l'intuition revient au juge Giovanni Falcone, mort dans un attentat mafieux en 1992) selon laquelle la seule façon de lutter de manière efficace contre ce type d'organisation criminelle est d'utiliser les « repentis », les collaborateurs de justice, en échange de bénéfiques pénitentiaires.

## ***2. L'inconstitutionnalité constatée mais pas déclarée***

Au-delà de son apport remarquable sur le fond (que l'on adhère ou pas à l'orientation retenue), l'ordonnance n° 97/2021 est également très intéressante d'un point de vue procédural, car elle représente un troisième cas d'utilisation, par la Cour constitutionnelle italienne, de la technique jurisprudentielle, originale et inédite, inaugurée avec l'ordonnance n° 207 de 2018 portant sur l'affaire « Cappato »<sup>8</sup>. On rappelle brièvement que dans cette ordonnance la Cour constitutionnelle, de manière inédite, après avoir constaté que la norme contrôlée violait la Constitution italienne, avait décidé de renvoyer l'audience de onze mois avant de rendre une décision définitive, afin de ne pas empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du législateur et lui laisser ainsi le temps de légiférer. Onze mois après, face à l'inertie du Parlement italien, la Cour s'était vue contrainte d'éliminer l'inconstitutionnalité constatée en 2018, en adoptant une réserve d'interprétation additive, par laquelle elle édictait les normes applicables en l'espèce et dans les cas similaires, en matière de fin de vie et d'assistance au suicide<sup>9</sup>.

Or, de la même manière, dans l'ordonnance n° 97 de 2021, après avoir constaté l'incompatibilité de l'*ergastolo ostativo* avec les paramètres constitutionnels invoqués, la Cour constitutionnelle estime ne pas pouvoir procéder immédiatement à la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions contestées, mais devoir donner le temps (douze mois) au

---

<sup>7</sup> En ce sens, v. les affirmations à l'égard de la décision de la Cour constitutionnelle et de la réforme législative actuellement en discussion de Nino Di Matteo, magistrat de l'antimafia, membre du CSM italien : « Ergastolo ostativo, Di Matteo: "Con la nuova legge rischiamo boss stragisti in libertà. Così chi ha ricattato lo Stato raggiunge l'obiettivo" », *Il Fatto Quotidiano*, 24 novembre 2021. *Contra*, H. J. Woodcock, « Qualche considerazione sulla recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di "ergastolo ostativo" », *Questione Giustizia*, 26 mai 2021. Pour un éclairage général, v. notamment M. Mengozzi, « Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito », *Diritti Comparati*, 20 mai 2021 ; A. De Lia, « Ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: inesigibilità della collaborazione e destino di uno dei baluardi del "Feindstrafrecht" », *Federalismi.it*, 15 décembre 2021 ; E. Dolcini, « L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti », *Sistema Penale*, 25 mai 2021 ; D. Galliani, « Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo », *Giustizia Insieme*, 20 mai 2021 ; M. Ruotolo, « Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale », *Sistema Penale*, 28 février 2022 ; O. Sferlazza, « Riflessioni a margine della ordinanza della Corte Costituzionale n.97/2021 sull'ergastolo ostativo: molti dubbi e poche certezze », *Questione Giustizia*, 24 juin 2021.

<sup>8</sup> Cour const., ord. n° 207 du 24 octobre 2018. La deuxième utilisation de cette nouvelle technique a été réalisée par la Cour constitutionnelle dans l'ordonnance n° 132 de 2020 suivie de l'arrêt n° 150 de 2021, en matière de disposition comminatoire de la peine de prison pour l'infraction de diffamation par voie de presse.

<sup>9</sup> Cour const., arrêt n° 242 du 25 septembre 2019. Sur cette séquence décisionnelle inédite, voir notamment C. Severino, « La Cour constitutionnelle dépénalise partiellement l'aide au suicide, se substitue au législateur et le met (à nouveau) en garde : l'affaire Cappato, *sequenza inedita et sentenza storica* », *AJJC*, Vol. XXXV, 2020, p. 924.

législateur d'intervenir. Selon la Cour, il s'agit en effet d'une matière très délicate, qui demande à faire des choix discrétionnaires que seul le législateur peut réaliser, notamment quant à la différenciation à faire entre les détenus coopératifs et ceux qui ne le sont pas, quant aux raisons qui conduisent ces derniers à ne pas collaborer avec la justice, mais aussi quant à la différenciation à faire entre les condamnés à perpétuité soumis au régime de l'art. 4 *bis* et les autres condamnés à perpétuité. Tout comme dans l'ordonnance « Cappato » de 2018, dans l'ordonnance n° 97 de 2021 la Cour fournit des repères précis au Parlement pour l'écriture de la future loi, en indiquant en particulier que si le détenu décide de ne pas collaborer, il faudra lui demander la preuve de la rupture des liens avec la criminalité organisée mais aussi la preuve de l'absence de risques que ces liens soient rétablis. Ainsi, encore une fois, l'exigence d'une « collaboration institutionnelle » avec le Parlement impose à la Cour de renvoyer la décision à une date ultérieure, en se fondant, pour cela, sur ses « pouvoirs de gestion du procès constitutionnel »<sup>10</sup>. Quant au procès *a quo*, il a été suspendu jusqu'à l'arrêt définitif.

La date fixée par la Cour constitutionnelle, dans l'ordonnance n° 97/2021, pour rendre cet arrêt définitif, était le 10 mai 2022. À l'heure où nous écrivons ces lignes (28 mai 2022) la Cour constitutionnelle s'est donc réunie. Mais lors de cette audience du 10 mai 2022, et là encore de manière inédite, au lieu de rendre un arrêt définitif, la Cour constitutionnelle a adopté une autre décision de renvoi, pour tenir compte du fait que le législateur italien est en train d'adopter une réforme du système de l'*ergastolo ostativo*. On apprend, en effet, à la lecture du communiqué de presse relatif à la décision du 10 mai 2022<sup>11</sup>, que compte tenu de l'état d'avancement de la procédure d'adoption de la nouvelle loi<sup>12</sup>, la Cour a décidé de donner six mois supplémentaires au Parlement pour qu'il puisse conclure la procédure législative. La Cour a ainsi fixé au 8 novembre 2022 la date de l'audience définitive.

### **Caterina Severino**

Professeur à Sciences Po Aix, ILF-GERJC

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

---

<sup>10</sup> Cour const., ord. n° 97/2021, cit., pt. en droit 11.

<sup>11</sup> Ufficio comunicazione e stampa della Corte costituzionale, Comunicato del 10 maggio 2022.

<sup>12</sup> À l'heure où la Cour constitutionnelle s'est prononcée, la proposition de loi avait été adoptée par la Chambre des députés et devait être examinée par le Sénat.