

Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

La règle *ne bis in idem*

**Du principe de l'autorité de la chose jugée
au principe d'unicité d'action répressive**

Etude à la lumière des droits français, allemand et européen

Thèse pour le Doctorat en Droit (nouveau régime)
Mention droit privé et sciences criminelles
présentée et soutenue publiquement

le 9 décembre 2005
par

Juliette Lelieur-Fischer

Membres du jury :

- Madame Mireille DELMAS-MARTY (directrice de thèse)
Professeur au Collège de France
- Madame Laurence IDOT
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
- Monsieur Heike JUNG
Professeur à l'Université de la Sarre
- Madame Renée KOERING-JOULIN
Agrégée des Facultés de droit, Conseiller à la Cour de cassation
- Monsieur Xavier LAGARDE
Professeur à l'Université de Nanterre (Paris X)
- Monsieur Jean-François SEUVIC
Professeur à l'Université de Nancy II

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mon époux

A mes parents

Remerciements

Je remercie vivement ma directrice de thèse, Madame le professeur Mireille Delmas-Marty, pour son soutien, ses précieux conseils, ses encouragements à pousser toujours plus loin la réflexion et la grande liberté intellectuelle qu'elle m'a laissée dans la réalisation de ce travail.

J'adresse également mes sincères remerciements à Monsieur le professeur Albin Eser, directeur émérite de l'Institut Max Planck de droit pénal étranger et international, pour m'avoir invitée à plusieurs conférences internationales sur la règle *ne bis in idem*, ainsi qu'à Monsieur le professeur Michel van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, pour ses conseils et sa grande disponibilité pour discuter de mon travail à Fribourg et à Bruxelles.

Merci aussi, infiniment, aux compagnons de route, collègues et amis de Fribourg, Paris et Strasbourg, pour leur attention portée à ma recherche. Merci d'en avoir fait la critique, d'avoir partagé mes questionnements et d'avoir eu la patience de me relire. Merci pour tant de conseils pratiques ô combien utiles. Merci de m'avoir encouragée et soutenue jusqu'au bout, en particulier à Oliver Berg, Frédérique Berrod, Raphaël Eckert, Yannick Galland, Charlotte Girard, Sabine Gleß, Jocelyne Leblois-Happe, Claire Saas et Christel Schurrer.

Merci encore à mon mari, à mes parents et à mon frère pour leur présence et leur soutien durant ces longues années. Merci enfin à mes proches, à qui j'ai si souvent répondu « quand j'aurai fini ma thèse » pour leurs encouragements, leur compréhension et leur amitié.

Liste des abréviations

Abs.	<i>Absatz</i> (alinéa)
Aff.	Affaire
AJDA	L'actualité juridique. Droit administratif
art.	article
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Journal officiel fédéral)
BGH	Décision du <i>Bundesgerichtshof</i> (Cour fédérale de justice)
BGHSt	<i>Bundesgerichtshof Strafsachen</i> (Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour fédérale de justice)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale)
c.	contre
CA	Arrêt de cour d'appel
Cass. civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CGI	Code général des impôts
Ch.	Chambre
Ch. instr.	Chambre de l'instruction
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
CJCE	Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes
COB	Commission des opérations de bourse
comm.	commentaire
cons.	considérant

CP	Code pénal (français)
CPP	Code de procédure pénale (français)
D.	Recueil Dalloz
déc.	décision
dir.	sous la direction de
doc.	document
éd.	édition
fasc.	fascicule
GA	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i> (revue)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GG	<i>Grundgesetz</i> (Loi fondamentale)
Id.	<i>Idem</i>
J.	Jurisprudence
JO	Journal officiel
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JDI	Journal du droit international
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JR	<i>Juristische Rundschau</i> (revue)
JuS	<i>Juristische Schulung</i> (revue)
JZ	<i>Juristen Zeitschrift</i> (revue)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MDR	<i>Monatsschrift für das Deutsche Recht</i> (revue)
n°	numéro
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (revue)
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (revue)
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (ouvrage précité)
OWiG	<i>Gesetz über Ordnungswidrigkeiten</i> (Loi sur les infractions administratives)
p.	page
Prot.	Protocole
PUF	Presses Universitaires de France
RDP	Revue du droit public
Rec.	Recueil
req.	requête
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RG	Décision du <i>Reichsgericht</i> (Cour impériale de justice)

RGSt.	<i>Reichsgericht Strafsachen</i> (Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour impériale de justice)
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l’homme
s.	suivant(e)s
spéc.	spécialement
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Code pénal)
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> (Code de procédure pénale)
StV	<i>Strafverteidiger</i> (revue)
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
trad.	traduction
trib. pol.	Tribunal de police
v°	<i>Verbo</i>
vol.	volume
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (revue)

* *
*

Sauf mention contraire, les traductions de textes étrangers sont de l’auteur.

Sommaire

PREMIERE PARTIE :

CRITIQUE DU RATTACHEMENT DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM* AU PRINCIPE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

TITRE 1 LE DECALAGE DE FONCTIONS ENTRE LA REGLE *NE BIS IN IDEM* ET LE PRINCIPE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

CHAPITRE 1 UN MODE DIFFERENT DE CONTRIBUTION A LA PAIX SOCIALE

CHAPITRE 2 LA FONCTION SUPPLEMENTAIRE DE PROTECTION DE L'INDIVIDU
DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM*

TITRE 2 LA RESTRICTION DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM* PAR LE PRINCIPE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

CHAPITRE 1 LA RESTRICTION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM*

CHAPITRE 2 LA RESTRICTION DE LA PORTEE DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM*

SECONDE PARTIE :

PROPOSITION D'UN FONDEMENT POUR LA REGLE *NE BIS IN IDEM* : LE PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE

TITRE 1 LES VALEURS SOUS-TENDANT LE PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE

CHAPITRE 1 L'IDENTIFICATION DES VALEURS SOUS-TENDANT LE PRINCIPE D'UNICITE
D'ACTION REPRESSIVE

CHAPITRE 2 L'EFFET DE CES VALEURS SUR LE STATUT JURIDIQUE DU PRINCIPE D'UNICITE
D'ACTION REPRESSIVE

TITRE 2 LES CONTOURS DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE

CHAPITRE 1 L'APPLICATION DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE

CHAPITRE 2 LES EXCEPTIONS A L'APPLICATION DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION
REPRESSIVE

INTRODUCTION GENERALE

1. « Deux sûretés valent mieux qu'une, et le trop en cela ne fut jamais perdu ». Telle est la morale de la fable de La Fontaine intitulée « Le loup, la chèvre et le chevreau »¹. Mais la formule familière « mieux vaut deux fois qu'une », semblant refléter le bon sens, ne vaut certainement pas en toute matière.

Comme les hommes dans la vie quotidienne, la justice répressive est parfois confrontée à la question de savoir s'il est préférable qu'elle agisse une seule ou plusieurs fois. La réponse à la transgression de la norme répressive gagne-t-elle à se dédoubler et la Justice s'en trouve-t-elle mieux rendue ? Dès l'histoire antique, à Athènes comme à Rome, les juristes posèrent le principe d'une réponse négative². De ces temps lointains nous vient la maxime *ne bis in idem*³, généralement connue en France sous la formule *non bis in idem* en raison d'une légère écorchure à la grammaire latine⁴. La locution signifie littéralement : « pas deux fois dans la même affaire ». Ainsi, quand un individu a été traduit devant la justice répressive pour des faits qui lui sont reprochés et que celle-ci s'est définitivement prononcée, il est exclu que de nouvelles poursuites soient engagées à l'encontre du même individu pour les mêmes faits.

¹ Le terme 'sûreté' est employé au sens de 'précaution' ; J. DE LA FONTAINE, *Fables*, Livre IV, XV ; cité d'après *Fables choisies*, tome I, annotations d'A. Cart et Mme Roussel, Paris, Larousse, 22^{ème} éd., 1934, p. 63-64.

² Sur l'acception de la règle *ne bis in idem* en droits antiques grec et romain, voir A.-W. HEFFTER, *Non bis in idem im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer « Deutschen Strafprozess-Ordnung »*, Berlin, Trowitzsch & Sohn, 1873, p. 5 à 8 ; F. BORGMANN, *Die Identität der That, Beitrag zur Lehre von der Rechtskraft des Strafurteils*, Göttingen, Dieterich'schen Univ.- Buchdruckerei, 1891 p. 3 à 9 ; sur le droit romain, voir E. HIRTZ, *De l'autorité de la chose jugée (en général en droit romain ; en matière pénale en droit français)*, Thèse Strasbourg, 1870, p. 11 à 168 ; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899, p. 450-451 ; K. NAJARIAN, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, Paris, LGDJ, 1973, p. 19 à 32.

³ Il semble que la formule abrégée « *ne bis in idem* » n'existait pas à la période antique (voir les premières lignes de la thèse de M. MAYER, *Ne-bis-in-idem-Wirkung europäischer Strafentscheidungen*, Frankfurt/Main, P. Lang, 1992), mais qu'elle a été tirée plus tard de la phrase « *bis de eadem re ne sit actio* » qui, pour sa part, est d'époque ; on la trouve notamment chez QUINTILIEN, *Instituto oratoria* (L'institution oratoire), livre VII, chapitre 6, § 4, 226.

⁴ Les juristes français utilisent couramment la formule « *non bis in idem* », tandis que la plupart des juristes étrangers disent « *ne bis in idem* ». En latin, grammaticalement, la seconde proposition est seule juste. En effet, la négation *non* s'emploie dans les phrases purement affirmatives, tandis que dans les phrases exprimant une défense, une interdiction, c'est la négation *ne* qui convient (L. BRUTSCH, C. FAVEZ, A. OLTRAMARE, *Grammaire latine*, Paris, Librairie Payot et Cie, 1923, p. 278, f). En témoigne la formule d'origine *bis de eadem re ne sit actio* : la phrase n'exprime pas une simple constatation (« il n'y a qu'une action pour la même chose ») mais une défense (« il ne doit y avoir qu'une action pour la même chose » / il est défendu d'engager plusieurs actions pour la même chose). Par fidélité à la grammaire latine, nous emploierons la formule « *ne bis in idem* » ; A. ESER, « The need for a general part » in *Commentaries on the international law commission's 1991 draft code of crimes against the peace and security of mankind*, dir. M. C. Bassiouni, Toulouse, Eres, 1993, p. 43-52, spéc. p. 48, note 16.

2. La règle fut reçue dans l’Ancien droit, mais son application y était subordonnée à la réunion d’une multitude de conditions qui l’affaiblirent considérablement⁵. L’une d’elles, concernant l’hypothèse de l’acquittement, était que le jugement issu de la première poursuite confit l’absolution expresse et définitive de l’accusé. Or, cela n’était jamais le cas lorsque l’acquittement était motivé par l’insuffisance de preuves. Il était prononcé un jugement « de plus ample informé » qui laissait l’accusé sous la menace perpétuelle d’une nouvelle poursuite⁶. L’Ancien droit allemand connaissait également la règle, qui fut néanmoins abandonnée au XVII^{ème} siècle pendant la période de la procédure inquisitoire⁷. A cette époque, pour atteindre l’objectif de recherche de la vérité absolue, on n’hésitait pas à reprendre à l’infini des poursuites contre une personne déjà jugée pour les mêmes faits⁸.

Avec la philosophie des Lumières, la règle *ne bis in idem* connut un nouvel essor⁹. L’individu était désormais considéré comme libre par nature. On le protégea alors des atteintes intempestives de l’Etat par l’octroi de droits individuels, tel celui de ne pas avoir à répondre plusieurs fois des mêmes faits devant la justice. La règle *ne bis in idem* fut ainsi intégrée dans la Constitution américaine par le *Bill of Rights* de 1787 sous l’expression de l’interdiction du *double jeopardy*¹⁰. En France, elle apparut dans la Constitution de 1791¹¹, puis dans le Code pénal de 1791 et le Code du 3 brumaire An IV¹². Enfin, elle fut reprise par les articles 246 et

⁵ P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume*, Paris, Le Breton, 1768, p. 58 ; *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel. Dédiées au Roi*, Paris, Merigot, Crapant et Morin, 1780, p. 596 ; FAUSTIN-HELIE, *Traité de l’instruction criminelle ou théorie du code de l’instruction criminelle*, Paris, Plon, 2^{ème} éd. 1866, n° 982, p. 565-566 ; A. HOMMEY, *De l’autorité de la chose jugée en matière criminelle*, Thèse Caen, 1869, p. 25-30 ; K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 33-34 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4^{ème} éd. 1999, p. 267.

⁶ JOUSSE, cité par H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 267 et A. HOMMEY, *op. cit.*, p. 26 ; FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 981, p. 564.

⁷ F. BORGMANN, *op. cit.*, p. 12-21 ; G. SCHWARPLIES, *Die Rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes “ne bis in idem” im Strafprozeß*, Thèse Zurich, 1970, p. 21-48.

⁸ G. NOLTE, « Art. 103 al. 3 GG », in *Bonner Kommentar*, dir. H. v. Mangoldt, F. Klein et Ch. Starck, vol. 3, München, F. Vahlen, 4^{ème} éd., 2001, n° 175, p. 1408.

⁹ H. RHEINGANS, *Die Ausbildung der strafprozessualen Rechtskraftlehre von der Aufklärung bis zur Reichsstrafprozessordnung von 1877*, Breslau-Neukirch, A. Kurze, 1937 ; H. RÜPING, « Art. 103 Abs. 3 », *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, vol. 8, 3^{ème} éd., 1990, n° 4, p. 6 ; G. SCHWARPLIES, *op. cit.*, p. 65-74.

¹⁰ Septième amendement à la Constitution de 1787 : « (...) *nor shall any person be subject to be twice put in jeopardy of life or limb* ».

¹¹ Constitution des 3-14 septembre 1791, Titre III, Chapitre V art. 9 : « *Tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait* ».

¹² FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 984, p. 567-568 ; K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 42-43 ; H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 267 ; R. GASSIN, « Les destinées du principe de l’autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit contemporain », *RSC* 1963, p. 239-278, n° 2 (p. 241).

360 du Code d'instruction criminelle de 1808¹³. En Allemagne, après l'inquisition, elle fut reconnue implicitement dans le Code impérial de procédure pénale de 1877¹⁴.

3. Au tournant des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, l'Ecole positiviste avait prôné l'élimination de la règle *ne bis in idem* au profit de la révision des sentences pénales lorsque que la défense de la société l'exigeait¹⁵. Ce mouvement doctrinal ne resta pas sans incidence sur le droit positif¹⁶, mais il semble que ses effets sur la règle *ne bis in idem* soient demeurés limités¹⁷.

Enfin, dans le courant du XX^{ème} siècle dernier, la règle connut de nouvelles périodes d'ombre. Elle fut supprimée par l'Allemagne nazie sous prétexte que son application heurtait le « *sain esprit du peuple* » (*gesundes Volksempfinden*)¹⁸ et malmenée en Union soviétique¹⁹. Après la seconde guerre mondiale, en réaction aux abus de la dictature et sous l'influence américaine, la règle *ne bis in idem* fit son entrée dans plusieurs constitutions des *Länder* allemands et dans la Constitution fédérale de 1949²⁰. De même, le nouveau Code pénal russe entré en vigueur en 1997 prévoit que nul ne peut porter deux fois la responsabilité pénale des mêmes faits²¹.

¹³ L'article 246 disposait : « *Le prévenu à l'égard duquel la Cour royale aura décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi devant [la Cour d'assises] ne pourra plus y être traduit à raison du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges* » (cette disposition reprend l'art. 253 du Code de brumaire An IV qui reprenait lui-même l'art. 28 des décrets des 16-29 septembre 1791) ; l'article 360 disposait : « *Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait* ».

¹⁴ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 176, p. 1408 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 5, p. 7 ; B. SPECHT, *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 III Grundgesetz*, Heidelberg, Springer – Max-Planck-Gesellschaft, 1999, p. 10-12.

¹⁵ E. FERRI, *Sociologie criminelle*, trad. L. Terrier, F. Alcan, 2^{ème} éd. française, 1914, n° 73, p. 497.

¹⁶ Ainsi apparut la possibilité de réviser les mesures de sûreté et de modifier les peines privatives de liberté par des mesures d'individualisation, telle la libération conditionnelle.

¹⁷ Un courant doctrinal considère que la révision des mesures de sûreté et les mesures d'individualisation de la peine portent atteinte à l'autorité de la chose jugée et à la règle *ne bis in idem*, ainsi R. GASSIN, *op. cit.*, n° 31, p. 265 et J. PINATEL, cité par R. Gassin, *op. cit.*, n° 26, p. 261. En sens opposé : CHAZAL, considérant que le procès se divise en deux phases, que l'autorité de la chose jugée porte uniquement sur la déclaration de culpabilité (première phase) et que la révisibilité de la sanction (deuxième phase) ne la contredit donc pas, cité par R. Gassin, *op. cit.*, n° 24, p. 259 ; C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine – Césure et recomposition du procès pénal*, Préface M. Delmas-Marty, Paris, Dalloz, 2003, n° 290-301, p. 315-326 (selon l'auteur, l'ajournement du prononcé de la peine s'analyse en une sentence révisable et n'est pas incompatible avec le principe de l'autorité de la chose jugée, ni avec la règle *ne bis in idem* – comprise comme interdisant le cumul des peines pour les mêmes faits). Avec R. GASSIN, on peut penser que certaines réticences à l'application de la règle *ne bis in idem*, entendue comme l'interdiction de poursuivre des faits déjà jugés, trouvent en partie leur origine dans « *l'influence des réalités criminologiques* », *op. cit.*, n° 39 (p. 271).

¹⁸ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 174, p. 1407 et n° 177, p. 1409 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 6, p. 7 ; B. SPECHT, *op. cit.*, p. 12-14.

¹⁹ J. GRAVEN, « Le droit pénal soviétique », *RSC* 1948, p. 231-273, spéc. p. 253.

²⁰ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 177, p. 1409 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 7, p. 7 ; B. SPECHT, *op. cit.*, p. 14-15.

²¹ F.-Ch. SCHROEDER, « Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem“ », *JuS* 1997, p. 227-231, spéc. p. 227.

4. Aujourd'hui, la règle *ne bis in idem* est, fondamentalement, incontestée. Elle est d'ailleurs largement consacrée dans les droits nationaux²², dans les textes internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme²³ comme dans les accords internationaux d'entraide judiciaire²⁴. Cependant, sa mise en œuvre suscite encore de sérieuses difficultés. Notons avec l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes M. Ruiz-Jarabo Colomer que, malgré l'ancienneté de son ancrage dans le droit, « *les contours de ce principe ne sont pas bien définis* »²⁵. Toujours dans le contexte de l'application européenne de la règle, un auteur n'hésite pas à se demander si elle ne constitue pas « *la pierre d'achoppement de l'espace pénal européen* »²⁶. En outre, la mise en œuvre nationale de la règle, particulièrement en France, ne donne pas entière satisfaction. De nombreux cumuls de répression sont admis par les plus hautes juridictions de notre pays, suscitant l'interrogation. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même peine à fixer sa jurisprudence sur les exigences découlant de l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit le cumul de répression au sein d'un même Etat.

Lorsque la mise en œuvre d'une règle juridique suscite tant d'embarras, c'est sans doute que l'on a perdu de vue les raisons fondamentales qui ont présidé à sa consécration. Il est donc essentiel de se remémorer les fonctions de la règle, d'identifier la cause des difficultés rencontrées dans sa mise en œuvre, dans le but de redéfinir ses champ et régime d'application de façon appropriée. Mais encore faut-il, pour que cette démarche connaisse le succès, que ladite règle soit en mesure de remplir ses fonctions...

²² En France : art. 368 CPP pour l'application interne et art. 113-9 CP et 692 CPP pour l'application internationale ; en Allemagne : art. 103 al. 3 de la Loi fondamentale ; J. PRADEL et G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, n° 50 : « *Dans la plupart des législations, il y a un texte qui interdit une nouvelle poursuite [à l'encontre de la même personne pour les mêmes faits] : un jugement définitif empêche le lancement de nouvelles poursuites en application du principe non bis in idem* ».

²³ Art. 14-7 du Pacte international sur les droits civils et politiques, art. 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁴ L'on citera pour exemple la Convention d'application des accords de Schengen (art. 54 et s.) ; certaines conventions du Conseil de l'Europe, notamment la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970 (art. 53 et s.), la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972 (art. 35 et s.), la Convention européenne d'extradition du 13 déc. 1957 (art. 9) ; voir également, dans le cadre de la coopération en matière pénale dans l'Union européenne, l'art. 7 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juil. 1995 (JOCE C-316 du 27 nov. 1995, p. 49 et s.) ; l'art. 10 de la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, du 26 mai 1997 (JOCE C-195 du 25 juin 1997, p. 2 et s.).

²⁵ Conclusions présentées le 19 sept. 2002 dans les affaires C-187/01 (Gözütok) et C-385/01 (Brügge), note n° 5. Selon D. RUIZ-JARABO COLOMER, ces contours ne sont pas davantage précisés par la Cour européenne des droits de l'homme « *ainsi qu'elle l'a elle-même reconnu dans son arrêt du 2 juillet 2002, Göktan c. France (Requête n° 33402/96), aux points 44 et 46* ».

²⁶ A. WEYEMBERGH, « Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ? », *Cahiers de droit européen* 2004, n° 3/4, p. 337-375.

L'objet de cette thèse est de montrer que, rattachée comme elle l'est aujourd'hui au principe de l'autorité de la chose jugée, la règle *ne bis in idem* n'est pas à même de remplir ses fonctions de préservation de la sécurité juridique individuelle et collective. En effet, le principe de l'autorité de la chose jugée a pour fonction première de veiller au crédit de la justice, ce qui ne l'amène qu'incidemment à assurer la sécurité juridique. Par conséquent, la règle *ne bis in idem* doit être détachée du principe de l'autorité de la chose jugée. Pour redéfinir les contours de son application, il faut l'asseoir sur un fondement juridique adéquat, le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits, dont nous proposerons la reconnaissance en droit positif.

5. Mais avant d'entrer dans le cœur de la démonstration, il faut constater que la définition même de la règle *ne bis in idem* n'est pas exempte d'ambiguïtés. En quoi consiste, au juste, l'interdiction postulée : en l'interdiction de renouveler les *poursuites* à l'encontre d'une personne qui a déjà été jugée pour les mêmes faits²⁷, en l'interdiction de cumuler les *sanctions* – toujours envers la même personne pour les mêmes faits –, ou encore en celle de retenir, dans une poursuite unique, plusieurs *qualifications juridiques* à propos du même acte matériel ? Sans oublier que l'on peut combiner plusieurs de ces interdictions pour les réunir sous la formule latine.

Selon la conception du droit romain, reprise lors la codification des procédures pénales au XIX^{ème} siècle, l'interdiction porte sur le cumul des *poursuites* pour les mêmes faits : une fois que des faits ont été jugés, ils ne peuvent fonder une nouvelle poursuite. Mais plus tard, une partie de la doctrine et parfois la jurisprudence utilisèrent la règle *ne bis in idem* pour justifier l'interdiction du cumul des *qualifications* au sein d'une poursuite unique en cas de concours idéal d'infractions. Enfin, la tendance actuelle est à l'extension de l'interdiction au cumul des *sanctions*. Cette constatation apparaît nettement à l'observation des textes internationaux de protection des droits de l'homme, qui visent l'interdiction des poursuites *et* des sanctions. Les règles des législations internes et du droit international ne sont donc plus tout à fait en phase, ce qui cause un certain brouillage. Avant toute autre entreprise, il conviendra donc, dans cette introduction, de lever l'ambiguïté relative à la définition de la règle *ne bis in idem* (§ 1).

²⁷ La question de la signification précise des termes « les mêmes faits » a donné lieu à de virulents débats qui seront étudiés ultérieurement. Pour l'instant, signalons simplement que l'expression « les mêmes faits » sera employée au sens : « les mêmes faits matériels », c'est-à-dire les actes concrètement réalisés par la personne mise en cause, indépendamment de leur qualification juridique.

6. Une bonne part des incertitudes dans la mise en œuvre de la règle tient à la délimitation de son champ d'application. Au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, le contexte de la problématique du dédoublement de la répression pour les mêmes faits a considérablement évolué. D'une part, la répression ne se résume plus à la mise en œuvre du droit pénal. La sphère potentielle d'intervention de la règle *ne bis in idem* s'est donc matériellement élargie. D'autre part, l'internationalisation des échanges entraînant aussi celle de la délinquance, la répression n'est plus toujours la prérogative d'un seul Etat, ce qui augmente le risque de cumul de poursuites pour les mêmes faits. Sans compter que, dans la logique de la construction d'espaces juridiques comme celui de l'Union européenne, des compétences répressives sont attribuées à des autorités supranationales. Ainsi, la multiplication des hypothèses de cumul de poursuites pour les mêmes faits est également géographique.

La délimitation des champs matériel et géographique d'application de la règle *ne bis in idem* mérite d'être réexaminée. En désignant les situations dans lesquelles plusieurs poursuites sont susceptibles d'être effectuées pour les mêmes faits, le deuxième paragraphe de l'introduction déterminera le champ dans lequel il est pertinent d'étudier la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* (§ 2).

7. Enfin, une interrogation apparaît, de laquelle naîtra le fil conducteur de la thèse. Lorsque la mise en œuvre d'une règle juridique présente d'importantes et nombreuses incertitudes ou lacunes, il faut se demander si, au-delà des problèmes pratiques du moment et des difficultés de la jurisprudence à les résorber, le malaise n'est pas plus profond. Depuis la période romaine de la procédure extraordinaire, la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* dépend des conditions d'application d'un principe bien connu, le principe de l'autorité de la chose jugée. Or, il semble que cela soit la cause d'un bon nombre des difficultés d'application de la règle *ne bis in idem*. Il faudra donc se demander si le recours au principe de l'autorité de la chose jugée pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* est véritablement pertinent (§ 3).

§ 1 La définition de la règle *ne bis in idem*

8. Bien que la règle *ne bis in idem* connaisse un immense rayonnement²⁸, un certain désaccord règne sur sa définition, si bien que l'objet du cumul proscrit – l'interdiction du cumul des poursuites, des sanctions, des qualifications juridiques pour les mêmes faits ou la combinaison de plusieurs de ces interdictions – demeure incertain. Après avoir présenté les différentes définitions attribuées par le droit positif et la doctrine (A), nous verrons que l'interdiction du cumul des *poursuites* pour les mêmes faits est la seule définition pertinente (B).

A. Les différentes définitions attribuées à la règle *ne bis in idem*

9. En partant de la définition la mieux ancrée dans la tradition juridique, l'on peut analyser l'évolution des définitions conférées à la règle *ne bis in idem*. Ainsi, nous étudierons d'abord l'interdiction du cumul des poursuites à l'encontre de la même personne pour les mêmes faits (1), pour envisager ensuite l'extension de cette interdiction au cumul des qualifications dans une poursuite unique (2), puis au cumul des sanctions (3).

1. La définition d'origine : l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits

10. La règle traditionnellement visée par la maxime *ne bis in idem* est l'interdiction de *poursuivre* à nouveau un individu pour des faits dont il a déjà répondu définitivement devant la justice. C'est cette conception qui, historiquement, a donné naissance à la maxime. Sous l'Antiquité, on trouve trace de la règle sous cette acception en droit grec dans les plaidoiries de Démosthène²⁹ et les preuves de son adoption sous cette même acception par le droit romain sont plus précises encore. La formule *bis de eadem re ne sit actio*, dont fut tiré l'adage

²⁸ Voir *supra*, notes n^{os} 22, 23, et 24.

²⁹ DEMOSTHÈNE, « Contre Nausimachos et Xénopéithès », XXXVIII, 16 : « (...) *S'il vous est permis de soutenir le pour et le contre avec mauvaise foi et si, après avoir obtenu de l'argent pour n'avoir pas reçu de compte, vous intentez une action d'après celui que vous avez reçu, rien de vous empêche de chercher une troisième action à tenter. Mais ce n'est pas ce que disent les lois : elles disent que, pour le même objet et contre la même partie, on ne peut plaider qu'une fois* » in *Plaidoyers civils*, tome I, texte établi et traduit par L. Gernet, Les belles lettres, 1954, p. 256 ; voir également « Contre Leptine » XX, 147, in *Plaidoyers politiques*, tome I, texte établi et traduit par O. Navarre et P. Orsini, Les belles lettres, 1954, p. 105 ; « Contre Timocrate », XXIV, 54, in *Plaidoyers politiques*, p. 147 ; « Pour Phormion », XXXVI, 25, in *Plaidoyers civils*, tome I, p. 213 ; « Contre Bœotos II », XL, 39-40 et 42 in *Plaidoyers civils*, tome II, texte établi et traduit par L. Gernet, Les belles lettres, 1957.

*ne bis in idem*³⁰, en témoigne avec éclat : il s'agissait d'empêcher que plusieurs *actions* en justice soient intentées contre la même personne à propos des mêmes faits.

C'est également en ce sens que les procédures pénales modernes, élaborées pour la plupart au XIX^{ème} siècle, accueillirent la règle. Les articles 246 et 360 du Code d'instruction criminelle de 1808³¹ étaient explicites à cet égard, ainsi que l'est aujourd'hui l'article 368 du Code de procédure pénale, aux termes duquel « aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ». Assortie de l'interprétation jurisprudentielle élargissant son champ d'application aux cas où l'individu a été condamné au terme de la première poursuite³², cette disposition est la transcription parfaite de la règle *ne bis in idem* conçue comme interdisant que des faits ayant fait l'objet d'une décision définitive soient à nouveau poursuivis. En résumé, l'on dira que la règle prohibe le cumul des poursuites pour les mêmes faits, en sachant que l'interdiction n'entre en jeu qu'à partir du moment où les faits en question ont déjà fait l'objet d'une décision de justice définitive. Il faut préciser qu'il s'agit des mêmes faits « matériels » – par opposition aux « faits juridiques » –, c'est-à-dire des faits tels qu'ils ont été commis par leur auteur et non pas tels qu'ils sont appréhendés par le droit. L'article 368 du Code de procédure pénale le souligne nettement en excluant de nouvelles poursuites pour les mêmes faits « même sous une qualification différente ». Enfin, l'exigence du caractère définitif de la décision issue de la première poursuite revêt une grande importance car elle exprime que la règle n'intervient qu'une fois que les voies de recours sont épuisées ou que les délais pour les exercer sont écoulés.

La doctrine définit largement la règle *ne bis in idem* comme l'interdiction de poursuivre des faits à propos desquels la justice répressive a définitivement statué³³ et il existe une

³⁰ Voir *supra*, note n° 4.

³¹ Voir *supra*, note n° 13.

³² Voir notamment Cass. crim. 8 oct. 1959, Bull. crim. n° 418, *JCP* 1959.II.11324, note LARGUIER ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, n° 44, p. 389-392, obs. PRADEL.

³³ *Lexique des termes juridiques*, dir. S. Guinchard et G. Montagnier, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001, v° *non bis in idem* ; *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, Association Henri Capitant, Paris, Quadrige / PUF, 4^{ème} éd., 2003, v° *non bis in idem*, p. 591 ; R. GASSIN, « Autorité de la chose jugée », in *Dictionnaire des sciences criminelles*, dir. G. Lopez et S. Tzitzis, Paris, Dalloz, 2004, p. 96 ; H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 267 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, Litec, 2^{ème} éd. 2002, n° 1474 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale* (tome 2), Paris, Cujas, 5^{ème} éd. 2001, n° 885 ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, Procédure pénale* (tome 2), Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1970, n° 1055 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1995, n° 496 ; J.-L. DE LA CUESTA et A. ESER, « Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem* », *R.I.D.P.* 2001, 3^{ème} et 4^{ème} semestres, p. 739-751, spéc. p. 739 ; *Creifelds Rechtswörterbuch* dir. K. Weber, München, C.H.

jurisprudence abondante faisant obstacle à l'aboutissement des poursuites portant sur des faits qui ont déjà donné lieu à un jugement définitif³⁴. Cependant, en France, des auteurs ont élargi la définition de la règle *ne bis in idem*, avançant que celle-ci interdit également de retenir plusieurs qualifications juridiques pour les mêmes faits au sein d'une poursuite unique.

2. L'extension de l'interdiction au cumul des qualifications dans une poursuite unique

11. Il arrive que le comportement d'un individu, l'acte matériel dont on lui reproche la commission, puisse être qualifié juridiquement de plusieurs façons. Parfois, les différentes qualifications envisageables sont exclusives les unes des autres, si bien qu'il faut nécessairement choisir l'une d'entre elles³⁵. Mais une fois l'hypothèse des qualifications exclusives écartée, plusieurs qualifications peuvent malgré tout demeurer en ligne de compte. On parle de concours de qualifications ou d'infractions. Il faut alors déterminer si une ou plusieurs qualifications doivent être retenues.

12. En Allemagne, le principe est que toutes les lois pénales qui ont été enfreintes sont mentionnées dans le jugement. La déclaration de culpabilité est donc multiple, de sorte que les décisions pénales sont le reflet intégral de l'appréhension des faits matériels par le droit.

Beck, 16^{ème} éd. 2000, p. 923 et 1259 : renvoie sous *ne bis in idem* à « la consommation de l'action pénale (*Strafklageverbrauch*) [découlant du jugement pénal] qui interdit une nouvelle poursuite pénale de l'auteur pour les mêmes faits » ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, C.H. Beck, 25^{ème} éd., 1998, § 50, n° 6 (p. 410) ; G. PFEIFFER, « Einleitung » in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, dir. G. Pfeiffer, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003, n° 170 ; H. RADTKE, *Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrensrechtlicher Entscheidungen im Strafprozeß*, Frankfurt/Main, P. Lang, 1994, p. 19 ; S. STEIN, *Zum europäischen ne bis in idem nach Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens. Zugleich ein Beitrag zur rechtsvergleichenden Auslegung zwischenstaatlich geltender Vorschriften*, Frankfurt/Main, P. Lang, 2004, p. 33.

³⁴ Voir pour la France : CA Amiens 12 juil. 1954, *D.* 1955, J., p. 317, note HUGUENEY et Cass. crim. 20 mars 1956, *D.* 1957, J., p. 33, note HUGUENEY (affaire Chevalot) ; Cass. crim. 19 mars 1956 (deux arrêts) et 19 déc. 1956, Bull. crim. n°s 270, 273 et 852 ; 3 mars 1959, Bull. crim. n° 143 ; 8 oct. 1959, précité ; 9 mai 1961, *JCP* 1961.II.12223, note P. CHAMBON ; CA Paris 26 mai 1965, *JCP* 1966.II.14725, note P. BOUZAT ; Cass. crim. 6 juin 1979, Bull. crim. n° 193 ; 18 déc. 1989, Bull. crim. n° 483 ; 13 déc. 1990, Bull. crim. n° 433 ; 1^{er} avr. 1998, Bull. crim. n° 123. Voir pour l'Allemagne : arrêts de la Cour impériale de justice (*Reichsgericht*) du 10 déc. 1885, *RGSt.* vol. n° 13, p. 146 et s. ; du 30 sept. 1890, *RGSt.* vol. n° 21, p. 79 et s. ; arrêt de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) du 5 nov. 1953, *BGHSt.* vol. n° 6, p. 92 et s.

³⁵ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 12^{ème} éd., 2005, n° 289-295. En Allemagne, ces cas sont désignés par le terme *Gesetzeseinheit* (unité légale) et le choix s'effectue en application des principes de spécialité, de subsidiarité et de consommation, W. STREE, « Vorbemerkungen §§ 52 et s. », *Strafgesetzbuch Kommentar* (Schönke-Schröder), C.H. Beck, 26^{ème} éd., 2001, n° 105 et s., p. 774 et s. ; H.-H. JESCHECK et T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 5^{ème} éd., 1996, § 69, p. 733 et s.

Mais le Code pénal allemand prévoit en son § 52 qu'une seule peine est prononcée et indique comment la déterminer³⁶.

13. En revanche, le Code pénal français n'envisage pas l'hypothèse du concours de qualifications. Naturellement, les juges s'y sont trouvés confrontés en pratique et une jurisprudence abondante s'est développée en la matière. Elle présente des hésitations et approximations, mais on peut la résumer ainsi : « *lorsque plusieurs qualifications pénales sont applicables à une activité matérielle unique, la solution de ce conflit dépend de la pluralité ou de l'unité des valeurs sociales protégées. Dans le premier cas, qui peut être révélé par une pluralité d'éléments moraux, on retiendra toutes les qualifications. Dans le second cas, un choix devra être fait parmi les qualifications en concours* »³⁷.

Seule la seconde hypothèse, dans laquelle les qualifications en concours se rejoignent quant aux valeurs protégées nous intéresse. La jurisprudence affirme qu'un acte matériel unique ne peut faire l'objet de qualifications distinctes, si bien que seule la qualification présentant la plus haute expression pénale est retenue³⁸, et qu'une seule déclaration de culpabilité est prononcée. On peut citer une formule fréquemment employée en jurisprudence : « *un même fait autrement qualifié ne saurait entraîner une double déclaration de culpabilité* »³⁹.

Or, la doctrine considère en majorité que la règle *ne bis in idem* est à la source de cette solution⁴⁰. Dans certains arrêts, la Cour de cassation s'y réfère d'ailleurs expressément⁴¹.

³⁶ Le § 52 StGB dispose : « (1) Lorsque le même acte porte atteinte à plusieurs lois pénales ou plusieurs fois à la même loi pénale, il n'est prononcé qu'une seule peine. (2) Lorsqu'il a été porté atteinte à plusieurs lois pénales, la peine est déterminée d'après la loi qui prévoit la peine la plus sévère. Elle ne peut pas être plus douce que ne le permettent les autres lois applicables (...) ».

³⁷ J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, n° 19, p. 239.

³⁸ Cass. crim. 13 janv. 1953, Bull. crim. n° 12 ; 12 juin 1958, Bull. crim. n° 457 ; (la complicité de tentative d'escroquerie est « absorbée » par l'infraction d'usage de faux) ; 21 avril 1976, Bull. crim. n° 122 ; 20 nov. 1978, Bull. crim. n° 323.

³⁹ Cass. crim. 25 fév. 1921, *Sirey* 1923, 1, p. 89, note ROUX ; 3 déc. 1931, Bull. crim. n° 281 ; 13 janv. 1953, Bull. crim. n° 12 ; Cass. crim. 4 fév. 1998, Bull. crim. n° 46 ; 28 déc. 1959, Bull. crim. n° 588 ; 16 juin 1965, Bull. crim. n° 44 ; 3 mars 1966, Bull. crim. n° 79 ; 26 mai 1976, Bull. crim. n° 181. Toutefois, la Cour de cassation se contente parfois de refuser une seconde qualification « *en raison du cumul idéal d'infractions* » (Cass. crim. 26 mars 1974, Bull. crim. n° 129), ou de relever qu'il n'existe pas de « *fautes distinctes, punissables séparément* » (Cass. crim. 27 mars 1968, Bull. crim. n° 106). En outre, la jurisprudence a décidé que le même fait ne peut être retenu comme élément constitutif d'un crime et circonstance aggravante d'une autre infraction, voir notamment Cass. crim. 20 fév. 2002, Bull. crim. n° 38.

⁴⁰ Voir L. DANAN, *La règle non bis in idem en droit pénal français*, Thèse dactylographiée, Rennes, 1971, p. 17 : « (...) plusieurs courants doctrinaux se manifestèrent d'ailleurs pour tenter de résoudre le [problème du] concours idéal d'infraction, mais les tribunaux avaient déjà choisi la règle non bis in idem » ; l'auteur consacre un titre de sa thèse à « *l'utilisation de la règle non bis in idem en cas de poursuite unique* ». Elle explique que « *la règle non bis in idem intervient pour empêcher que le fait poursuivi supporte toutes les qualifications dont il fait l'objet* » (p. 27) ; *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 591 : la deuxième définition donnée pour « *non bis in*

Cependant, la plupart des décisions taisent la règle *ne bis in idem* et restent fidèles à la formule susmentionnée selon laquelle un même fait matériel ne peut recevoir qu'une qualification juridique et n'entraîner qu'une déclaration de culpabilité. C'est donc principalement la doctrine qui a soutenu l'idée que la règle *ne bis in idem* intervenait dans la résolution des conflits de qualifications. Par là même, la doctrine conférait à une règle de procédure un nouveau rôle au sein du droit pénal de fond. Cette première extension de la règle *ne bis in idem* au champ du droit pénal matériel fut suivie d'une autre, relative aux sanctions.

3. L'extension de l'interdiction au cumul des sanctions

14. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, l'interdiction du renouvellement des poursuites pour les mêmes faits s'est progressivement vue adjoindre celle du cumul des sanctions pour les mêmes faits. On trouve une première illustration de cette évolution en Allemagne, où la constitutionnalisation de l'interdiction du cumul dans des termes maladroits en a indirectement élargi la signification.

Lors de la rédaction de la Loi fondamentale du 23 mai 1949, le troisième alinéa de l'article 103 fut consacré à la règle du non cumul qui, malgré le silence du Code impérial de procédure pénale de 1877, constituait un principe bien établi du droit allemand⁴². Pourtant, les rédacteurs de la Loi fondamentale ne reprirent pas la formule habituelle de la jurisprudence et de la doctrine de l'époque, selon laquelle un seul et même fait ne pouvait donner lieu à plusieurs

idem » est : « *Maxime (...) utilisée pour exprimer (...) que le juge, lorsqu'un fait matériel peut tomber sous le coup de plusieurs incriminations, ne peut retenir qu'une seule des qualifications possibles de telle sorte que le délinquant ne soit pas puni deux fois pour les mêmes faits* » ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 393, p. 517 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 14^{ème} éd., 2002, n° 299 *in fine* ; J.-F. RENUCCI, chronique « Juridictions nationales et droits de l'homme », *RSC* 2003, p. 882-888, spéc. p. 888, à propos de l'arrêt Cass. crim. 9 juillet 2003, inédit, n° pourvoi : 03-82151.

⁴¹ Cass. crim. 11 fév. 1926, Bull. crim. n° 58 : la Cour de cassation considère, dans le cadre d'une poursuite unique où les juges du fond n'avaient retenu que l'une des qualifications envisageables, « *qu'il y a eu violation, par fausse application, de la maxime non bis in idem* », celle-ci ne recevant son application « *que lorsque les faits poursuivis sont identiques, tant dans leurs éléments légaux que matériels* » ; la Cour de cassation approuve donc implicitement l'application de la règle *ne bis in idem* au sein d'une poursuite unique pour faire obstacle au cumul des qualifications (*idem* pour l'arrêt du 19 fév. 1926, Bull. crim. n° 71) ; 13 janv. 1953, Bull. crim. n° 12 : la Cour de cassation considère qu'en retenant, à raison des mêmes faits, deux qualifications pénales, « *l'arrêt attaqué a violé la règle non bis in idem* » ; Cass. crim. 22 nov. 1983, Bull. crim. n° 308 : il ne peut être reproché à la Cour d'appel d'avoir retenu le même fait sous une double qualification : « *Qu'en effet, il ne s'agit pas en l'espèce d'un crime unique dont la poursuite sous deux qualifications différentes serait contraire à la règle non bis in idem* ».

⁴² Voir les arrêts suivantes du *Reichsgericht* : 16 oct. 1880, *RGSt.* vol. n° 2, p. 347 et s., spéc. p. 348 ; 30 sept. 1902, *RGSt.* vol. n° 35, p. 367 ; 5 oct. 1921, *RGSt.* vol. n° 56, p. 161 et s. spéc. p. 166 ; 9 janv. 1934, *RGSt.* vol. n° 68, p. 18 et s., spéc. p. 19.

poursuites à l'encontre de la même personne⁴³. L'article 103 alinéa 3 dispose en effet : « *Nul ne peut être puni deux fois pour le même fait sur le fondement des lois pénales générales* », exprimant ainsi l'interdiction du cumul des sanctions. Prise au mot, cette disposition validerait le cumul des poursuites tant qu'il n'entraîne pas celui des sanctions⁴⁴. Ainsi, une poursuite qui viendrait après un jugement ayant rejeté la responsabilité pénale de l'individu serait possible car le risque de cumul des sanctions serait inexistant.

Cette interprétation littérale de l'article 103 alinéa 3 fut vigoureusement réfutée. Dès la première décision qu'elle rendit à ce propos, la Cour constitutionnelle fédérale précisa que la disposition constitutionnelle devait être interprétée comme prohibant non seulement le cumul des sanctions mais aussi le cumul des poursuites pour les mêmes faits⁴⁵. Les juges se fondirent sur l'origine de la norme constitutionnelle et s'en tinrent à l'interprétation jurisprudentielle que le *Reichsgericht* avait donnée en son temps⁴⁶. A vrai dire, la réduction de la portée de l'article 103 alinéa 3 à la simple prohibition du cumul des sanctions aurait marqué une régression de la protection constitutionnelle par rapport à la garantie accordée en procédure pénale. Or, tel ne pouvait être le but de la constitutionnalisation. Aussi la doctrine s'est-elle immédiatement ralliée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle pour affirmer sans hésitation qu'au-delà de la lettre de l'article 103 alinéa 3, la Loi fondamentale s'oppose tant au cumul des poursuites qu'à celui des sanctions pour les mêmes faits⁴⁷.

15. L'extension de l'interdiction du cumul des poursuites à celle du cumul des sanctions pour les mêmes faits est également visible en droit international. La tendance est particulièrement nette en matière de protection des droits de l'homme.

Dans les accords internationaux relatifs aux droits de l'homme, adoptés après la seconde guerre mondiale comme la Loi fondamentale allemande, l'interdiction du cumul des sanctions est systématiquement accolée à celle du cumul des poursuites. Il en est ainsi dans l'article 14-7 du Pacte international sur les droits civils et politiques, signé à New York le 19 décembre 1966 et applicable dans tous les Etats de l'Union, selon lequel : « *nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un*

⁴³ Arrêt du *Reichsgericht* du 5 oct. 1921, précité. On trouve aussi la formule : « *un jugement définitif s'oppose à une nouvelle poursuite pénale pour les mêmes faits* », arrêt du *Reichsgericht* du 9 janv. 1934, précité.

⁴⁴ Et réciproquement, elle invaliderait le prononcé de plusieurs sanctions pour les mêmes faits même si ce cumul est effectué au sein d'une poursuite unique. La jurisprudence a pourtant refusé de s'engager dans cette voie : BGH 30 août 1978, *J.R.* 1979, p. 299 et s ; obs. GRÜNWARD.

⁴⁵ Arrêt du 18 déc. 1953, *BVerfGE*, vol. n° 3, p. 248 et s., spéc. p. 251.

⁴⁶ Voir *supra*, note n° 42.

⁴⁷ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 173, p. 1407 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 25, p. 13.

jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays ». L'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : « Protocole n° 7 à la CEDH »), nettement inspiré de la stipulation du Pacte international, prévoit de façon très similaire que : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* ». Enfin, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi* »⁴⁸.

De nombreux auteurs contemporains ajoutent également à la définition traditionnelle de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits la prohibition du cumul des sanctions⁴⁹. Et la tendance va en s'accroissant. Est-ce à dire que désormais, les questions du cumul des poursuites et des sanctions sont devenues indissociables et qu'il faut nécessairement les traiter conjointement ?

16. Nous ne le pensons pas. Seule l'interdiction de poursuivre des faits ayant déjà donné lieu à une décision définitive sera envisagée dans cette étude. Cette délimitation du domaine de recherche au versant procédural de la vaste question des cumuls de répression soulève deux questions. Pourquoi, d'une part, se limiter à l'étude de la question du cumul des poursuites et

⁴⁸ Dans les trois dispositions, c'est nous qui soulignons les termes en italique.

⁴⁹ L. DANAN, *op. cit.*, p. 2 (formule également reprise aux pages 4 et 20) : « *la règle non bis in idem (...) intervient pour s'opposer à la gémiation de la peine et à la succession des poursuites* ». Cet auteur estime ainsi que la règle *non bis in idem* intervient d'une part comme une règle de fond, « *pour que le même fait ne soit pas puni deux fois* » (p. 2), « *dans le cadre du concours idéal d'infractions* » (p. 20), d'autre part « *comme une règle procédurale dans le cadre de l'autorité de la chose jugée* » (p. 20) ; J.-H. ROBERT engage un article intitulé « Application ou non-application de la règle *non bis in idem* entre les sanctions pénales, civiles et administratives » par la phrase suivante : « *La question posée et de savoir si un même comportement peut faire l'objet de plusieurs poursuites tendant à des sanctions de natures différentes (...)* », *Archives de politique criminelle*, n° 7, 1984, p. 136-144 ; voir également M. PRALUS : « A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : *Non bis ?* », *Archives de politique criminelle* 1996, p. 37-71, n° 1 (p. 37) ; A. GUINCHARD, *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale – Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, Préface Y. Mayaud, LGDJ, 2003, n° 903 ; C. SAAS, *op. cit.*, n°s 290 et 296 ; F.-C. SCHROEDER, *op. cit.* : présentant les différentes fonctions de la règle *ne bis in idem*, l'auteur cite d'abord l'interdiction matérielle de la double sanction, puis l'interdiction d'engager une nouvelle procédure dans le but de modifier la sentence si la culpabilité de la personne mise en cause n'avait pas été retenue ou d'alourdir la sanction s'il en avait été prononcé une (*Nachschlagverbot*) et enfin, l'interdiction générale de poursuivre plusieurs fois une même personne pour les faits ; en ce sens également, G. DANNECKER : « Community Fines and non-member State Sanctions : the Effect of the Principle « *ne bis in idem* », in *Neighbours in Law, Are Common Law and Civil Law Moving Closer Together ? Papers in honour of Barbara Huber on her 65th birthday*, dir. A. Eser et Ch. Rabenstein, Freiburg, iuscrim, 2001, p. 154-186, spéc. p. 160-163 ; A. WEYEMBERGH, *op. cit.*, spéc. p. 337.

laisser de côté celle du cumul des sanctions alors que, les poursuites étant en principe engagées dans le but d'infliger une sanction, l'interdiction du cumul des sanctions semble constituer l'objectif final de celle du cumul des poursuites ? Pourquoi, d'autre part, ne pas appréhender la question du cumul des qualifications pour les mêmes faits alors que, si ce type de cumul était définitivement éradiqué, cela aurait des effets très positifs en termes de limitation des autres types de cumul ? Sans plus attendre, il convient d'exposer les raisons qui ont présidé à la limitation de cette étude au problème du renouvellement des *poursuites* pour des faits sur lesquels il a déjà été statué définitivement.

B. La pertinence de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits

17. Le choix d'étudier l'interdiction de poursuivre des faits ayant déjà fait l'objet d'une décision définitive procède d'un triple constat. Premièrement, les trois interdictions de cumul se distinguent quant à leurs fonctions. Or, traiter simultanément de plusieurs institutions juridiques peut devenir une entreprise périlleuse lorsque celles-ci ne présentent pas les mêmes enjeux. En particulier, il apparaît que l'interdiction du cumul des qualifications dans une poursuite unique ne possède pas de fonction propre par rapport aux deux autres interdictions (1). Deuxièmement, l'adjonction désormais courante de l'interdiction du cumul des sanctions à celle du cumul des poursuites, qui provient certainement d'un souci d'amélioration de la protection du justiciable contre toute sorte de cumul, est dangereuse. En effet, bien qu'établie aux côtés de l'interdiction du cumul des poursuites, l'interdiction du cumul des sanctions tend à en devenir autonome et même à se développer aux dépens de l'interdiction du cumul des poursuites (2). Troisièmement, l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits présente l'intérêt spécifique d'obliger à une certaine cohérence dans l'exercice de la répression, ce qui en fait l'objet d'étude le plus digne d'intérêt (3).

1. L'absence de fonction propre de l'interdiction du cumul des qualifications dans une poursuite unique

18. Afin de mettre en lumière l'absence de fonction propre de l'interdiction du cumul des qualifications dans une poursuite unique, il faut présenter successivement les fonctions des trois interdictions de cumul.

a. Les fonctions de l'interdiction du cumul des poursuites

19. Proscrire le renouvellement des poursuites à l'encontre d'une personne pour des faits sur lesquels la justice répressive a déjà définitivement statué procède, tout d'abord, de la volonté de mettre un terme aux débats judiciaires, de fixer la situation juridique de façon certaine et de permettre le retour à ce que la doctrine allemande appelle la 'paix juridique' (*Rechtsfrieden*). La stabilité juridique ainsi assurée est profitable à tous et contribue indubitablement à la paix sociale. Or, cette stabilité juridique ne serait jamais atteinte s'il était possible à tout moment, jusqu'à l'acquisition de la prescription, d'engager une nouvelle action tendant à juger à nouveau la même affaire.

A côté de cette fonction intéressant la société tout entière, s'est développée l'idée de protection du justiciable contre la puissance publique, pour le cas où celle-ci s'autoriserait à le poursuivre plusieurs fois pour les mêmes faits, voire à pratiquer un véritable acharnement judiciaire contre lui. L'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits élimine la menace, pesant contre l'auteur de faits répréhensibles, de ne jamais être laissé en repos, malgré l'existence d'une décision définitive à propos des faits commis. Pour sa capacité à assurer la sécurité juridique personnelle du justiciable, la règle *ne bis in idem* a d'ailleurs été promue au rang de droit de l'homme.

b. Les fonctions de l'interdiction du cumul des sanctions

20. Interdire de punir plusieurs fois une personne pour les mêmes faits révèle sans aucun doute le souci de ne pas la sanctionner trop sévèrement par rapport à l'acte réalisé, à la violation commise et au tort porté à la société et aux victimes. C'est pourquoi le Code pénal allemand prévoit en son paragraphe 52 alinéa 1^{er}, applicable au concours de qualifications au sein d'une poursuite unique, que dans l'hypothèse de l'« unité d'action » (*Tateinheit*), une peine unique doit être prononcée même si les faits réalisent plusieurs infractions pénales⁵⁰.

Selon la doctrine allemande, cette réglementation trouve sa justification dans le fait que la superposition des peines augmenterait la souffrance du condamné jusqu'à dépasser la mesure de sa culpabilité⁵¹. En outre, l'exécution de longues peines privatives de liberté les unes après les autres en change le caractère : elles pourraient devenir une peine perpétuelle. Par ailleurs, la commission d'un seul fait matériel, même si elle porte atteinte à plusieurs lois pénales, doit

⁵⁰ Pour le texte du § 52 StGB, voir *supra*, note n° 36.

⁵¹ W. STREE, « Vorbemerkungen §§ 52 et s. », n° 4, p. 763.

être jugée, eu égard à la culpabilité moindre, moins sévèrement que la commission de plusieurs faits distincts⁵². Au travers de ces réflexions, on perçoit la volonté de mettre en œuvre le principe de proportionnalité des peines par rapport à la gravité des faits et à la culpabilité de leur auteur⁵³.

21. En France, le cumul des sanctions est bien plus largement répandu qu'en Allemagne. L'article 132-3 du Code pénal permet explicitement le cumul des peines de nature différentes⁵⁴ lorsque plusieurs qualifications sont retenues pour les mêmes faits au sein d'une décision unique. De plus, le cumul des peines est souvent organisé par les dispositions de droit pénal spécial. Il suffit de feuilleter le Code pénal français pour constater que la plupart des incriminations sont assorties de plusieurs peines prononçables par le juge, souvent l'emprisonnement et l'amende⁵⁵. A côté des peines principales, le droit pénal comporte, en outre, nombre de peines parallèles, connues sous le nom de peines accessoires⁵⁶ et de peines complémentaires⁵⁷, qui se cumulent fréquemment avec les peines principales – phénomène beaucoup moins développé en Allemagne⁵⁸. A vrai dire, ces possibilités de cumuler les peines pour les mêmes faits sont rarement contestées par la doctrine française. Elles sont même saluées dans la mesure où elles permettent la mise en œuvre du principe d'individualisation

⁵² H.-H. JESCHECK et T. WEIGEND, *op. cit.*, § 67, n° 1, p. 718 ; F.-Ch. SCHROEDER, *op. cit.*, p. 228.

⁵³ Le principe de proportionnalité des peines découle du principe général de proportionnalité, consacré par la Cour constitutionnelle fédérale comme principe à valeur constitutionnelle directement tiré du principe de l'Etat de droit, décision du 15 déc. 1965, *BVerfGE*, vol. n° 19, p. 342 et s., spéc. p. 348.

⁵⁴ Aux termes de l'art. 132-3 CP : « Lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé ».

⁵⁵ Néanmoins, l'art. 132-17 al. 2 CP nous apprend que « la juridiction peut ne prononcer que l'une des peines encourues pour l'infraction dont elle est saisie ».

⁵⁶ Les peines accessoires sont des sanctions découlant de plein droit du prononcé d'une peine principale. Malgré la volonté affichée, lors de la préparation du nouveau Code pénal, de supprimer ces peines critiquées pour leur automatisme et l'introduction consécutive dans le Code de l'art. 132-17 al. 1, aux termes duquel « aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a pas expressément prononcée », toutes les peines accessoires n'ont pas disparu, F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 947.

⁵⁷ Les peines complémentaires sont spécialement prévues pour chaque infraction et destinées à compléter les peines principales, art. 131-10 et 131-43 CP. Elles peuvent toujours être prononcées cumulativement aux peines principales, sauf la possibilité de prononcer une peine complémentaire à titre principal, art. 131-11 et 131-44 CP.

⁵⁸ J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, Préface R. Koering-Joulin, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, tome 2, n° 960 et s.

des peines⁵⁹, sauf lorsque la peine cumulée est l'interdiction du territoire français, encourue par les délinquants de nationalité étrangère⁶⁰.

Apparue pour certaines infractions à la législation sur les stupéfiants, puis étendue en matière d'entrée et de séjour des étrangers et, enfin, à plus de deux cents infractions dans des domaines variés⁶¹, cette sanction couramment appelée « la double peine » est dénoncée par une partie de la société civile⁶². Mais si elle dérange, ce n'est pas tant parce qu'elle constitue une seconde sanction pour les mêmes faits, puisqu'en vertu de l'article 131-11 du Code pénal, elle peut être prononcée seule à titre principal ; en outre, le prononcé d'une seconde sanction guidé par le principe d'individualisation des peines n'est, en soi, nullement contesté. La « double peine » fait l'objet de critiques sur le plan de sa pertinence en termes de politique pénale⁶³ et parce qu'elle choque par sa sévérité⁶⁴ – on retrouve ici l'exigence de proportionnalité. Par ailleurs, la peine d'interdiction du territoire français heurte un certain idéal humaniste favorable à l'accueil de l'étranger et à la migration des populations⁶⁵.

22. En bref, il n'existe pas en France d'interdiction générale du cumul des sanctions pour les mêmes faits. Le Conseil constitutionnel l'a confirmé en précisant que la règle du non cumul des peines en matière de crimes et délits « *n'a que valeur législative et qu'il peut donc toujours y être dérogé par une loi* »⁶⁶. Pourtant, l'influence du principe de proportionnalité des peines, observée en Allemagne à propos du paragraphe 52 du Code pénal allemand, se fait

⁵⁹ J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, tome 2, n^{os} 808 et 811.

⁶⁰ Art. 131-30 CP : « *Lorsqu'elle est prévue par la loi, la peine d'interdiction du territoire français peut être prononcée, à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou d'un délit (...)* ».

⁶¹ J.-L. GUERRIVE, « "Double peine" et police des étrangers », *D.* 2002, chron., p. 829.

⁶² Pour l'analyse de ce mouvement, voir : M. H. ABDALLAH, « Pour en finir avec la double peine (1989-1992) », *Plein Droit*, n^o 56, mars 2003, p. 36-39 ; V. CARRERE, « Les bannis des banlieues », *Plein Droit*, n^o 45, « Double peine », mai 2000, p. 17-21. A noter, la création en juin 1990 du « Comité national contre la double peine ». Une campagne en faveur de la suppression de la peine d'interdiction du territoire français a été engagée à l'initiative du milieu associatif, elle est soutenue par des artistes – on citera pour exemple le film de Bertrand Tavernier *Histoires de vies brisées* et la chanson du groupe Zebda *Double peine* (Album *Essence ordinaire*).

⁶³ M. HOESTLAND et C. SAAS, « L'I.T.F., une peine injustifiable », *Plein Droit*, n^o 45, p. 12-16 ; A. NASRI, « Brèves réflexions sur le fondement de l'interdiction du territoire français », *Droit pénal*, fév. 2000, chron. n^o 5, p. 4-5.

⁶⁴ La peine d'interdiction du territoire français est d'une pénibilité particulière par rapport aux autres peines complémentaires. Ainsi que le note N. FERRE : « *Qu'y a-t-il de commun entre un retrait de permis de conduire, l'interdiction temporaire d'exercer l'activité à l'origine de l'infraction ou d'utiliser une carte bancaire, et l'interdiction de vivre, pendant des années, voire de façon définitive, dans le pays où l'on a tissé des liens indélébiles ?* » in « Un rendez-vous manqué », *Plein Droit*, n^o 45, p. 5-9 (p. 9). En outre, cette peine peut être prononcée à titre définitif, alors que la plupart des peines complémentaires sont limitées dans le temps.

⁶⁵ La réduction du champ d'application de l'I.T.F. par la loi n^o 2003-1119 du 26 nov. 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n'a que partiellement répondu à la critique (voir les art. 131-30-1 et 131-30-2 CP).

⁶⁶ Déc. n^o 82-143 DC du 30 juil. 1982, Rec. p. 57 et s., cons. n^o 12 p. 59.

sentir. Ainsi, le Conseil constitutionnel considère que « *le principe de proportionnalité [découlant de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'homme de 1789, selon lequel „la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires“] implique que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé* »⁶⁷. Une limite est donc posée au cumul des sanctions pour qu'il reste compatible avec l'exigence de proportionnalité des peines. Mais il s'agit bien d'un *encadrement* du cumul des sanctions et non de la prohibition complète de ce cumul⁶⁸. Ainsi, du point de vue français, l'adjonction de l'interdiction du cumul des sanctions à celle du cumul des poursuites ne peut pas être regardée comme le prolongement d'une fonction générale de non cumul des sanctions pour les mêmes faits. Elle ne peut avoir pour fonction que de limiter les effets pervers du cumul des poursuites en termes de proportionnalité de la répression.

Quoi qu'il en soit, contrairement à l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits, l'interdiction du cumul des sanctions ne se préoccupe ni de stabilité juridique dans l'intérêt social, ni de protection de l'individu contre la menace perpétuelle d'être à nouveau inquiété pour les mêmes faits, mais tend uniquement à garantir une certaine proportionnalité dans l'exercice du droit de punir. Ainsi, les fonctions des deux interdictions se distinguent nettement. Il est temps d'en venir à l'interdiction du cumul des qualifications pour les mêmes faits au sein d'une poursuite unique.

c. La pertinence du cumul des qualifications dans une poursuite unique

23. L'identification des fonctions de l'interdiction du cumul des qualifications pour les mêmes faits dans une décision unique, pratiquée en France, reste infructueuse. Selon MM. Merle et Vitu⁶⁹, la règle du choix entre les qualifications trouve sa justification dans deux considérations. La première repose dans la théorie du conflit de lois : plusieurs dispositions légales existent, mais elles n'ont pas vocation à s'appliquer concomitamment. Il faut, lors de

⁶⁷ Déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, Rec. p. 49 et s., cons. n° 85 p. 65, obs. V. BÜCK, *RSC* 2002 p. 674. Le principe est le même pour le cumul d'une sanction pénale avec une sanction administrative, déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, Rec. p. 333 et s., cons. n° 41, p. 341.

⁶⁸ Le Conseil constitutionnel affirme bien, en utilisant le pluriel, que « *les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé* », c'est nous qui soulignons.

⁶⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, n° 393.

la qualification, choisir celle qui est le mieux adaptée⁷⁰. Mais, plutôt que d'une véritable fonction que poursuivrait l'interdiction du cumul des qualifications, il s'agit là de la mise en œuvre d'une considération de pure technique juridique.

La seconde justification est moins convaincante encore. L'interdiction du cumul des qualifications serait une exigence posée par la règle *ne bis in idem*. Or, nous avons vu qu'à l'origine, la règle était de nature procédurale, puisqu'elle empêchait le cumul des actions relatives pour les mêmes faits, et que son rapprochement du problème du concours de qualifications n'était que le fruit d'une construction doctrinale assez récente⁷¹.

24. A vrai dire, loin d'être systématiquement critiquable, la possibilité de retenir, dans une décision, plusieurs qualifications pour les mêmes faits peut s'avérer opportune. Il est tout à fait judiciaire de retenir la culpabilité d'une personne à raison de plusieurs chefs d'accusation, lorsque ceux-ci touchent à des valeurs sociales différentes, afin que l'auteur des faits perçoive bien tous les aspects du reproche formulé par la société⁷². La décision y gagne beaucoup pédagogiquement.

Ce n'est que lorsque le cumul de qualifications permet le cumul disproportionné des sanctions qu'il mérite la réprobation. On peut même se demander si, en France, l'interdiction du cumul des qualifications dans une même décision n'a pas été développée par la jurisprudence et la doctrine précisément pour éviter le cumul des sanctions⁷³, étant donné que le Code pénal français ne contient pas de disposition prohibant le cumul des sanctions en cas d'unité de fait à l'image du paragraphe 52 du Code pénal allemand. Mais alors, il faut bien constater que l'interdiction du cumul des qualifications ne poursuit pas de fonction propre. Par ailleurs, l'on perçoit clairement qu'une interdiction généralisée du cumul des qualifications aurait pour

⁷⁰ La théorie du conflit de lois concurrentes a été élaborée en Allemagne au XIX^{ème} siècle par Von Liszt et importée en France par J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, tome 1, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1927, p. 124 ; note sous Cass. crim. 25 fév. 1921, *Sirey* 1923, 1, p. 89-90. Voir M. PUECH, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, n° 895-902 (p. 326-328) et M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 2^{ème} éd. 1999, n° 189 (p. 262-263).

⁷¹ Voir *supra*, p. 25.

⁷² En ce sens, A. LEGAL, note sous Cass. crim. 30 janv. 1937, *Sirey* 1939.I. 193, spéc. 195 ; L. DANAN, *op. cit.*, p. 140-141 : « Lorsque le fait constitue une atteinte à plusieurs incriminations, l'une peut correspondre à la protection des intérêts privés, mais l'autre en revanche peut viser les intérêts de la collectivité. Or, si elle ne peut retenir qu'une qualification, la jurisprudence se trouve empêchée de prendre en considération tous les intérêts », voir également p. 145 ; W. STREE, « § 52 », *Strafgesetzbuch Kommentar* (Schönke-Schröder), München, C.H. Beck, 26^{ème} éd. 2001, n° 2 ; H.-H. JESCHECK et T. WEIGEND, *op. cit.*, § 67, n° 1, p. 718.

⁷³ Les propos de R. Merle et A. Vitu sont très révélateurs en ce sens : « (...) la règle *non bis in idem* (...) traduit un principe général de notre droit processuel : nul ne peut être sanctionné deux fois à propos du même fait répréhensible. Dès lors, même si le fait unique commis par le délinquant est susceptible de plusieurs qualifications, le juge doit choisir la « plus haute », c'est-à-dire la plus sévèrement réprimée, et négliger les autres », in *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, n° 393.

avantage incontestable de rendre impossible le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits sous une qualification différente. Cependant, dans ce contexte comme dans le précédent, l'interdiction du cumul des qualifications n'a plus de fonction propre, mais constitue seulement le moyen d'éviter un autre cumul – ici celui des poursuites.

Eradiquer le cumul des qualifications pour les mêmes faits de façon générale ne paraît donc pas justifié. Cela ne constituerait qu'un remède disproportionné aux problèmes distincts du cumul des sanctions et des poursuites. Ainsi, la présente étude ne s'attardera pas sur la question du cumul des qualifications.

25. Il reste donc à déterminer s'il est pertinent d'envisager conjointement l'interdiction du cumul des poursuites et des sanctions pour les mêmes faits, comme y invitent les stipulations internationales en matière de droits de l'homme et la doctrine, ou s'il est plus judicieux de s'en tenir à l'étude de l'une des deux interdictions. La tendance à l'autonomisation de l'interdiction du cumul des sanctions par rapport à celle du cumul des poursuites, qui menace déjà de provoquer le délaissement de la seconde au profit de la première, est un élément de poids en faveur de la deuxième branche de l'alternative.

2. Le danger de l'adjonction de l'interdiction du cumul des sanctions à celle du cumul des poursuites

26. A première vue, il peut sembler justifié d'adjoindre l'interdiction du cumul des sanctions à celle du cumul des poursuites. Pourtant, une interrogation apparaît : quelle peut être la portée de l'interdiction du cumul des sanctions dans un contexte où le cumul des poursuites est déjà proscrit ? Lorsqu'il est effectivement fait obstacle au cumul des poursuites pour les mêmes faits, le cumul des sanctions est d'emblée évité, auquel cas la prohibition de ce cumul ne sert à rien. En revanche, si plusieurs poursuites ont lieu, le second volet de l'interdiction retrouve toute sa pertinence. Or, dans cette voie étroite, l'interdiction du cumul des sanctions tend à s'autonomiser par rapport à celle du cumul des poursuites.

Ce cas de figure s'est présenté devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande dès 1953⁷⁴, dans une affaire qui mérite d'être rappelée, bien que la solution donnée par la Cour ne soit plus en vigueur en raison d'un changement législatif intervenu en 1987. Une première poursuite avait abouti au prononcé d'une sanction par ordonnance pénale (*Strafbefehl*), qui

⁷⁴ Arrêt du 18 déc. 1953, *BVerfGE*, vol. n° 3, p. 248 et s., spéc. p. 251.

consiste en une décision écrite prise en l'absence d'audience et à laquelle la jurisprudence déniait à l'époque toute autorité de la chose jugée, si bien que la règle *ne bis in idem* ne pouvait s'appliquer. Le condamné avait dû s'acquitter d'une faible amende. Une seconde poursuite avait ensuite débouché sur une condamnation à une amende plus importante. La Cour constitutionnelle n'invalida pas la seconde poursuite, mais elle précisa que l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale s'opposait à ce que le cumul des poursuites débouchât sur un cumul des sanctions. La sanction prononcée par ordonnance pénale fut donc déclarée caduque.

Cette décision montre bien comment, lorsque les conditions d'application de l'interdiction du cumul des poursuites ne sont pas remplies, l'interdiction du cumul des sanctions prend toute sa pertinence. Or, les situations dans lesquelles l'interdiction du cumul des poursuites n'est pas mise en œuvre se multiplient. Le processus d'autonomisation de l'interdiction du cumul des sanctions tend alors à se généraliser et à entraîner le délaissement de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits. On le constate en droits allemand – mais l'exemple est, cette fois, toujours d'actualité –, français et communautaire, ainsi que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

a. En droit allemand

27. Si l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale est interprété par la jurisprudence comme prohibant tant le cumul des poursuites pour les mêmes faits que celui des sanctions⁷⁵, cela n'est pas transposable aux cas où la première poursuite a été effectuée par une autorité étrangère. En effet, la Cour constitutionnelle considère que l'article 103 alinéa 3 n'est pas applicable dans les rapports internationaux⁷⁶. Elle valide ainsi le cumul d'une poursuite étrangère et d'une poursuite allemande pour les mêmes faits⁷⁷. Il n'est fait exception à ce type de cumul que depuis l'entrée en vigueur de la Convention d'application de l'accord de

⁷⁵ Voir *supra*, p. 26.

⁷⁶ La Cour constitutionnelle refusa l'application de l'art. 103 al. 3 dans une affaire où la première poursuite avait été effectuée par des autorités de l'ex-Allemagne de l'Est, décision du 17 janv. 1961, *BVerfGE*, vol. n° 12, p. 62-81. Elle confirma sa position en 1987, à propos de poursuites effectuées par des autorités grecques, décision du 31 mars 1987, *BVerfGE*, vol. n° 75, p. 1 et s..

⁷⁷ Ce cumul est également admis par le Code de procédure pénale allemand. Néanmoins, au chapitre des exceptions au principe de légalité des poursuites, il est mentionné le cas de faits pour lesquels l'auteur a déjà subi une peine à l'étranger ou a été acquitté au terme d'un jugement définitif. Le § 153c al. 1 n° 3 prévoit alors que le ministère public peut s'abstenir de poursuivre si, dans l'hypothèse où une peine a été prononcée et exécutée, il est probable que la peine qui sera prononcée par les juridictions allemandes ne sera pas supérieure à la première, de sorte qu'il n'en restera rien après l'imputation de la peine étrangère.

Schengen du 19 juin 1990, dont l'article 54 consacre la règle *ne bis in idem*⁷⁸, pour les cas où la première poursuite émane des autorités d'un Etat lié par cette Convention.

En ce qui concerne le sort des sanctions lorsque le cumul des poursuites a lieu, le paragraphe 51 alinéa 3, 1^{ère} phrase du Code pénal impose l'imputation de la peine étrangère déjà exécutée sur la peine prononcée par les juridictions nationales. Le droit allemand permet donc qu'à la suite d'une première poursuite effectuée dans un Etat n'appartenant pas à l'espace Schengen, une seconde poursuite soit engagée en Allemagne pour les mêmes faits, se contentant d'exclure le cumul des sanctions issues de ces deux poursuites. L'autonomisation de l'interdiction du cumul des sanctions par rapport à celui du cumul des poursuites a bien lieu. Voyons ce qu'il en est sur la rive gauche du Rhin.

b. En droit français

28. En France également, on trouve des cas où le cumul des poursuites est admis à la condition qu'il n'entraîne pas le cumul des sanctions. On observe ce phénomène dans des hypothèses où deux types de répression, la répression pénale et la répression administrative, peuvent être exercées parallèlement, en réponse aux mêmes faits, notamment en matière fiscale et boursière.

Le Conseil constitutionnel considère que l'exercice cumulatif des deux types de répressions pour les mêmes faits ne heurte pas la Constitution. Il se contente, en effet, de poser une limite au cumul des sanctions résultant des deux poursuites, admettant donc implicitement le cumul des poursuites : « *lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »⁷⁹. Dans sa décision du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil prend d'ailleurs la précaution d'affirmer que l'article II-110 du Traité consacrant la règle *ne bis in idem*⁸⁰ « *concerne*

⁷⁸ L'art. 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen prévoit qu'« *une personne qui a été définitivement jugée dans un Etat partie ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie dans un autre Etat partie (...)* ».

⁷⁹ Déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, Rec. p. 333-343, cons. n° 41, p. 341.

⁸⁰ Aux termes de l'article II-110, « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif* ».

exclusivement le droit pénal et non les procédures administratives ou disciplinaires », avant de conclure qu'elle ne pose pas de problème de conformité au droit constitutionnel français⁸¹.

La Cour de cassation⁸² et le Conseil d'Etat⁸³ statuant dans le même sens que le Conseil constitutionnel, le cumul des poursuites pénales et administratives pour les mêmes faits est valide, tandis que le cumul des sanctions qui en résulte fait l'objet d'un encadrement. L'on décèle ici une nouvelle marque d'autonomisation de l'interdiction du cumul brut des sanctions par rapport à celle du cumul des poursuites.

c. En droit communautaire

29. Une troisième illustration de l'autonomisation de l'interdiction du cumul des sanctions provient de la mise en œuvre du droit communautaire répressif parallèlement aux droits répressifs nationaux. La Cour de justice des Communautés européennes s'est trouvée confrontée au problème de la dualité de répression à l'encontre de certaines pratiques anticoncurrentielles depuis que la Commission européenne exerce des compétences en la matière parallèlement aux autorités nationales.

Dans une affaire où était en cause une entente suspecte entre des entreprises, qui provoqua l'ouverture d'une procédure communautaire diligentée par la Commission et d'une procédure de nature administrative déclenchée par l'office fédéral allemand des cartels (*Bundeskartellamt*), la Cour de Luxembourg valida la double poursuite en se fondant sur la coexistence de deux ordres juridiques juxtaposés : « *l'admissibilité de cette double procédure résulte en effet du système particulier de répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres en matière d'ententes* »⁸⁴. Pourtant, elle prit le soin de préciser que le cumul des poursuites ainsi admis ne pouvait déboucher sur un cumul brut des sanctions. Selon

⁸¹ Décision n° 2004-505 DC -19 nov. 2004, cons. n° 20 et 22.

⁸² Cass. Crim. 20 juin 1996, *D.* 1997, p. 249-251, note TIXIER et LAMULLE ; 6 nov. 1997, *Droit fiscal* 1998, p. 768-771, note CLIQUENNOIS ; 4 juin 1998, Bull. crim. n° 186 ; 1^{er} mars 2000, Bull. crim. n° 98.

⁸³ CE, 9^{ème} et 8^{ème} sous-sections, Avis du 4 avril 1997, req. n° 183 658, M. Jammet, et Conclusions du commissaire du Gouvernement F. LOLOUM, *Droit fiscal* 1997, p. 794-798.

⁸⁴ CJCE 13 fév. 1969, *Walt Wilhelm*, aff. C-14/68, Rec. p. 1 et s., spéc. p. 16, point 11. Les conclusions de l'avocat général K. ROEMER, présentées le 19 déc. 1968, sont particulièrement claires sur l'inapplicabilité de l'interdiction du cumul des poursuites : « (...) nous estimons qu'au sens où l'entendent les demandeurs, le principe non bis in idem est applicable dans le cadre de l'ordre juridique interne des Etats membres, mais qu'il n'est pas valable lorsqu'il s'agit des rapports entre le droit national et le droit communautaire », Rec. p. 26.

les juges communautaires, « *une exigence générale d'équité implique qu'il soit tenu compte de la sanction première prononcée par l'autorité qui s'apprête à en édicter une seconde* »⁸⁵.

30. L'autonomisation ainsi observée de l'interdiction du cumul des sanctions par rapport à celle du cumul des poursuites pour les mêmes faits ne mériterait pas qu'on lui prête davantage d'attention si elle restait confinée à des cas particuliers. Mais son expansion est telle⁸⁶ que l'interdiction du cumul des sanctions tend à prendre le dessus par rapport à l'interdiction du cumul des poursuites et que, de proche en proche, le droit positif semble finalement accepter le cumul des poursuites lorsque le cumul brut des sanctions est évité. On observe ce phénomène dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de situations dans lesquelles plusieurs poursuites de nature pénale avaient été effectuées au sein d'un même Etat.

d. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

31. Dans l'arrêt *Oliveira contre Suisse* rendu le 30 juillet 1998⁸⁷, la Cour européenne des droits de l'homme estima que la provocation d'un accident de la route pouvait faire l'objet d'une première poursuite pénale pour défaut de maîtrise du véhicule, puis d'une seconde poursuite pénale pour lésion corporelle par imprudence, sans entraîner la violation de l'article 4 du Protocole n° 7. Les juges estimèrent qu'« *il s'agit là d'un cas typique de concours idéal d'infractions* », ne contrevenant pas à l'article 4 du Protocole n° 7, « *dès lors que celui-ci prohibe de juger deux fois une même infraction* »⁸⁸.

L'on peut objecter à ce raisonnement que, si le dédoublement des qualifications en cas de concours d'infractions n'a *a priori* rien de choquant, il revêt un caractère nettement plus

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ De façon plus surprenante encore, cette autonomisation a été opérée pour exciper de l'interdiction du cumul des sanctions alors qu'une seule poursuite avait eu lieu. Ainsi, certains plaideurs ont récemment invoqué l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la CEDH pour combattre le prononcé de plusieurs peines au sein d'une décision unique. Mais ni la Cour européenne des droits de l'homme ni la Cour de cassation française ne s'y trompèrent. L'impossibilité d'invoquer l'art. 4 du Protocole n° 7 dans cette hypothèse ressort très clairement du rapport explicatif du Protocole n° 7 : « *Le principe (...) s'applique uniquement après l'acquiescement ou la condamnation de l'intéressé par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénales de cet Etat. Cela signifie qu'il doit y avoir eu un jugement définitif [à savoir une décision passée en force de chose jugée, ou encore irrévocable, c'est-à-dire qu'elle n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ou que les parties ont épuisé ces voies ou laissé passer les délais sans les exercer, en vertu de la définition contenue dans le rapport explicatif de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs]* » (§ 29) ; voir les arrêts CEDH *Göktan c. France*, 2 juil. 2002, Requête n° 33402/96 ; Cass. crim. 4 sept. 2002, Bull. crim. n° 157.

⁸⁷ Recueil 1998-V, Req. n° 25711/94, obs. R. KOERING-JOULIN, *RSC* 1999, p. 408 ; H. MOCK, *RTDH* 1999, p.623-636 et O. BACHELET, *JDI* 1999, p. 255-257.

⁸⁸ Point 26 de l'arrêt.

critiquable lorsque ce dédoublement provoque un cumul des poursuites. C'était le cumul des poursuites *en soi* dont il fallait étudier l'admissibilité, et non le fait que plusieurs qualifications pénales ont été retenues. Les juges ressentent d'ailleurs le malaise puisqu'ils précisent : « *Il aurait certes été plus conforme aux principes d'une bonne administration de la justice que, les deux infractions provenant d'un même fait pénal, elles fussent sanctionnées par une seule juridiction, dans une procédure unique* »⁸⁹.

Le mélange des genres continue quelques lignes plus loin. Les juges ajoutent qu'il n'a été d'autant moins enfreint à l'article 4 du Protocole n° 7, « *qu'en l'occurrence, il n'y a pas eu cumul des peines mais absorption de la plus légère par la plus lourde* ». L'on ne peut guère s'empêcher de penser que, parce que le cumul de sanctions était évité et le cumul de qualifications irréprochable en l'espèce, la Cour s'est montrée peu exigeante quant au cumul des poursuites. En fait, la Cour a adopté une conception étroite de l'interdiction de cumul, subordonnant celle-ci à l'identité de qualifications juridiques dans les deux poursuites et non simplement à l'identité de faits matériels, alors qu'elle avait retenu l'identité de « *comportement* » comme suffisante pour déclencher la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* dans une espèce similaire trois ans plus tôt⁹⁰.

32. Dans l'arrêt Fischer contre Autriche, du 29 mai 2001, la Cour européenne des droits de l'homme est partiellement revenue sur sa position. Elle considère désormais qu'il lui appartient de vérifier si les qualifications juridiques fondant les différentes poursuites comportent les mêmes éléments essentiels, auquel cas la seconde poursuite violerait l'article 4 du Protocole n° 7⁹¹. Mais le principe reste celui de l'interdiction du cumul de poursuites pour la même qualification juridique.

Ainsi, l'autonomisation de l'interdiction du cumul des sanctions constatée plus haut dans des affaires où le cumul des poursuites était admis en raison de circonstances particulières se produit également dans le domaine pénal, terreau de la règle *ne bis in idem*, où la Cour européenne semble désormais se satisfaire du non cumul des sanctions. Du reste, dans son arrêt Nikitin contre Russie du 20 juillet 2004, la Cour s'exprime délibérément en ce sens⁹². En

⁸⁹ Point 27 de l'arrêt.

⁹⁰ Arrêt Gradinger c. Autriche, 23 oct. 1995, req. n° 15963/90, série A, n° 328-C, obs. R. KOERING-JOULIN, RSC 1996, p. 487.

⁹¹ Req. n° 37950/97, § 25 (l'arrêt n'est disponible qu'en anglais).

⁹² Arrêt Nikitin c. Russie, 20 juil. 2004, req. n° 50178/99, sélectionné pour publication, CEDH 2004-III, obs. F. MASSIAS, RSC 2005, p. 641, point 35 : « *Dans l'arrêt Oliveira contre Suisse, le fait que les sanctions*

quelque sorte, le cumul des poursuites proscrit par la règle *ne bis in idem* dès son apparition dans le droit antique serait devenu inutile lorsque le cumul des sanctions est évité, comme si le seul inconvénient du cumul des poursuites résidait dans celui du cumul des sanctions...

33. Pour éviter de telles approximations, il est indispensable de trancher la question de savoir si un type de cumul doit être ou non condamné exclusivement en fonction d'arguments propres au caractère admissible ou non de ce cumul. Pour cela, rien de tel que de limiter l'analyse à un seul des types de cumul. Or, de l'interdiction du cumul des poursuites ou des sanctions pour les mêmes faits, c'est bien la première qui est fondamentale. La comparaison des fonctions des deux interdictions l'a montré et le simple fait qu'il n'existe pas, en droit français, d'interdiction générale du cumul des sanctions témoigne de l'importance moindre de cette dernière⁹³.

Bien entendu, lorsque le cumul des poursuites pour les mêmes faits ne peut être évité, le problème du cumul des sanctions réapparaît. Qu'il faille alors faire en sorte que les sanctions ne se cumulent pas purement et simplement ne fait aucun doute. Mais il s'agit là d'un autre problème, qui se pose dans un second temps, et uniquement dans les situations particulières où le cumul des poursuites s'est imposé. Ce second problème ne saurait prendre une place trop importante, au risque de porter de l'ombre au problème majeur du cumul des poursuites. L'écarter de l'analyse constitue donc une précaution légitime. En somme, étudier à lui seul le problème du cumul des poursuites permet de prendre le contre-pied de la tendance actuelle consistant à se satisfaire de l'interdiction bien imparfaite du cumul des sanctions⁹⁴. Enfin, un dernier argument invite à centrer l'étude sur l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits : la capacité de cette interdiction à imposer une certaine cohérence dans l'exercice d'une répression de plus en plus éclatée.

résultant de deux procédures n'ont pas été cumulées a été déterminant pour la conclusion que l'engagement de deux procédures pour le même acte n'entraîne pas la violation [de l'article 4 du Protocole n° 7] ».

⁹³ L'on peut certes s'offusquer d'une telle absence en droit français. Mais alors, c'est au Code pénal lui-même qu'il faut s'en prendre, notamment à son art. 132-3, qui permet le cumul des sanctions lorsque un fait matériel réalise plusieurs qualifications dans la mesure où ces sanctions sont de nature différente, et aux très nombreuses dispositions de droit pénal spécial qui prévoient plusieurs sanctions par incrimination ainsi que la possibilité de prononcer des peines complémentaires.

⁹⁴ DONNEDIEU DE VABRES faisait remarquer à propos des législations permettant une nouvelle poursuite après que les faits ont été jugés à l'étranger tout en prévoyant que la peine subie à l'étranger soit déduite : « *et l'on croit donner ainsi une satisfaction suffisante à la règle : non bis in idem* », in *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928.

3. L'intérêt spécifique de l'interdiction du cumul des poursuites

34. L'« éclatement » de la répression est un phénomène observé par de nombreux auteurs⁹⁵. Alors que la répression était traditionnellement l'affaire du droit pénal, elle prend désormais des formes multiples, à tel point qu'elle « *vient se nicher là où on ne l'attend pas, là où on ne l'attend plus* »⁹⁶. Mais l'éclatement de la répression est aussi géographique, dans la mesure où les mêmes faits peuvent être appréhendés par les autorités répressives de plusieurs Etats ou par des autorités répressives nationales et supranationales. Ce double éclatement entraîne avec lui la question de savoir si, lorsque plusieurs réponses répressives peuvent être données, il faut privilégier leur application cumulative ou alternative.

35. Contrairement à l'interdiction du cumul des qualifications au sein d'une poursuite unique, qui concerne une seule autorité de poursuite, et à l'interdiction du cumul des sanctions, qui intervient lorsqu'au moins deux autorités se sont saisies de l'affaire, l'interdiction du cumul des poursuites oblige, si on la considère avant le déclenchement de la première poursuite, à un choix de la répression à mettre en œuvre. Il pourra s'agir d'un choix entre des répressions de nature différente, par exemple pénale ou administrative, ou exercées par des Etats différents lorsque les faits matériels revêtent un caractère international, ou encore appliquées dans des ordres juridiques de niveau différent, comme le montre l'exemple du droit répressif de la concurrence mis en œuvre par les autorités nationales et la Commission européenne. Ce choix peut se faire de façon purement arbitraire : parmi les différentes autorités ayant compétence pour poursuivre les faits, la première autorité qui se saisit de l'affaire apporte sa propre réponse répressive. Devant l'existence d'une décision répressive définitive à propos de ces faits, les autres autorités qui auraient pu déclencher la mise en œuvre d'une réponse répressive différente n'ont plus qu'à s'abstenir. Mais naturellement, rien n'interdit d'opérer ledit choix de manière plus rationnelle.

Ainsi, l'interdiction de cumuler les poursuites pour les mêmes faits peut devenir un véritable moteur d'organisation de la répression, d'articulation des différentes réponses envisageables, pour appréhender un fait matériel de façon rationnelle et cohérente. Notamment, elle peut

⁹⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF / Quadrige, 2004 : voir la première partie de l'ouvrage intitulée « Eclats », spéc. p. 175 et s. ; du même auteur, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992, p. 127 et s. ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 243 et s. ; A. GUINCHARD, *op. cit.*, notamment n^{os} 3, 6 et 7.

⁹⁶ A. GUINCHARD, *op. cit.*, n^o 3 (p. 3).

inciter toute autorité s'apprêtant à engager des poursuites répressives à s'assurer qu'elle est la mieux placée pour le faire, c'est-à-dire de permettre l'application de la disposition répressive la mieux adaptée pour embrasser juridiquement le fait matériel. Mais au-delà de la diligence des autorités de poursuites, c'est à la cohérence générale du système répressif qu'en appelle l'application stricte de l'interdiction du cumul des poursuites. En effet, l'existence d'une pluralité de qualifications juridiques permettant d'appréhender les faits des hommes est un facteur de multiplication des actions répressives envisageables pour ces faits. S'en tenir, dans un espace juridique donné, à une interdiction rigoureuse du principe de non-cumul des poursuites suppose qu'au sein de cet espace, des choix clairs de politique criminelle soient effectués, afin que chaque fait matériel répréhensible soit appréhendé par le niveau de répression le mieux adapté. La lisibilité du droit répressif y gagnerait certainement.

Au sein d'un même Etat, il reviendrait essentiellement au législateur de configurer le système répressif de telle sorte que les cumuls de poursuites pour les mêmes faits disparaissent. Dans les relations internationales, lorsque les autorités de plusieurs Etats ont compétence pour juger les faits, ou lorsque une autorité interne et une autorité supranationale de répression sont parallèlement compétentes, la coopération internationale devrait faire en sorte que l'autorité qui effectue les poursuites soit celle qui apporte la meilleure réponse aux faits litigieux.

En d'autres termes, l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits impose la « *mise en communication* » des réseaux de répression selon un principe de cohérence⁹⁷, elle oblige à « *ordonner le multiple sans le réduire* »⁹⁸. Conçue comme prohibant le cumul des poursuites pour les mêmes faits, la règle *ne bis in idem* peut donc « *fournir une réponse simple et cohérente à [la] situation problématique* »⁹⁹ de la multiplication des compétences répressives « *qui s'entrecroisent et se chevauchent* »¹⁰⁰.

36. Pour ces différentes raisons, c'est la définition traditionnelle de la règle *ne bis in idem*, la prohibition du cumul des poursuites pour les mêmes faits, qui fera l'objet de la présente étude. Les termes « règle *ne bis in idem* » y seront par conséquent employés comme synonymes d'« interdiction d'engager des poursuites envers une personne qui a déjà fait l'objet d'une décision définitive à propos des mêmes faits ». Mais si, comme il vient d'être suggéré, cette

⁹⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, p. 129 et 153.

⁹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, p. 269.

⁹⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, p. 249.

¹⁰⁰ M. PRALUS, « Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem* : *non bis* », *RSC* 1996, p. 551-574, n° 2 (p. 552).

interdiction doit s'épanouir, s'affranchir de son simple rôle de garde-fou et devenir un réel outil de politique criminelle imposant la cohérence dans l'exercice de la répression, faut-il se suffire du système de l'interdiction ? Peut-être la reconnaissance du principe de son contraire, c'est-à-dire la reconnaissance d'un principe d'*unicité* des poursuites, serait-elle opportune.

L'objet d'étude étant limité à l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits, il se trouve conçu de façon stricte. En revanche, pour permettre à la règle *ne bis in idem* ainsi définie de jouer son rôle de moteur d'une organisation cohérente de l'exercice de la répression, sa mise en œuvre doit être observée dans des champs matériel et géographique résolument larges.

§ 2 *Le champ d'étude de la règle ne bis in idem*

37. On l'aura compris, le problème du cumul des poursuites pour les mêmes faits n'est plus la seule affaire des procédures pénales nationales. Matériellement, l'exercice de la répression n'étant plus réservé au juge pénal, des hypothèses de cumul surgissent en dehors du champ d'application de la procédure pénale. Géographiquement, les procédures nationales sont également dépassées dès lors que des faits revêtant une dimension internationale peuvent être poursuivis dans plusieurs Etats, ou à la fois par une autorité nationale et une autorité supranationale. Ainsi, la question de l'application de la règle *ne bis in idem* doit être envisagée dans un champ résolument large, englobant toutes les formes de justice répressive du point de vue matériel (A) et s'étendant jusqu'aux frontières de l'Union européenne du point de vue géographique (B).

A. Le champ matériel d'étude de la règle *ne bis in idem* : la justice répressive

38. En raison du développement des réponses répressives externes au droit pénal et de l'essor d'une répression qui ne s'exerce plus seulement par le biais du juge, les poursuites pénales « classiques » ont vu se développer des institutions concurrentes. La répression peut désormais être de nature pénale ou extra-pénale (1) et sa mise en œuvre peut résulter d'un jugement ou de l'aboutissement d'une procédure sans jugement (2).

1. La répression pénale et extra-pénale

39. La répression est traditionnellement l'objet du droit pénal, si bien que l'interdiction de poursuivre une personne plusieurs fois pour les mêmes faits trouve ses racines en procédure pénale. Mais le droit pénal n'épuise pas la répression.

40. Il faut d'abord mentionner la répression disciplinaire. Mise en place pour sanctionner la violation des règles établies au sein d'institutions réunissant un groupe de personnes exerçant un même genre d'activités¹⁰¹, la répression disciplinaire a les traits de la répression pénale en ce qu'elle répond par la sanction au comportement contraire à la norme du groupe. En revanche, elle s'en distingue en ce qu'elle ne s'applique qu'aux membres d'une communauté formée à dessein. Par conséquent, elle ne relève de l'autorité étatique que si l'institution en cause est elle-même une institution étatique : armée, établissements pénitentiaires, institutions de droit public constituées de fonctionnaires de l'Etat. Mais il existe un grand nombre d'institutions disciplinaires appartenant à la société civile et possédant leur propre modèle de fonctionnement, avec un système autonome de répression : ordres professionnels, entreprises, associations sportives, syndicats... Dans tous les cas de figure, les poursuites, d'ailleurs parfois confondues avec le prononcé de la sanction, sont exercées par l'institution présidant à la vie du groupe.

41. Par ailleurs, de nombreux Etats européens se sont dotés, au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, d'un arsenal répressif dont la mise en œuvre est confiée à une autorité administrative et qu'on appelle encore « répression administrative »¹⁰². Ce phénomène résulte en partie de l'intervention croissante de l'Etat dans le domaine économique, mais également du processus de dépenalisation¹⁰³ tendant à extraire les infractions de gravité moindre du droit pénal traditionnel pour les renvoyer au « droit administratif pénal »¹⁰⁴. Ce dernier a pour objectif de proposer un système de sanction plus rapide à mettre en œuvre, tout en

¹⁰¹ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, p. 224 et s. p. 225.

¹⁰² J. MOURGEON, *La répression administrative*, Préface O. Dupeyroux, Paris, LGDJ, 1967 ; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992.

¹⁰³ Le terme est employé au sens du retrait de la coloration pénale d'une norme consacrant une infraction, pour l'intégrer dans une autre branche du droit, M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, p. 280-282 ; M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de St-Louis, 1987, p. 270-271 et 348-349 ; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 59-62.

¹⁰⁴ Résolutions du XIV^{ème} Congrès international de droit pénal, Vienne, 2-7 oct. 1989, Section 1, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal », *R.I.D.P.* 1990 (vol. 61), p. 87-90, spéc. p. 87.

désacralisant le processus de répression. Les poursuites sont exercées tantôt par une administration qui s'en est vue conférer le pouvoir¹⁰⁵, tantôt par des autorités administratives indépendantes, institutions *sui generis* qui se sont rapidement multipliées en France et dont les fonctions répressives sont importantes¹⁰⁶.

42. Tant la répression administrative que la répression disciplinaire se voient progressivement encadrées par des garanties procédurales envisagées dans le cadre de la répression pénale¹⁰⁷. Il s'agit d'un processus lent, principalement orchestré par la jurisprudence. En France, l'observation des décisions du Conseil constitutionnel et des tribunaux des ordres judiciaire et administratif, influencés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, montre que l'encadrement de la répression pénale s'étend peu à peu aux autres types de répression. En revanche, l'épanouissement de la règle *ne bis in idem* dans les rapports entre les répressions pénale et extra-pénale se fait encore attendre. Pourtant, l'application de la règle *ne bis in idem* au-delà de la répression pénale constituerait certainement un progrès en termes de protection de l'individu face au système répressif, mais aussi en termes de cohérence de la mise en œuvre de l'arsenal répressif : elle obligerait à l'organisation d'une certaine « répartition des tâches » entre les différentes composantes du système répressif.

43. Enfin, il existe des réponses répressives mêlées d'une coloration réparatrice plus ou moins forte. Par exemple, la réponse à la transgression de la norme sociale peut se traduire par l'imposition d'une amende de nature civile¹⁰⁸. Certes, le prononcé d'une amende civile ne met pas en jeu de poursuites pénales. Néanmoins, si une voie *alternative* à la poursuite pénale a été choisie, il semble à la fois peu cohérent et peu respectueux du justiciable de recourir au

¹⁰⁵ Par exemple, l'Administration fiscale ; M. DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, p. 82 et s. ; Sur la poursuite des infractions administratives en Allemagne (*Ordnungswidrigkeiten*), voir J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, tome 2, n° 1417, p. 604 et s. ; M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, p. 159-161 ; en droit communautaire, la répression en matière de concurrence est assurée par la Commission européenne.

¹⁰⁶ On citera pour exemples le Conseil de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers (remplaçant la Commission des opérations de bourse), le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission de contrôle des assurances, l'Autorité de régulation des télécommunications, le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage.

¹⁰⁷ G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, préface Y. Gaudemet, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 12 et les références citées en note ; M. DEGOFFE, *op. cit.*, n° 102, p. 70-71 ; A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 12, p. 9 ; M. DELMAS-MARTY, « Le paradoxe pénal », in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, Paris, Le Seuil, 2001 ; J. FARINA-CUSSAC, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *RSC* 2002, p. 517-530 ; Sur l'application des garanties fondamentales à la répression exercée par les autorités administratives indépendantes, R. SALOMON, « Le pouvoir de sanctions des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière. Conformité aux garanties fondamentales », *JCP* 2000.I.264.

¹⁰⁸ M.-Th. CALAIS AULOY, « La dépenalisation en droit des affaires », *D.* 1988, chron. p. 315-321, n°s 15, 20 et 21.

droit pénal ou à une tout autre formule répressive une fois que la mesure alternative a été mise en œuvre. Aussi l'application de la règle *ne bis in idem* mérite-t-elle d'être discutée.

2. La répression par le jugement ou sans jugement

44. La mise en œuvre de la répression passe traditionnellement par le jugement du suspect. Mais les difficultés de gestion du contentieux pénal relatif à la petite délinquance ont incité les législateurs à prévoir des techniques plus rapides d'exercice de la répression. Ils inventèrent ainsi des modes de jugement simplifié où l'audience est remplacée par une procédure écrite, comme l'ordonnance pénale, ou considérablement allégée en raison de la reconnaissance préalable de sa culpabilité par la personne suspectée. La jurisprudence relative à l'ordonnance pénale allemande, le *Strafbefehl*, a montré que l'interdiction de poursuivre à nouveau des faits sur lesquels la justice a statué selon une procédure simplifiée n'est pas une évidence¹⁰⁹.

45. D'autres voies ont été explorées pour accélérer l'application de la répression, procédant de la suppression totale du jugement. Ainsi, le mécanisme de la transaction pénale s'est significativement développé en France, en Allemagne et dans d'autres pays européens¹¹⁰. Lorsque la personne suspectée accepte de transiger avec le ministère public, l'action publique est en principe éteinte, si bien qu'aucune nouvelle poursuite ne peut avoir lieu. Néanmoins, les formes de transaction se sont développées de façons très variées d'un Etat à l'autre, de sorte que la question de savoir si la règle *ne bis in idem* prohibe la mise en œuvre de poursuites pénales dans un Etat, à propos de faits ayant fait l'objet d'une transaction dans un autre Etat, se pose avec une particulière acuité¹¹¹.

Enfin, il faut mentionner l'essor de la médiation pénale, que l'on peut définir comme une procédure de réconciliation entre l'auteur et la victime de l'infraction¹¹². Dans la conception

¹⁰⁹ Voir *supra*, p. 34.

¹¹⁰ En France, la mesure s'est généralisée sous la forme de la composition pénale, art. 41-2 et 41-3 CPP ; en Allemagne, § 153a StPO. Pour une étude détaillée de ces mesures en droits français et allemand, J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, tome 2, n° 1122 et s., p. 480 et s. (France) et n° 1568 et s., p. 660 et s. (Allemagne).

¹¹¹ Voir l'arrêt CJCE, 11 fév. 2003, *Gözütok et Brügge* (aff. C-187/01 et C-385/01), *D.* 2003, p. 1458, note JULIEN-LAFERRIERE ; *Europe* 2003, comm. n° 124, obs. GAUTIER ; *RSC* 2005, p. 942-943, obs. S. MANACORDA ; *NJW* 2003, p. 1162, obs. STEIN, *NSiZ* 2003, p. 281, obs. RADTKE et BUSCH ; *JZ* 2003, p. 303 et s., obs. KÜHNE.

¹¹² En France, art. 41-1, 5° CPP ; J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, tome 2, n° 1198 et s. ; du même auteur, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994, p. 525 et s. En Allemagne, §§ 153, 153a et 380 StPO ; J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ?* tome 2, n° 1622 et s..

la plus répandue, la médiation a lieu en dehors du champ d'action de la justice¹¹³. L'aspect répressif s'estompe encore un peu, encore qu'il ne disparaisse pas complètement, certaines obligations contractées dans l'accord de médiation pouvant comporter une dimension punitive.

La transaction comme la médiation pénale ne mettent pas de poursuites pénales en jeu, puisqu'elles constituent précisément des mesures alternatives à ces poursuites. Mais, là encore, par souci de garantie de la sécurité juridique du citoyen et de maintien de la cohérence du système répressif, la règle *ne bis in idem* a tout lieu d'être appliquée.

46. En somme, peu important la nature des réponses à la violation de la norme sociale et leur mode de mise en œuvre, il faut savoir si la multiplication des formes de répression doit s'accompagner de l'application cumulée, pour un même fait, des différentes répressions envisageables au cas d'espèce ou si, au contraire, la garantie apportée par la règle *ne bis in idem* doit s'étendre au-delà de la seule répression pénale. Le champ matériel d'observation du problème des cumuls de poursuites pour les mêmes faits s'étendra donc à toutes les réponses à l'acte infractionnel. Pour les besoins de notre étude, nous les regrouperons sous le terme générique de « justice répressive ». Le choix d'un domaine large d'observation du problème du cumul des poursuites pour les mêmes faits présidera également à la détermination du champ géographique de l'étude.

B. Le champ géographique d'étude de la règle *ne bis in idem* : l'Union européenne

47. Bien qu'étant en principe des questions indépendantes, la délimitation du champ géographique de l'étude d'une règle juridique et les problèmes d'application posés par la règle peuvent se rejoindre. Ainsi, l'identification des difficultés matérielles de mise en œuvre d'une règle juridique peut servir de fil directeur pour déterminer l'étendue spatiale de la recherche. En ce qui concerne la règle *ne bis in idem*, une constatation apparaît : celle de lacunes importantes dans la mise en œuvre de la règle en France. Or, le droit allemand peut servir de mesure pour évaluer l'ampleur de ces lacunes, et d'indicateur pour inspirer le droit français. Réciproquement, il existe certains déficits en droit allemand qui ne se retrouvent pas

¹¹³ On parle de médiation « déléguée », par opposition à la médiation « retenue » pratiquée par l'instance étatique qui en a pris l'initiative, M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, p. 152.

en droit français. Une première dimension comparatiste apparaît donc : la dimension franco-allemande (1). Mais elle se verra rapidement complétée par une seconde dimension comparatiste, incluant le droit européen (2). Dans ce contexte pluri-comparatiste, la question de l'harmonisation juridique se pose presque inévitablement (3).

1. Les droits français et allemand

48. Comme l'a récemment écrit l'auteur d'une thèse articulée sur la comparaison juridique franco-allemande, « *le droit répressif d'outre-Rhin est à la fois suffisamment proche de notre droit pour que la comparaison soit aisée et dénuée d'artifice, et suffisamment éloigné pour qu'elle présente un intérêt et se révèle fructueuse* »¹¹⁴. Cette constatation vaut également pour l'analyse de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits.

La réception en France et en Allemagne de la règle *ne bis in idem* telle qu'issue du droit romain a posé une base commune pour l'appréhension de la règle, que l'influence des Lumières a renforcée dans les deux pays au bénéfice de la protection de l'individu. Il en découle que les réglementations française et allemande présentent une proximité certaine.

Pourtant, d'importantes différences techniques existent, qui donnent matière à une analyse critique intéressante. Elles sont décelables à la simple lecture des textes, tant en ce qui concerne l'application *interne* de la règle, qui concerne l'hypothèse dans laquelle plusieurs poursuites sont effectuées dans un même Etat, que son application *internationale*, qui entre en jeu lorsqu'un Etat engage des poursuites contre un individu qui a déjà été jugé pour les mêmes faits dans un autre Etat.

49. La plus grande différence entre les droits français et allemand réside sans doute dans le fait que la règle *ne bis in idem* est un droit fondamental constitutionnellement garanti en Allemagne, alors que la Constitution française, préambules compris, reste complètement muette à son sujet. Cette différence n'a d'incidence que pour l'application interne de la règle, puisque la Cour constitutionnelle fédérale considère que l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale ne s'applique pas lorsque les faits ont été jugés pour la première fois à l'étranger¹¹⁵.

¹¹⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, tome 1, n° 34.

¹¹⁵ Voir *supra*, p. 35.

50. En ce qui concerne l'application internationale de la règle, l'on constate qu'elle n'est nullement reconnue par le droit allemand. Seule l'imputation de la peine prononcée à l'étranger sur celle que le juge allemand inflige pour les mêmes faits est prévue par le paragraphe 51 alinéa 3 du Code pénal. En revanche, les articles 113-9 du Code pénal et 692 du Code de procédure pénale français prévoient qu' « ...*aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été définitivement jugée à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite* ».

51. La simple observation des principales dispositions françaises et allemandes relatives à notre objet d'étude montre déjà que la mise en parallèle des deux systèmes juridiques présente un véritable intérêt. Pourtant, une considération de taille invite à ne pas cantonner le domaine de la recherche aux seuls systèmes juridiques français et allemand. Ces derniers sont en effet imprégnés de normes issues du droit européen, qu'il faut également étudier.

2. Le droit européen

52. Cette seconde dimension comparatiste concerne à son tour tant l'application interne de la règle *ne bis in idem* que son application internationale.

C'est pour l'application internationale de la règle *ne bis in idem* que l'impact du droit européen dans les droits français et allemand est le plus marquant. Dès le 25 mai 1987, la Convention relative à l'application du principe *ne bis in idem*, négociée dans le cadre de l'ancienne « Coopération policière européenne », fut signée à Bruxelles par plusieurs Etats membres de la Communauté européenne. Les stipulations de cette convention furent ensuite reprises à l'identique par les articles 54 et suivants de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 (ci-après : « Convention de Schengen »). Depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Schengen le 26 mars 1995 et, surtout, depuis son intégration dans le droit de l'Union européenne au moment du traité d'Amsterdam¹¹⁶, la Convention de Bruxelles est tombée en désuétude, si bien que nous ne nous y intéresserons plus par la suite. Aujourd'hui, l'article 54 de la Convention de Schengen, aux termes duquel « *une personne qui a été définitivement jugée dans un Etat partie ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie dans un autre Etat partie (...)* », est pleinement applicable en France et en Allemagne.

¹¹⁶ Voir le 2^{ème} Protocole additionnel au traité d'Amsterdam, relatif à l'intégration de l'acquis de Schengen.

En Allemagne, son incidence est fondamentale puisque la dimension internationale de la règle *ne bis in idem* était tout simplement absente de l'ordre juridique allemand avant leur entrée en vigueur¹¹⁷. En France, il se superpose aux articles 113-9 du Code pénal et 692 du Code de procédure pénale et, selon l'article 55 de la Constitution, ils priment sur ces derniers en cas de divergence. L'étude de ces stipulations et de leur réception dans les ordres juridiques internes s'avère donc essentielle pour cerner l'évolution des droits positifs nationaux.

L'importance de la composante européenne est d'ailleurs grandissante dans le contexte du développement de la coopération judiciaire entre les Etats en matière pénale. Le besoin d'une mise en œuvre efficace de la règle *ne bis in idem* internationale se fait sentir de manière croissante, si bien que la République hellénique a récemment proposé l'adoption d'une décision-cadre « relative à l'application du principe *non bis in idem* »¹¹⁸.

53. Notons, en ce qui concerne les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, que l'article 4 du Protocole n° 7 à la CEDH est inopérant pour l'application internationale de la règle puisqu'il prohibe la poursuite « *par les juridictions du même Etat* » d'une personne qui a été jugée « *conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* ». En revanche, l'article 14-7 du Pacte international sur les droits civils et politiques aurait pu être d'une grande importance. Aux termes de cette stipulation, « *nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et la procédure pénale de chaque pays* ». Si on l'interprétait littéralement, on pourrait aisément l'appliquer tant aux cumuls internationaux qu'aux cumuls internes¹¹⁹. Pourtant, le Comité des Nations-Unies en a décidé autrement¹²⁰.

54. En ce qui concerne l'application interne de la règle *ne bis in idem*, la mise en œuvre de l'article 4 du Protocole n° 7 fait l'objet d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de plus en plus fournie, que les Etats dans lesquels le Protocole n° 7 est en

¹¹⁷ La Convention de Bruxelles de 1987 n'a été notifiée par l'Allemagne que le 14 déc. 1998, c'est-à-dire largement après l'entrée en vigueur de la Convention de Schengen.

¹¹⁸ JOCE C-100/24 du 26.4.2003.

¹¹⁹ A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, PUF, dans la 1^{ère} édition seulement (1994), n° 152 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1988, n° 164 ; J. LE CALVEZ, « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal », *RSC* 1980, p. 13-39, spéc. p. 29.

¹²⁰ Le Comité a affirmé dans sa décision A.P. c. Italie que l'article 14-7 ne prohibait « *les doubles condamnations pour un même fait que dans le cas de personnes jugées dans un Etat donné* », Recommandation CPPR/C/31/ D 204 du 2 novembre 1987.

vigueur¹²¹ ne pourront plus ignorer longtemps. C'est de toute évidence le cas de la France¹²². En revanche, l'Allemagne ne l'a pas ratifié.

L'article 14-7 du Pacte international, dont le texte est proche de celui de l'article 4 du Protocole n° 7 est, à la différence de celui-ci, applicable en Allemagne comme en France. Nous verrons ponctuellement que cette disposition présente des aspects intéressants.

55. De plus, il est désormais une disposition européenne qui prohibe à la fois le cumul interne *et* international des poursuites pour les mêmes faits. L'article 50 de la Charte de l'Union européenne sur les droits fondamentaux de 2000¹²³ s'oppose à ce qu'un individu soit poursuivi pénalement « *pour une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi* ». Cette disposition a vocation à englober à la fois les cumuls internes et les cumuls internationaux¹²⁴. Certes, la Charte de l'Union n'est pas juridiquement contraignante, mais il n'est pas exclu qu'elle le devienne un jour. Elle constitue donc une disposition extrêmement intéressante.

56. Mais l'analyse du droit européen ne peut se limiter aux dispositions consacrant les aspects interne et international de la règle *ne bis in idem*. Un autre type de cumul, consistant en la superposition d'une poursuite nationale et d'une poursuite supranationale pour les mêmes faits, est susceptible de se produire. Nous entendons par « poursuite supranationale » une poursuite déclenchée par une autorité placée au-dessus des Etats et qui exerce des compétences répressives propres. Il en est ainsi de la Commission européenne, qui exerce les pouvoirs répressifs de l'Union européenne, notamment en matière de droit de la concurrence.

Les dispositions à même d'organiser l'articulation des deux niveaux de répression pour empêcher les cumuls relèveront nécessairement du droit communautaire. En effet, en vertu du principe de primauté du droit communautaire, ce dernier peut imposer aux autorités nationales de ne pas engager de poursuites au niveau national lorsque l'affaire a été jugée au niveau

¹²¹ Le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988.

¹²² Par la loi n° 85-1475 du 31 déc. 1985, la France a ratifié le Protocole n° 7 peu après l'ouverture à la signature, le 22 nov. 1984.

¹²³ Ou l'article II-110 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (comme le traité n'est pas en vigueur, nous continuerons de nous référer à la Charte pour la suite de l'étude). La Charte sur les droits fondamentaux de l'Union européenne a été proclamée à Nice le 7 déc. 2000, JOCE C 364/1, du 18 déc. 2000.

¹²⁴ *Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Note du præsidium*, doc. CHARTE 4473/1/00 REV1 du 19 oct. 2000, p. 45. A. ESER, « Art. 50 » in *Kommentar zur Grundrechte der Europäischen Union*, dir. J. Meyer, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 548-555, n° 1, p. 549.

communautaire, alors que les droits nationaux ne lient aucunement l'autorité communautaire. Ainsi, l'inclusion du système juridique communautaire dans notre champ d'étude s'impose.

L'on voit donc surgir, à côté des applications interne et internationale de la règle prohibitive du cumul des poursuites pour les mêmes faits, une troisième dimension : l'application dans les rapports de supranationalité. Il n'est pas exclu que cette dernière prenne une importance croissante dans le cadre de la création de nouvelles autorités répressives supranationales.

57. Grâce à l'Union européenne, les trois dimensions se trouvent réunies sous une égide commune. De plus, dans la mesure où l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union interdit le cumul des poursuites « dans l'Union », il semble que l'application dans les rapports de supranationalité soit également concernée par cette disposition.

Par ailleurs, l'essor de cette dimension de la règle *ne bis in idem* est particulièrement visible dans le contexte du développement de la justice pénale internationale pour la répression des « crimes internationaux »¹²⁵. Tant les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, contiennent des dispositions prévoyant l'application de la règle *ne bis in idem*¹²⁶ entre les niveaux national et supranational de répression. Bien que la mise en œuvre de la justice pénale internationale dépasse les frontières de l'Union européenne, nous nous y référerons ponctuellement.

58. Trois dimensions, un foisonnement de dispositions internes et européennes, toutes situées au gigantesque carrefour normatif que constitue l'Europe des vingt-cinq. Les influences réciproques pour l'interprétation jurisprudentielle de la règle *ne bis in idem* sont inévitables. Une analyse réduite aux mécanismes nationaux de prohibition du cumul des poursuites ou aux mécanismes européens serait incomplète. C'est résolument dans le contexte large de l'Union européenne qu'il convient de situer cette recherche. Cependant, l'étude des droits nationaux des vingt-cinq Etats membres étant trop ambitieuse, seuls les droits français et allemand serviront d'exemples de la réception du droit européen dans les ordres juridiques internes.

¹²⁵ On entend par « crimes internationaux » les crimes définis par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

¹²⁶ Voir les articles 10 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et 9 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda et l'article 20 du Statut de la Cour pénale internationale.

3. Une harmonisation inachevée

59. Jusqu'à présent, le phénomène d'harmonisation juridique n'a pas encore été évoqué, mais sa présence ne peut être dissimulée plus longtemps. L'harmonisation normative est visible au premier coup d'œil nu lorsqu'on compare les articles 14-7 du Pacte international, 4 du Protocole n° 7 à la CEDH et 50 de la Charte sur les droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais les influences réciproques n'en resteront pas là. L'harmonisation continuera par la jurisprudence. Celle de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'application de l'article 4 du Protocole n° 7 se développera encore et gagnera en précision. Un jour viendra où les Etats condamnés modifieront leur réglementation et où le rapprochement s'accomplira. L'harmonisation par la jurisprudence viendra aussi de la Cour de justice des Communautés européennes qui, depuis le traité d'Amsterdam, est compétente pour l'interprétation des articles 54 et suivants de la Convention de Schengen¹²⁷ et statue désormais tant en matière de cumuls internationaux que de cumuls dans les rapports de supranationalité.

60. L'harmonisation est en cours et le temps est venu d'en prendre la mesure pour pouvoir l'apprécier. D'une part, une certaine harmonisation est nécessaire. Si des Etats ont une conception plus restrictive que d'autres de la règle *ne bis in idem*, certains citoyens européens pourront être poursuivis à plusieurs reprises, alors que d'autres seront protégés par une conception extensive de l'interdiction du cumul retenue dans l'Etat compétent à leur égard. La confiance mutuelle entre les Etats de l'Union s'en trouverait également perturbée. Mais, d'autre part, l'harmonisation n'est pas un but en soi. Si elle présente souvent l'avantage de faciliter la coopération entre les Etats et la circulation des citoyens au sein l'Union, elle comporte également le danger de gommer des particularités propres à chacun des systèmes juridiques, risquant ainsi d'effacer certaines richesses culturelles et de créer des déséquilibres bouleversant l'identité, la logique interne des systèmes juridiques. Il est donc impératif de garder à l'esprit que l'harmonisation n'a lieu d'être que pour servir une exigence de fond, celle d'empêcher les cumuls de poursuites pour les mêmes faits, dans la mesure où cela ne heurte pas un intérêt supérieur. Dans cette perspective, il faut également veiller à ce que

¹²⁷ Aux termes de l'art. 35 du traité sur l'Union, la Cour de justice des Communautés européennes est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur les dispositions prises sur le fondement des art. 31 et 34 du traité, qui ont été désignées comme bases juridiques des art. 54 et suivants de la Convention de Schengen lors de l'intégration de l'acquis de Schengen dans le droit de l'Union européenne (voir le 2^{ème} Protocole annexé au traité sur l'Union européenne par le traité d'Amsterdam et l'art. 2 de la décision du Conseil 1999/436/CE du 20 mai 2000 mettant en œuvre le Protocole).

l'harmonisation ne se fasse seulement pas *a minima*, mais soit suffisamment aboutie pour préserver le sens et la raison d'être de l'objet harmonisé.

Enfin, l'harmonisation ne s'élabore pas à partir de règles techniques, elle se fait autour de grands principes, de principes directeurs¹²⁸. Peut-être l'idée déjà évoquée d'un principe d'unicité des poursuites¹²⁹ a-t-elle un rôle à jouer ? Mais comme l'exercice de la répression ne passe pas nécessairement par la mise en œuvre de poursuites pénales, mieux vaudra-t-il sans doute parler d'unicité d' « action répressive ».

L'objet d'étude – l'interdiction de renouveler les poursuites pour les mêmes faits – et le champ dans lequel il sera observé – la justice répressive en France, en Allemagne et dans l'Union européenne – étant précisés, il convient à présent de se consacrer aux difficultés de mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*, décelées dès le début de l'introduction. Ces difficultés nous amènent à nous interroger sur le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée.

§ 3 *La mise en œuvre de la règle ne bis in idem*

61. A l'opposé de sa définition et de la question de son champ d'application, il est un point qui semble incontesté à propos de la règle *ne bis in idem* : son rattachement au principe de l'autorité de la chose jugée, auquel la règle emprunte ses conditions de mise en œuvre (A). Pourtant, les nombreux exemples déjà rencontrés de situations dans lesquelles la règle reste à l'écart nous invitent à nous demander si ce rattachement est véritablement pertinent, ou s'il ne témoigne pas plutôt du défaut de fondement juridique de la règle *ne bis in idem*, auquel cas la création d'un tel fondement pour la règle s'avèrerait nécessaire (B).

¹²⁸ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 244 et s. (p. 244 : « l'harmonisation européenne reposerait sur un double jeu de clés : les clés d'interprétation que fournit la technique des principes directeurs et la clé de légitimation qu'impose la primauté éthique des droits de l'homme »).

¹²⁹ Voir *supra*, p. 43.

A. Le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée

62. L'interdiction de poursuivre des faits ayant déjà donné lieu à une décision définitive s'est vue rattachée au principe de l'autorité de la chose jugée dès son plus jeune âge, au temps de la Rome antique, et plus précisément par le droit de Justinien (1). Depuis, elle n'en a jamais été détachée, si bien que les conceptions française (2) et allemande (3) de la règle *ne bis in idem* en sont très largement imprégnées et que, dans les deux pays, la mise en œuvre de la règle demeure viscéralement dépendante de l'existence d'une « chose jugée » dont on s'applique à préserver l'autorité.

1. Un rattachement effectué par le droit de Justinien

63. Nous l'avons vu, la règle *ne bis in idem* était bien établie en droit romain¹³⁰. C'est également à l'époque romaine qu'au terme d'une longue évolution, la règle fut rattachée au principe de l'autorité de la chose jugée.

Dans un premier temps, sous le système de procédure des *legis actiones* (« actions de la loi »)¹³¹, les juristes romains tirèrent l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits du principe de la consommation de l'action. Selon ce principe, une affaire pouvait donner lieu à une action en justice, mais une fois cette action consommée, il était impossible que la même affaire donnât lieu à un second procès, puisque, comme l'exprime la formule *bis de eadem re ne sit actio*, il n'existait plus d'action pour cette affaire¹³². Sous le système de la procédure formulaire¹³³, le principe demeura le même. La *litis contestatio*, une sorte d'accord entre les parties quant aux termes du litige porté en justice¹³⁴, éteignait le droit litigieux pour

¹³⁰ Voir *supra*, p. 15.

¹³¹ Technique procédurale utilisée dans l'ancien droit romain, articulée autour de cinq types d'actions (les *legis actiones*) judiciaires. Le procès se déroulait en deux temps : devant un magistrat d'abord, chargé de dire le droit (phase *in jure*) puis devant un juge qui tranche le litige (phase *in judico*), voir F. DUMONT, *Manuel de droit romain*, tome 1, Paris, LGDJ, 1947, p. 119-138.

¹³² ULPEN, *Digeste*, Livre 48, Titre 2 (*de accusationibus*), Loi 7, § 2 : *Iisdem criminibus quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari* (www.gmu.edu/departement/fld/CLASSICS/justinian.html) ; F. DUMONT, *op. cit.*, p. 126 ; E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 14 ; K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 21.

¹³³ Procédure prétorienne, apparue à la période du nouveau droit romain, qui tire son nom de l'instruction écrite, la *formula*, donnée par le prêteur au juge auquel elle doit être remise par les parties, E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 15 et s.

¹³⁴ La *litis contestatio* terminait la phase préparatoire de la procédure formulaire et précédait la phase de jugement, F. DUMONT, *op. cit.*, p. 390.

le remplacer par un autre, ce qui avait pour résultat d'interdire l'exercice d'une seconde action pour la même cause¹³⁵.

Mais les plaideurs abusèrent du principe de l'épuisement de l'action, en l'invoquant alors même que la nouvelle action contre la même partie n'avait matériellement rien à voir avec la première¹³⁶. Les jurisconsultes classiques introduisirent alors le mécanisme de l'*exceptio rei judicatae*, l'exception de chose jugée. Grâce à celle-ci, l'obstacle à une nouvelle action ne dépendait plus seulement de la *litis contestatio*, mais aussi de la sentence intervenue en jugement, c'est-à-dire la *res judicata*, la chose jugée¹³⁷. On a, pour ainsi dire, ajouté une condition à l'application de la règle du non cumul des actions. Il ne suffisait plus, désormais, de constater l'existence d'un jugement précédent. Il fallait encore examiner le contenu de ce jugement, afin de déterminer s'il avait le même objet que l'action nouvelle¹³⁸. Dans l'affirmative, l'exception de la chose jugée pouvait être invoquée pour éviter un nouveau jugement¹³⁹. Indirectement, on assurait aussi aux parties le bénéfice des dispositions du jugement. On voit apparaître en filigrane l'autorité positive de la chose jugée et la maxime *res judicata pro veritate habetur* ou *accipitur*¹⁴⁰, présomption juridique selon laquelle ce qui a été décidé en justice a force de vérité.

Cependant, les deux aspects de l'autorité de chose jugée étaient encore bien distincts. Dans sa fonction négative, l'exception de la chose jugée était fondée sur le principe de la consommation de l'action, tandis que dans sa fonction positive, elle reposait sur la présomption légale de vérité¹⁴¹.

64. Dans un second temps, sous le système de la procédure extraordinaire¹⁴², et plus précisément dans le Droit de Justinien, on cessa de s'en référer au principe de la

¹³⁵ *Ibidem*, p. 392.

¹³⁶ E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 21.

¹³⁷ K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 22 ; F. DUMONT, *op. cit.*, p. 392.

¹³⁸ E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 22

¹³⁹ Constitution des Empereurs Diocletien et Maximilien au Code de Justinien C., Livre 9, Titre 2, Loi 9 : « *Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest* » (www.gmu.edu/departement/fld/CLASSICS/justinian.html); F. DUMONT, *op. cit.*, p. 404 ; E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 23 et s. ; K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 22 et s.

¹⁴⁰ Selon E. HIRTZ, « *on doit tenir pour certaine cette règle d'Ulpian (...). Mais il est très difficile de dire à quelle époque elle s'introduisit dans le droit romain* », *op. cit.*, p. 25.

¹⁴¹ E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴² Procédure issue de la procédure formulaire mais qualifiée d'extraordinaire car elle se situait en dehors de l'organisation traditionnelle, et généralisée à l'époque du Bas-Empire, voir F. DUMONT, *op. cit.*, p. 396-397 ; E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 29 et s.

consommation de l'action¹⁴³. L'autorité de la chose jugée se trouva alors fondée sur la présomption de vérité dans son double aspect : parce que la chose jugée est porteuse de vérité, l'on ne peut la remettre en question ; par conséquent, on ne peut engager de nouvelle procédure, dont la simple existence témoignerait d'un refus de s'en tenir à la vérité établie par le premier jugement et dont l'aboutissement risquerait d'être en contradiction avec celui-ci. Les Romains étaient passés du système de la consommation de l'action à celui de la présomption de vérité¹⁴⁴. Le rattachement de l'interdiction d'engager de nouvelles poursuites pour les mêmes faits au principe de l'autorité de la chose jugée perdura à travers les siècles et se retrouva en France et en Allemagne.

2. La réception du rattachement en droit français

65. En France, l'autorité de la chose jugée est définie comme l'autorité « *attachée à un acte de juridiction, servant de fondement à l'exécution forcée du droit judiciairement établi et faisant obstacle à ce que la même affaire soit à nouveau portée devant un juge* »¹⁴⁵, ou encore comme « *l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, telle la force de vérité légale* »¹⁴⁶.

En droit français, le lien entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée est devenu tellement étroit que la règle *ne bis in idem* est fréquemment envisagée comme un simple aspect de ce principe. Ainsi, l'article 6 alinéa 1 du Code de procédure pénale ne déduit pas l'extinction de l'action publique de l'épuisement de celle-ci assortie de l'interdiction de répéter l'engagement de l'action publique, mais simplement de « *la chose jugée* ». De même, la doctrine française considère que l'interdiction du cumul des poursuites est fondamentalement rattachée à l'autorité de la chose jugée. Nous illustrerons ce propos d'exemples tirés de la doctrine contemporaine, en sachant qu'elle reflète une position vieille de plus d'un siècle¹⁴⁷.

¹⁴³ E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁴ E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 52.

¹⁴⁵ *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, v° chose jugée.

¹⁴⁶ *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° autorité (de la chose jugée) ; en ce sens également *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, dir. R. Cabrillac, Paris, Litec, 2002, v° autorité de la chose jugée : « effets attachés à l'existence d'une décision juridictionnelle », p. 39.

¹⁴⁷ FAUSTIN-HELIE envisage la règle *ne bis in idem* au chapitre des effets de la chose jugée, *op. cit.*, n° 978 et s., p. 559 et s. ; en ce sens également E. TREBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, tome 2, A. Durand, 1854, p. 635 ; J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, tome 2, Plon, 5^{ème} éd., 1886, n° 1775 et s. ; R. et P. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome VI, Sirey, 1929, n° 2260,

66. Il est frappant de constater que dans les manuels ou traités, la règle *ne bis in idem* est toujours étudiée au chapitre relatif à l'autorité de la chose jugée¹⁴⁸. Nombreux sont les auteurs qui assimilent pratiquement les deux notions. Par exemple, on peut lire sous la plume de Stefani, Levasseur et M. Bouloc, ainsi que de MM. Conte et Maistre du Chambon, la formule suivante : « *Exprimé par l'adage non bis in idem, le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel (...)* »¹⁴⁹. MM. Merle et Vitu écrivent pour leur part : « *L'adage non bis in idem est couramment utilisé pour exprimer [le] principe d'autorité de la chose jugée au criminel* »¹⁵⁰. Réciproquement, MM. Guinchard et Buisson n'hésitent pas à affirmer que la règle *ne bis in idem* est « *exprimée (...) dans l'article 6 du Code de procédure pénale* », qui n'évoque cependant la chose jugée qu'en tant que cause d'extinction de l'action publique¹⁵¹. Dans le passé, on la rattacha même à l'article 1351 du Code civil¹⁵², posant pourtant les conditions de l'autorité de la chose jugée en matière civile¹⁵³.

p. 210 ; J.-A. ROUX, *op. cit.*, p. 210 (l'article 360 CPP est cité comme illustration de l'effet de la chose jugée) et 219 et s.

¹⁴⁸ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1474 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 885 ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 1055 et 1529 et s. ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 19^{ème} éd., 2004, n° 970 et s. ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, n° 495 et s. ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 12^{ème} éd., 2002, n° 1020 et s. ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Paris, A. Colin, 4^{ème} éd., 2002, n° 663 et s. Il en va de même des manuels de droit pénal international : H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, p. 307 et s. ; A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2005, p. 254 et s.

¹⁴⁹ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 664 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *op. cit.*, n° 971.

¹⁵⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 885.

¹⁵¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1477. En ce sens également, R. GASSIN, « Autorité de la chose jugée », in *Dictionnaire des sciences criminelles*, p. 96, qui mentionne les art. 6 al. 1 et 368 CPP comme support de la consécration de la règle *ne bis in idem* en droit interne. La jurisprudence vise parfois, comme fondement légal de la règle *ne bis in idem*, l'art. 6 CPP, aux termes duquel « *l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par (...) la chose jugée* ». En effet, l'art. 368 étant relatif à la procédure devant la Cour d'assises, il ne concerne que la matière criminelle. On fait alors appel à l'art. 6 exprimant l'autorité de la chose jugée pour étendre l'interdiction du cumul des poursuites aux domaines correctionnel et contraventionnel, voir Cass. crim. 18 déc. 1989, Bull. crim. n° 483.

¹⁵² L'article 1351 du Code civil dispose : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

¹⁵³ La doctrine de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle prônait explicitement cette solution : E. TREBUTIEN, *op. cit.*, p. 639 ; R. et P. GARRAUD, *op. cit.*, n° 2267 (p. 215 et s.) : « *L'exception de chose jugée en matière répressive suppose l'identité d'objet, de cause et de personne entre l'action qui a abouti à une décision définitive et celle qu'on veut recommencer. C'est dire qu'avec la majorité de la doctrine, et avec les arrêts, nous admettons l'application, mutatis mutandis, et par analogie, aux conditions de la chose jugée en matière répressive, de l'article 1351 du Code civil* » ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation comparée*, Paris, Sirey, 3^{ème} éd., 1947, n° 1564 et 1565 ; G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, tome 2, Paris, Rousseau, 9^{ème} éd., 1949, n° 665. En ce sens encore, Ch. GAVALDA, « Aspects actuels du problème de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », *JCP* 1957.I.1372, n° 6 *in fine* et n° 14. Pour des explications sur ce rattachement à l'art. 1351 du Code civil, voir R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée... », n° 3, p. 242 ; L. DANAN, *op. cit.*, p. 61-62.

L'exposé est parfois plus nuancé, notamment lorsqu'il est différencié entre l'aspect négatif et l'aspect positif de l'autorité de la chose jugée. Tandis que l'autorité positive oblige toute juridiction à une action, celle de tirer les conséquences juridiques de la décision revêtant l'autorité en question, l'autorité négative contraint le juge qui doit la mettre en œuvre à une abstention : *ne pas* accueillir de nouvelle poursuite. Aussi l'assimilation est-elle encore réalisée entre l'interdiction du cumul des poursuites et l'autorité *négative* de la chose jugée. Mme Rassat considère ainsi que : « *l'aspect négatif interdit de recommencer une poursuite pénale pour des faits déjà sanctionnés [on reconnaît ici la règle *ne bis in idem*] : c'est l'autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal* »¹⁵⁴.

La distinction et l'articulation entre les deux notions apparaissent plus nettement chez d'autres auteurs. Selon MM. Guinchard et Buisson – dans un passage différent de celui qui a été évoqué ci-dessus – la règle *ne bis in idem* est l'un « *des effets importants [produits par l'autorité de la chose jugée] quant à l'activité des autres juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif* »¹⁵⁵. M. Pradel considère dans le même sens que l'autorité de la chose jugée a pour application que « *l'action publique, déjà engagée une première fois, ne saurait l'être une deuxième fois à l'occasion des mêmes faits : non bis in idem* »¹⁵⁶.

Pour M. Pralus, les rapports sont inversés : « *En droit pénal (...) l'interdiction [d'exercer à propos d'une même faute des actions répressives successives] est exprimée par la règle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel, qui est l'une des manifestations de la règle non bis in idem* »¹⁵⁷. Ces derniers propos doivent toutefois être appréciés avec précaution, car M. Pralus définit la règle *ne bis in idem* à titre principal comme l'interdiction de punir plusieurs fois une même personne pour les mêmes faits¹⁵⁸. En revanche, développant la même idée, M. Gassin est plus convaincant : « *le sort de l'action publique au regard de l'autorité de la chose jugée est dominé par la règle non bis in idem selon laquelle nul ne peut*

¹⁵⁴ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, avant n° 495 ; voir également n° 496 : « *C'est l'autorité négative de la chose jugée qu'on exprime souvent par l'adage non bis in idem* ». Voir également A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, p. 419 : les auteurs évoquent, comme l'un des obstacles à l'extradition, l'« *autorité négative de la chose jugée ou non bis in idem* ».

¹⁵⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1474. En ce sens également : J. CEDRAS, « Action publique. Extinction. Autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal », *Jurisclasseur Procédure pénale*, art. 6, fasc. 2, 1995 ; J. LE CLECH, « De l'autorité de la chose jugée en toutes matières », *Juris-classeur d'instruction criminelle*, App. Art. 1 à 4, fasc. 2, 1951, p. 9-10, n° 58-68 (le § intitulé « De la règle « non bis in idem » s'inscrit dans une section relative aux « Effets de l'autorité de la chose jugée en matière pénale »).

¹⁵⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, n° 1020.

¹⁵⁷ M. PRALUS, « *A propos de la règle non bis in idem, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : Non bis ?* », n° 11 (p. 42).

¹⁵⁸ *Ibidem*, n° 1 (p. 37) ; voir également, du même auteur, « Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem : non bis* », n° 1 (p. 551).

*être poursuivi à nouveau pour un fait qui a déjà donné lieu à un acquittement ou à une condamnation à une peine plus légère »*¹⁵⁹.

67. Synthétisons le discours de la doctrine dominante – c'est-à-dire les auteurs cités ci-dessus hormis les deux derniers – sur la relation entre les deux notions. L'interdiction de procéder à plusieurs poursuites pour les mêmes faits, exprimée par la règle *ne bis in idem*, est l'un des effets de l'autorité de la chose jugée. Parce qu'il y a chose jugée, il est interdit de poursuivre à nouveau. De plus, la règle *ne bis in idem* incarne l'aspect négatif du principe de l'autorité de la chose jugée, qu'on appelle encore autorité négative de la chose jugée¹⁶⁰. Et comme au sein de l'ordre judiciaire répressif, l'autorité de la chose jugée n'est que négative¹⁶¹, d'assimilation en assimilation, l'habitude a été prise d'utiliser l'expression « *autorité de la chose jugée 'au criminel sur le criminel'* » pour évoquer l'autorité négative attachée aux décisions rendues par des juridictions pénales et empêchant la tenue de nouvelles poursuites pour les mêmes faits, c'est-à-dire comme synonyme de la règle *ne bis in idem*¹⁶².

En somme, dans la conception française, la règle *ne bis in idem* repose entièrement sur l'autorité de la chose jugée, si bien qu'il n'est possible d'invoquer la règle *ne bis in idem* qu'à l'appui d'une décision possédant cette autorité. Par exemple, la doctrine explique que la règle est inapplicable en cas d'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction motivée en fait parce qu'une telle décision ne revêt pas l'autorité de la chose jugée¹⁶³. De même, les conditions d'application de la règle *ne bis in idem* sont systématiquement assimilées à celles de l'autorité de la chose jugée, à savoir la triple identité d'objet, de cause et de parties entre l'affaire déjà jugée et celle qui demande à l'être. En quelque sorte, la règle *ne bis in idem* emprunte ses

¹⁵⁹ R. GASSIN, « Autorité de la chose jugée », p. 96.

¹⁶⁰ En doctrine, il est également souvent question « d'exception de chose jugée ». Certains auteurs préfèrent le terme d'autorité « interne » de la chose jugée plutôt que d'autorité négative, dans le sens où celle-ci s'impose uniquement aux instances appartenant à l'ordre judiciaire répressif, comme la juridiction qui a rendu la décision. La chose jugée produit, pour ainsi dire, ses effets au sein d'un seul et même ordre. Parallèlement, ils substituent l'expression d'autorité « externe » à celle d'autorité positive, puisque cette dernière a vocation à être appliquée par des autorités extérieures à l'ordre judiciaire répressif, notamment les juridictions civiles, voir J. PRADEL, *Procédure pénale*, n° 1020 ; A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 901, p. 500.

¹⁶¹ N. VALTICOS, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Préface L. Mazeaud, Paris, Sirey, 1953, n° 57. En revanche, l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil est positive en ce sens que la juridiction saisie de l'action civile doit respecter le jugement relatif à l'action publique, K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 60 et s.

¹⁶² En témoignent les nombreux titres de thèses ou d'articles suivants, traitant en réalité de l'interdiction de poursuivre des faits déjà jugés : A. HOMMEY (*De l'autorité de la chose jugée en matière criminelle*), Ch. GAVALDA (« Aspects actuels du problème de la chose jugée au criminel sur le criminel »), R. GASSIN (« Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée... »). En ce sens, L. DANAN, *op. cit.*, p. 61 : « (...) le principe de l'autorité de la chose jugée [était] résumé traditionnellement par l'adage *non bis in idem* auquel on avait d'ailleurs fini par l'assimiler ».

¹⁶³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1475. Certains auteurs considèrent que la décision de non lieu motivée en fait acquiert l'autorité de la chose jugée mais que celle-ci n'est que provisoire, M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, n° 404 ; R. GASSIN, « Autorité de la chose jugée », p. 97.

conditions d'application à l'autorité de la chose jugée, à quelques adaptations près propres à la matière pénale¹⁶⁴. Ce solide rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée est également pratiqué en Allemagne.

3. La réception du rattachement en droit allemand

68. Le Code de procédure pénale allemand (*Strafprozeßordnung*) ne contient aucune disposition consacrant explicitement la règle *ne bis in idem*. La doctrine pénale considère que les dispositions permettant la reprise d'un procès définitivement achevé (*Wiederaufnahme des Verfahrens*), par leurs conditions strictes leur donnant valeur d'exception, la reconnaissent implicitement¹⁶⁵. Les conditions d'application de la règle *ne bis in idem* ont donc été intégralement élaborées par la jurisprudence et la doctrine. L'influence romaine ayant été très importante dans le monde juridique germanique, il n'est pas surprenant que le principe de l'autorité de la chose jugée ait joué un rôle important en la matière.

L'on débusque à la lecture de la doctrine pénaliste allemande le même rattachement extrêmement tenace de la règle *ne bis in idem* à l'autorité de la chose jugée (*materielle Rechtskraft*)¹⁶⁶ que dans la doctrine française¹⁶⁷. Plus précisément, les deux notions s'articulent de la façon suivante. L'autorité de la chose jugée a pour effet d'empêcher qu'une nouvelle poursuite soit engagée à propos des mêmes faits. Cet effet, désigné par la maxime *ne bis in idem*, est un « effet fermant » (*Sperrwirkung*) de l'autorité de la chose jugée, au sens où

¹⁶⁴ R. GASSIN, « Autorité de la chose jugée », p. 96.

¹⁶⁵ Voir les §§ 359 et s. StPO ; S. STEIN, *op. cit.*, p. 140 ; P. RIEß, « Verfahrensrechtliche Grundbegriffe » (Einleitung, Abschnitt J), in *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfahrensgesetz. Großkommentar*, (Löwe-Rosenberg), Walter de Gruyter, 25^{ème} éd., 1999, p. 275-335, n° 85, p. 312.

¹⁶⁶ Mot à mot, on devrait traduire cette expression par « force juridique matérielle ». La force juridique formelle (*formelle Rechtskraft*) renvoie au caractère inattaquable d'une décision de justice une fois les délais pour engager les voies de recours expirés, tandis que la « force juridique matérielle » est relative aux effets matériels engendrés par les jugements ou décisions ayant acquis la « force juridique formelle ».

¹⁶⁷ En témoignent de nombreuses thèses portant sur l'interdiction de poursuivre des faits déjà jugés et comportant indifféremment dans leur titre l'adage *ne bis in idem* ou l'expression « *materielle Rechtskraft* ». Voir par exemple la thèse de D. SPINELLIS, *Die materielle Rechtskraft des Strafurteils unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes ne bis in idem* (L'autorité matérielle de la chose jugée, en considération particulière du principe *ne bis in idem*), Thèse Munich, 1962 ; Th. VOGLER intitulé sa thèse *Die Rechtskraft des Strafbefehls. Ein Rechtskraftsproblem*, mais explique dès la première phrase qu'il s'agira d'étudier si la règle *ne bis in idem* s'applique à l'ordonnance pénale, Karlsruhe, C.F. Müller, 1959. Comme en France, les manuels de procédure pénale abordent l'interdiction du cumul des poursuites aux passages relatifs à l'autorité de la chose jugée : C. ROXIN, *op. cit.*, § 50, p. 410 et s. ; K. PETERS, *Strafprozeß*, Heidelberg, C.F. Müller, 4^{ème} éd., 1985, § 54, p. 502 et s.

il ferme la porte au renouvellement des poursuites¹⁶⁸. Par opposition, l'« effet liant » (*Bindungswirkung*) impose qu'il soit tenu compte du jugement par les autres juridictions.

On lit encore dans la jurisprudence et la doctrine que l'obstacle aux nouvelles poursuites est dû à la consommation de l'action pénale (*Strafklageverbrauch*). Mais la consommation de l'action n'est pas conçue de façon autonome par rapport à l'autorité de la chose jugée, comme sous l'ancien droit romain. Elle en reste un effet, qu'on dit être le plus important¹⁶⁹. Cela dit, il existe en Allemagne une expression intéressante : celle du « principe d'unicité¹⁷⁰ du procès pénal » (*Einmaligkeit des Strafverfahrens*). Il n'est pas rare de trouver dans la doctrine et la jurisprudence la référence à ce principe, dont il est affirmé qu'il est mis en œuvre par la règle *ne bis in idem*. Mais le principe d'unicité du procès pénal n'a pas, aux yeux de la doctrine contemporaine, d'existence propre : il reste considéré comme une conséquence de l'autorité de la chose jugée¹⁷¹. Nous verrons plus loin qu'un courant doctrinal du début du XX^{ème} siècle voyait les choses différemment¹⁷².

69. Contrairement à la doctrine pénaliste, la doctrine constitutionnaliste allemande, concerné par la règle *ne bis in idem* depuis sa constitutionnalisation en 1949, ne se réfère pas systématiquement au principe de l'autorité de la chose jugée¹⁷³. De fait, selon la systématique de la Loi fondamentale allemande, tous les droits fondamentaux qu'elle consacre trouvent leur fondement dans le principe de la dignité humaine¹⁷⁴. Néanmoins, les conditions d'application octroyées à la règle par la Cour constitutionnelle fédérale et la doctrine constitutionnaliste restent largement imprégnées des conceptions pénalistes.

Aussi fermement le rattachement de la règle *ne bis in idem* à l'autorité de la chose jugée soit-il établi, il semble qu'il mérite d'être soumis à la discussion.

¹⁶⁸ K. PETERS, *op. cit.*, § 54, p. 504 ; G. PFEIFFER, *op. cit.*, n° 170 ; P. RIEß, *op. cit.*, n° 83 ; C. ROXIN, *op. cit.*, § 50, n° 1 et 6, p. 409-410 ; H. RADTKE, *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁹ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 19 ; C. ROXIN, *op. cit.*, § 50, n° 1 et 6, p. 409-410 ; G. PFEIFFER, *op. cit.*, n° 170.

¹⁷⁰ Le terme « unicité » (*Einmaligkeit*) est entendu au sens de « qui ne se produit qu'une fois ».

¹⁷¹ K. PETERS, *op. cit.*, § 54, p. 504 ; P. RIEß, *op. cit.*, n° 83 et 85 ; G. PFEIFFER, *op. cit.*, n° 170 ; E. WOLTER, *Der Umfang der Rechtskraft im Strafprozeß*, Bleicherode a. H., C. Nieft, 1938, p. 17 ; Th. VOGLER, *op. cit.*, spéc. p. 33 ; H. THOMAS a intitulé sa thèse *Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung. Vom nationalen zum internationalen ne bis in idem*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, mais conçoit également le principe de l'unicité des poursuites comme un effet de l'autorité de la chose jugée. On trouve également l'expression du principe de l'unicité des poursuites dans la jurisprudence, voir notamment BGH 30 août 1978, *J.R.* 1979, p. 299 et s., obs. GRÜNWARD.

¹⁷² Voir *infra*, p. 65.

¹⁷³ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 178 et s. ; E. SCHMIDT-AßMANN, « Art. 103 Abs. 3 », in *Grundgesetz Kommentar* (Maunz-Dürig), vol. VI, München, C.H. Beck, 1992, n° 258 et s.

¹⁷⁴ Selon l'article 1^{er} de la Loi fondamentale,

B. La remise en cause de ce rattachement

70. A partir de la constatation de nombreux cas d'inapplication de la règle *ne bis in idem*, l'on peut formuler l'hypothèse selon laquelle cette inapplication serait liée au rattachement de la règle à l'autorité de la chose jugée, tant la coïncidence entre les cas d'inapplication de la règle et les limites de l'autorité de la chose jugée paraît suspecte (1). L'emprunt par la règle *ne bis in idem* des conditions d'application d'un principe qui ne lui est peut-être pas si intrinsèquement lié qu'on le dit, laisse penser qu'elle manque cruellement d'un fondement juridique, qu'il convient par conséquent de lui donner (2).

1. L'inadéquation du rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée

71. Au cours de cette introduction, plusieurs cas d'inapplication de la règle *ne bis in idem* ont pu être décelés.

Premièrement, la mise en œuvre de la règle est parfois tenue en échec quand la nouvelle poursuite est engagée à raison d'une qualification juridique différente de celle qui a fondé la première poursuite. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme témoigne de cette difficulté persistante¹⁷⁵.

Deuxièmement, en l'absence de texte relatif à l'articulation des répressions pénale et administrative, la jurisprudence française considère que des faits entrant dans le champ d'application des deux types de répression peuvent faire l'objet d'un cumul de poursuites¹⁷⁶.

Troisièmement, lorsque les premières poursuites ont été effectuées à l'étranger, l'application de la règle *ne bis in idem* n'est plus une évidence. S'il s'agit de poursuites effectuées dans un Etat où s'applique la Convention de Schengen, la règle est applicable, mais elle reste soumise à des exceptions non négligeables¹⁷⁷. En revanche, quand les poursuites émanent d'autorités extérieures à l'espace Schengen, l'application de la règle est exclue en Allemagne.

¹⁷⁵ Voir *supra*, p. 38.

¹⁷⁶ Voir *supra*, p. 122.

¹⁷⁷ Voir les exceptions de l'art. 55 de la Convention de Schengen : l'interdiction du cumul des poursuites peut être écartée quand les faits ont eu lieu sur le territoire de l'Etat concerné, lorsque les faits constituent une infraction à la sûreté de l'Etat concerné ou encore lorsqu'ils ont été commis par un fonctionnaire de cet Etat.

Quatrièmement – et dernièrement –, la superposition de systèmes répressifs issus d'ordres juridiques différents, tels les droits nationaux et le droit communautaire en droit de la concurrence, peut être la source de cumuls de poursuites pour les mêmes faits. Ni les textes communautaires ni la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes n'ont affirmé l'application de la règle *ne bis in idem* dans ce type de situations.

72. A l'observation de ces situations dans lesquelles la règle *ne bis in idem* ne s'applique pas, l'on ressent une insatisfaction, un malaise partagé par de nombreux commentateurs¹⁷⁸. Il faut donc comprendre pourquoi la règle est tenue à l'écart. Or, il existe une coïncidence suspecte entre ces cas de non application de la règle et les limites du principe de l'autorité de la chose jugée, auquel la règle emprunte ses conditions d'application. En outre, plusieurs éléments laissent penser que l'emprunt par la règle *ne bis in idem* de ses conditions d'application au principe de l'autorité de la chose jugée explique les restrictions d'application qu'elle connaît.

73. Partons de l'essence de la « chose jugée ». Si l'on soutient que c'est la chose *jugée* qui déclenche l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits, il est cohérent d'exiger, pour que cette interdiction s'applique, que la nouvelle poursuite soit engagée à propos de la même qualification juridique et non pas seulement du même fait matériel. En effet, ce n'est que lorsqu'une qualification juridique a été appliquée à un fait matériel que l'on se trouve en présence d'une chose *jugée*, juger consistant notamment à appliquer le droit aux faits. Ainsi pourrait s'expliquer la position de la Cour européenne des droits de l'homme dans le premier cas.

74. Passons à la portée de l'autorité de la chose jugée. Si l'on veut faire fonctionner la règle *ne bis in idem* au croisement d'ordres juridiques distincts, qu'il s'agisse de plusieurs ordres juridiques nationaux ou d'un ordre juridique national et d'un ordre juridique supranational, et que l'existence d'une chose jugée conditionne sa mise en œuvre, alors cela suppose que chaque ordre juridique reconnaisse et donne des effets à la chose jugée dans un autre ordre juridique. En d'autres termes, cela implique que la portée de la chose jugée s'étende au-delà de l'ordre juridique dans lequel elle est née. Or, chaque ordre juridique entretient sa propre conception de la chose jugée et ne l'accorde qu'à des conditions matérielles et formelles bien

¹⁷⁸ G. TIXIER et T. LAMULLE, note sous Cass. Crim. 20 juin 1996, *D.* 1997, J., p. 249-251; M. CLIQUENNOIS, note sous Cass. crim. 6 nov. 1997, *Droit fiscal* 1998, p. 768-771 ; N. RONTCHEVSKY, note sous CA Paris, 26 oct. 1999, *Bulletin Joly Bourse*, mars-avril 2000, p. 156-162. A propos de l'arrêt CEDH Oliveira c. Suisse, précité, R. KOERING-JOULIN, *RSC* 1999, p. 408 ; *contra* H. MOCK, *RTDH* 1999, p.623-636 et O. BACHELET, *JDI* 1999, p. 255-257.

spécifiques. Il est peu surprenant, dans ces conditions, que la règle *ne bis in idem* peine à s'affirmer dans les relations internationales et supranationales.

Ainsi se trouveraient éclaircis non seulement le troisième et le quatrième cas d'inapplication de la règle *ne bis in idem*, mais aussi le deuxième. En France, l'indépendance des ordres juridiques judiciaire et administratif est à ce point prononcée qu'il n'est guère étonnant que la chose jugée dans un ordre juridique soit frileusement accueillie dans l'autre ordre.

75. Prenons enfin un exemple inverse, dans lequel la règle *ne bis in idem* a trouvé application dans une situation pourtant peu propice, tandis que les conditions de l'autorité de la chose jugée ont été ignorées. Dans l'affaire Gözütok, qui fut soumise à la Cour de justice des Communautés européennes le 11 février 2003¹⁷⁹, la question se posait de savoir si une transaction éteignant l'action publique aux Pays-Bas faisait obstacle à la poursuite des mêmes faits en Allemagne. En l'espèce, il n'existait aucune chose *jugée* puisque les autorités néerlandaises avaient opté pour la transaction. Bien que l'article 54 de la Convention de Schengen requière l'existence d'un jugement définitif¹⁸⁰ pour l'application de la règle *ne bis in idem*, les juges de Luxembourg suivirent les conclusions de l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer ne mentionnant à aucun moment l'autorité de la chose jugée¹⁸¹ et interprétèrent l'article 54 de telle sorte que la poursuite allemande n'eût pas lieu.

76. Dans la doctrine, l'on perçoit également quelques éléments, maigres certes, confortant l'idée selon laquelle le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée pose problème. Dès le XIX^{ème} siècle, Faustin-Hélie reprochait aux légistes de n'avoir vu en l'interdiction de poursuivre à nouveau une personne pour des faits déjà jugés « *que le moyen d'éviter l'inconvénient des poursuites réitérées. Ils ne semblent point – dit Faustin-Hélie, avoir aperçu le principe de justice qui respire sous le principe de procédure, et c'est à cette raison qu'on doit attribuer son application restreinte et contestée* »¹⁸².

77. En Allemagne, Binding¹⁸³ proposa en 1915 une analyse intéressante de la règle *ne bis in idem*. Pour cet auteur, l'interdiction de renouveler les poursuites à propos des mêmes faits,

¹⁷⁹ CJCE Gözütok, aff. C-187/01, arrêt du 11 février 2003.

¹⁸⁰ L'art. 54 dispose : « *Une personne qui a été définitivement jugée dans un Etat partie ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie dans un autre Etat partie (...)* ».

¹⁸¹ Conclusions précitées, voir *supra*, note n° 25. Si l'autorité de la chose jugée est mentionnée aux points 100 à 106, c'est uniquement à propos du défaut d'influence de la transaction sur la possibilité de la victime d'obtenir réparation du dommage résultant de l'infraction en exerçant une action devant la juridiction compétente.

¹⁸² FAUSTIN-HÉLIE, *op. cit.*, n° 982.

¹⁸³ Karl Binding (1841-1920) était professeur de droit pénal et de droit public à l'Université de Fribourg.

tout comme les effets du principe de l'autorité de la chose jugée, sont liés au « *principe d'unicité de toute action définitive de l'Etat* » (*Grundsatz der Einmaligkeit definitiver Staatsaktion*)¹⁸⁴. Sans ce principe, expliquait Binding, l'Etat ne pourrait assurer l'unité de sa volonté et de son action, tant les organes mettant ces dernières en œuvre sont nombreux et risquent de se contredire¹⁸⁵. Pour cet auteur, la règle *ne bis in idem* n'est pas tant un effet de la chose jugée en tant que contenu du jugement, mais plutôt un effet purement processuel résultant de la simple existence du jugement et de l'interdiction pour l'Etat de renouveler son action¹⁸⁶. L'on peut logiquement en déduire que les conditions nécessaires à la reconnaissance d'une véritable autorité à la chose jugée n'ont pas forcément d'incidence sur la question de savoir si les faits matériels ayant donné lieu au jugement peuvent être à nouveau poursuivis. En d'autres termes, l'on peut en conclure que le recours aux conditions générales de l'autorité de la chose jugée n'est pas pertinent pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*.

Quelques années plus tard, en 1919, Sauer¹⁸⁷ poussa le raisonnement plus loin en reliant la règle *ne bis in idem* directement au « *principe d'unicité* » (*Grundsatz der Einmaligkeit*), après avoir éliminé l'intermédiaire de l'autorité de la chose jugée. Cet auteur, qui consacra un chapitre entier de son manuel de droit processuel à l'unicité, dont il soutint qu'elle était un principe « *à reconnaître absolument* »¹⁸⁸, considérait que tout acte de procédure, qu'il fût juridictionnel ou non¹⁸⁹, ne pouvait avoir lieu qu'une fois. Il matérialisa cette idée par la formule « *ce qui a eu lieu ne peut pas avoir lieu à nouveau* »¹⁹⁰. Pour lui, l'interdiction de renouveler les poursuites pénales à propos des mêmes faits provient directement de ce principe général d'unicité, qui « *n'a absolument rien à voir avec l'autorité de la chose jugée* »¹⁹¹, mais repose sur l'inutilité structurelle de la seconde poursuite. Sauer déduisit du principe de l'unicité, appelé de ses vœux, des conditions d'application pour la règle *ne bis in idem* qui ne sont que partiellement convaincantes¹⁹², ce qui explique sans doute la faible

¹⁸⁴ K. BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, tome II, München et Leipzig, Duncker & Humblot, 1915, p. 305 pour la règle *ne bis in idem* et p. 316 pour l'autorité de la chose jugée.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 303-305.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 326.

¹⁸⁷ Wilhelm Sauer (1879-1962) était professeur de droit processuel et de philosophie du droit à l'Université de Königsberg (aujourd'hui Kaliningrad), puis à l'Université de Münster.

¹⁸⁸ W. SAUER, *Grundlagen des Prozeßrechts*, Verlag F. Enke, 1919 (ouvrage réédité en 1929 et en 1970 *post mortem*), § 25 „Grundsatz der Einmaligkeit“, p. 475 et s.

¹⁸⁹ Sauer cite pour exemple la plainte, le mandat de dépôt, la saisie, la décision, la convocation d'un témoin, la voie de recours, les mesures d'exécution, *op. cit.*, p. 476-478.

¹⁹⁰ « *Was ist geschehen, kann nicht noch einmal geschehen* », *ibidem*, p. 484.

¹⁹¹ En ces termes, p. 483, voir également p. 480, 484 et 490.

¹⁹² Par exemple, Sauer admettait que des faits déjà jugés par ordonnance pénale puissent être poursuivis à nouveau selon une procédure différente, sous prétexte qu'il ne s'agissait pas du même acte, *op. cit.*, p. 486.

résonance de ses travaux sur ce point dans la doctrine postérieure. Mais sa démarche n'en demeure pas moins intéressante.

78. En France, la remise en cause du lien entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée fut plus discrète. Dans une note d'arrêt publiée en 1939, Légal fit remarquer en quelques lignes que ce lien était loin d'être évident : « *il y a là deux principes voisins, qui s'étayaient, se complètent l'un l'autre et concourent, le cas échéant, au même résultat : le renouvellement des poursuites, mais qui n'ont cependant ni un fondement exactement semblable, ni une portée identique* »¹⁹³. Mais ces réflexions ne trouvèrent guère d'écho dans la doctrine postérieure¹⁹⁴.

En 1957, Gavalda publiait une étude sur « l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », qu'il envisageait comme synonyme de la règle *ne bis in idem*. Confrontant la « *théorie pénale de la chose jugée* » à la « *théorie générale de la chose jugée* », l'auteur évoque l'« *originalité spécifique de la règle pénale "non bis in idem", nuancée de faveur pour le condamné innocent* » et insiste à plusieurs reprises sur le « *particularisme de la théorie pénale de la chose jugée* »¹⁹⁵. Le lecteur qui le veut bien comprend que la règle *ne bis in idem* ne se réduit pas à l'autorité de la chose jugée. Mais l'auteur de l'article ne tira pas cette conclusion et maintint le lien absolu entre les deux éléments. Il préféra déduire de ses propres constatations « *qu'il conviendra, dès lors, d'adoucir par la notion de faveur à la liberté, les conséquences juridiques rationnelles de l'autorité de la chose jugée* »¹⁹⁶.

79. Ce n'est qu'en 1963, sous la plume de M. Gassin, qu'apparaît une critique explicite du rattachement de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits au principe de l'autorité de la chose jugée. L'auteur explique d'abord que « *la règle non bis in idem n'a pas toujours été confondue avec l'autorité de la chose jugée* »¹⁹⁷. En effet, on a longtemps considéré que « *le principe suivant lequel "nul ne peut être poursuivi à nouveau pour un fait qui a déjà donné lieu à un acquittement ou à une condamnation à une peine plus légère"* »

¹⁹³ A. LEGAL, note sous Cass. crim. 30 janv. 1937, *Sirey* 1939.I.193, spéc. 195. L'auteur précise que « [l']*autorité de la chose jugée est établie avant tout dans l'intérêt de la paix publique et de la dignité de la justice. Son objet propre est de couvrir d'une présomption irréfragable de vérité ce qui a été affirmé par une sentence définitive* ». Quant à la règle *ne bis in idem*, il précise qu'elle « *répond, nous semble-t-il, principalement, à un but de protection individuelle ; elle s'est trouvée imposée, sinon par une notion de stricte justice rétributive, tout au moins par de pressantes considérations d'humanité* ».

¹⁹⁴ Voir cependant R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée... », n° 2, p. 240 : l'auteur cite la note de Légal dans la note de bas de page n° 3.

¹⁹⁵ Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n°s 6, 10 et 11, c'est nous qui soulignons.

¹⁹⁶ *Ibidem*, n° 13.

¹⁹⁷ R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée... », n° 2, p. 240.

reposait sur des considérations humanitaires, de faveur à la liberté. Il n'était pas question d'invoquer la présomption res judicata pro veritate habetur ou, en tout cas, lorsqu'on le faisait, ce n'était qu'à titre de justification d'appoint »¹⁹⁸.

Puis, M. Gassin montre que le rattachement de la règle *ne bis in idem* à la théorie générale de l'autorité de la chose jugée ne date que du XIX^{ème} siècle, où l'insuffisance des textes consacrant l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits entraîna « *le "gauchissement" de cette règle vers la théorie générale de la chose jugée* »¹⁹⁹. L'utilisation de l'article 1351 du Code civil comme base légale de l'interdiction de cumuler les poursuites pénales pour les faits en témoigne avec éclat²⁰⁰. Et l'auteur d'en conclure : « *La modification ainsi apportée au fondement de la règle a eu, en tout cas, de graves répercussions sur son domaine d'application* »²⁰¹.

Parmi ces répercussions, M. Gassin mentionne la restriction par la jurisprudence de l'interdiction du cumul des poursuites aux cas où la seconde poursuite était engagée pour la même qualification juridique, le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits matériels étant en revanche admis²⁰². Il s'agit là de l'un des quatre cas identifiés d'inapplication de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits.

80. Une coïncidence apparaît donc entre l'inapplication de la règle *ne bis in idem* et les limites du principe de l'autorité de la chose jugée. Elle invite à penser que l'emprunt par la règle *ne bis in idem* des conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée pour sa mise en œuvre est responsable des restrictions de son application injustifiées au regard des

¹⁹⁸ R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée... », n° 2, p. 241. Pour illustrer que le respect de l'autorité de la chose jugée n'était pas une préoccupation dominante, R. Gassin ajoute que « *des institutions telles que la révision des condamnations imméritées ou la grâce étaient très largement admises sous l'Ancien Régime* ». Voir, du même auteur, « Autorité de la chose jugée », p. 96 : « *A la différence du principe général de l'autorité de la chose jugée qui repose essentiellement sur des préoccupations de paix sociale, la règle non bis in idem est une disposition protectrice de la liberté individuelle des personnes déjà poursuivies* ».

¹⁹⁹ *Ibidem*, n° 3, p. 242.

²⁰⁰ Voir *supra*, p. 58.

²⁰¹ *Ibidem*, n° 3, p. 243.

²⁰² D'autre part, R. Gassin affirme que le rattachement de la règle *ne bis in idem* à l'autorité de la chose jugée a provoqué une extension inattendue de sa portée, relative au prononcé et à l'exécution de la sanction (« Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée... », n° 3, p. 243). On considéra en effet que l'autorité de la chose jugée s'étendait à cette seconde partie du procès pénal autant qu'à la décision sur la responsabilité de l'individu et en déduisit l'impossibilité de réviser la sanction pénale à une date ultérieure au procès (R. GASSIN, *ibidem* et n° 31 p. 265 ; en ce sens également, J. PINATEL, d'après Gassin, *ibidem*, n° 26, p. 261). Ayant pris le parti d'écarter de notre étude la question des sanctions, nous ne reviendrons pas sur cette deuxième répercussion, qui a d'ailleurs été récemment combattue de façon convaincante à propos de l'ajournement du prononcé de la peine, C. SAAS, *op. cit.*, n° 295, p. 319. L'auteur considère que l'ajournement du prononcé de la peine n'engendre pas la révision de la sentence pénale mais s'analyse en le prononcé de deux décisions distinctes.

fonctions de la règle. Si cette hypothèse est juste, il faudra songer à éliminer le lien entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée.

Mais aussitôt, une autre idée surgit. Si la règle *ne bis in idem* s'est « agrippée » ainsi au principe de l'autorité de la chose jugée, c'est sans doute qu'elle ne possède pas de fondement juridique propre – ou que ses fondements sont lointains, si lointains qu'ils ont été oubliés et trop lointains pour parvenir à guider utilement sa mise en œuvre. D'où la nécessité de remédier à cette absence de fondement.

2. Le remède à l'absence de fondement juridique de la règle *ne bis in idem*

81. La nature a horreur du vide, et peut-être en va-t-il de même des règles juridiques. Sans fondement guidant leur mise en œuvre, elles se raccrochent, tel le parasite, à des principes à partir desquels peuvent être définies leurs conditions d'application. En somme, les règles sans fondement se servent de principes voisins comme d'un fondement juridique.

A propos des fondements de la règle *ne bis in idem*, la doctrine juridique est étonnamment discrète. Elle s'exprime assez largement sur les *fonctions* de la règle, mentionnant le maintien de la sécurité juridique et la protection de l'individu contre le renouvellement intempestif des poursuites pour les mêmes faits. Mais elle n'évoque à titre de *fondements* que des principes qui paraissent lointains de l'interdiction procédurale du cumul des poursuites pour les mêmes faits, tels la liberté et la dignité de l'homme. Il faut croire que ces fondements ne sont pas assez précis pour guider avec succès la détermination des conditions d'application de la règle.

Ainsi, même si nous parvenons à vérifier l'hypothèse d'une restriction injustifiée de l'application de la règle *ne bis in idem* due au recours aux conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée, la suppression du lien entre la règle et ce principe ne suffira pas à assainir la mise en œuvre de la règle. Bien plus, c'est le rattachement de la règle à un véritable fondement qui lui permettra de s'épanouir harmonieusement. Ainsi, tel l'architecte qui ausculte les fondations d'un immeuble avant d'engager une construction ambitieuse, il faudra sonder les profondeurs de la règle *ne bis in idem* pour identifier son fondement axiologique, afin de construire un fondement juridique ancré sur ce dernier, et de redéfinir en conséquence le champ et les conditions d'application de la règle.

82. Si, comme nous le supputons, la remise en cause du « *“gauchissement”* [de la règle *ne bis in idem*] vers la théorie générale de l'autorité de la chose jugée » mis en lumière par M. Gassin est nécessaire, il faudra proposer un fondement juridique pour la règle *ne bis in idem*. Ce fondement pourra être le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits, évoqué par la doctrine allemande mais inexploité en droit positif indépendamment de l'autorité de la chose jugée. Outre qu'il apparaît séduisant parce qu'il exprime une valeur positive plutôt qu'une interdiction, ce principe semble plus propice à l'harmonisation européenne que celui de l'autorité de la chose jugée, dont les contours sont très marqués par les particularismes nationaux.

Après avoir vérifié l'hypothèse du manque de pertinence du rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée, nous envisagerons le principe d'unicité d'action répressive comme fondement juridique de la règle *ne bis in idem*.

- Première partie : Critique du rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée
- Seconde partie : Proposition d'un fondement pour la règle *ne bis in idem* : le principe d'unicité d'action répressive

PREMIERE PARTIE

CRITIQUE DU RATTACHEMENT DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM* AU PRINCIPE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

83. Dans la première partie de cette étude, il s'agira de vérifier l'hypothèse de l'inadéquation du rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée, actuellement pratiqué par la jurisprudence et soutenu par la doctrine. En particulier, il conviendra d'expliquer pourquoi l'utilisation des conditions d'application de l'autorité de la chose jugée pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* n'est pas satisfaisante.

84. La recherche se situera d'abord sur le plan théorique. En effet, nous voudrions montrer que les fonctions de la règle *ne bis in idem* ne se confondent pas avec celles du principe de l'autorité de la chose jugée.

Comme il a été observé en introduction, il est rare que la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée soient nettement distingués²⁰³. Dans la conception française comme dans la conception allemande²⁰⁴, la règle *ne bis in idem* est le plus souvent perçue comme un simple aspect de l'autorité de la chose jugée. Cela explique que les conditions d'application employées pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* sont les mêmes que celles qui confèrent l'autorité de la chose jugée à une décision. Ainsi, la jurisprudence française considère que l'interdiction d'engager de nouvelles poursuites pour les mêmes faits n'opère qu'en présence d'une « chose jugée » entre laquelle et la « chose poursuivie » il doit y avoir identité d'objet, de cause et de parties²⁰⁵.

Cette conception trouve son origine dans le présupposé qu'il n'existe pas de divergence entre les fonctions des deux institutions. En effet, le recours aux conditions de mise en œuvre d'un principe pour l'application d'une règle implique que la règle soit étroitement liée au principe. Logiquement, la règle se sert alors de prescriptions dictées par le principe, pour mettre ce dernier en œuvre de telle sorte qu'il remplisse ses fonctions. Certes, dans ce schéma, la fonction de la règle n'est autre que la mise en œuvre du principe. Mais il ne s'agit là que de la fonction proche de la règle. Celle-ci peut également posséder des fonctions lointaines. Pour la comparaison des fonctions de la règle *ne bis in idem* avec celles du principe de l'autorité de la chose jugée, seules les fonctions lointaines de la règle nous intéressent.

²⁰³ Voir *supra*, p. 57 et s. pour la France et p. 61 et s. pour l'Allemagne.

²⁰⁴ En Allemagne, l'observation concerne essentiellement la doctrine pénaliste, puisque la doctrine constitutionnaliste envisage la règle *ne bis in idem* non pas seulement comme un aspect du principe de l'autorité de la chose jugée, mais avant tout comme un droit fondamental, ainsi que le requiert sa consécration à l'art. 103 al. 3 de la Loi fondamentale (voir *supra*, p. 62.)

²⁰⁵ Voir *supra*, p. 60.

Selon la logique de la conception actuelle, les fonctions lointaines de la règle *ne bis in idem* s'identifient avec les fonctions du principe. Sans cela, la doctrine ne pourrait envisager que la règle parvienne à mettre en œuvre le principe en conformité avec ses fonctions. En somme, lorsque la doctrine affirme que la règle *ne bis in idem* est un aspect de l'autorité de la chose jugée, cela implique qu'elle considère que l'une et l'autre ont les mêmes fonctions. De fait, la doctrine n'éprouve pas la nécessité de distinguer les fonctions de la règle *ne bis in idem* des fonctions du principe de l'autorité de la chose jugée²⁰⁶. Elle laisse ainsi entendre, de façon conséquente avec le rattachement qu'elle opère de la première au second, qu'ils poursuivent les mêmes objectifs.

Pourtant, ce postulat peut être contesté. Si l'on compare la règle *ne bis in idem* avec le principe de l'autorité de la chose jugée, l'on constate que les deux institutions possèdent chacune des fonctions propres, parfois proches les unes des autres, mais non identiques.

85. L'on comprend, dans ces conditions, que l'emprunt par la règle *ne bis in idem* des conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée soulève des difficultés pratiques. En effet, comment une règle appliquée au gré de considérations tirées d'un principe dont les fonctions lui sont étrangères, pourrait-elle parvenir à remplir ses propres fonctions ? Il ne sera donc pas surprenant de constater à l'observation du droit positif que le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée a des conséquences néfastes pour l'application de la règle. Le recours aux conditions de l'autorité de la chose jugée pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* entraîne en effet une restriction considérable de l'application de cette dernière.

86. Dans un premier temps, nous envisagerons la critique du rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée au regard des fonctions de la règle et du principe, dont nous verrons qu'elles se situent résolument en décalage (titre 1). Dans un second temps, nous constaterons qu'en droit positif la règle *ne bis in idem* subit, par l'effet du recours aux conditions de l'autorité de la chose jugée, des restrictions importantes dans son application (titre 2), ce qui confirmera l'hypothèse de l'inadéquation du rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée.

²⁰⁶ Voir cependant A. LEGAL et R. GASSIN et nos explications *supra*, p. 67.

Titre 1

**Le décalage de fonctions entre la règle *ne bis in idem*
et le principe de l'autorité de la chose jugée**

87. Au cours des siècles, diverses fonctions furent attribuées à la règle *ne bis in idem* et au principe de l'autorité de la chose jugée sans que ces derniers soient distingués l'un de l'autre. De l'étude des doctrines française et allemande, il ressort globalement que la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée possèdent deux catégories de fonctions. L'objet de ce titre est de montrer que, quelle que soit la catégorie envisagée, il existe un décalage entre les fonctions de la règle *ne bis in idem* et celles du principe de l'autorité de la chose jugée.

88. La première catégorie de fonctions relève d'une approche collective et tend, en définitive, à la préservation de la paix sociale. La doctrine laisse en effet transparaître l'idée que la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée ont pour fonction commune et ultime de contribuer à la paix sociale. En soi, cette affirmation est incontestable. Mais des nuances apparaissent dès lors que l'on s'intéresse aux moyens par lesquels les deux institutions procèdent pour atteindre leur objectif commun. Il s'avère que la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée empruntent des chemins différents pour la réalisation de la paix sociale, si bien qu'il existe un premier décalage de fonctions entre la première et le second (chapitre 1).

89. La seconde catégorie de fonctions se résume à une fonction unique, qui s'inscrit dans une approche individuelle. Elle est à observer du point de vue de la personne suspectée d'avoir commis une infraction. Selon la doctrine, la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée, dont la règle n'est qu'un effet, protègent l'intérêt individuel du justiciable ayant répondu de ses actes devant la justice répressive à ne pas être poursuivi à nouveau pour les mêmes faits. Cette affirmation est certes vraie pour la règle *ne bis in idem*. Mais elle ne l'est pas, nous le constaterons, pour le principe de l'autorité de la chose jugée. Ainsi se profile un second décalage de fonctions entre les deux institutions (chapitre 2).

CHAPITRE 1 UN MODE DIFFERENT DE CONTRIBUTION A LA PAIX SOCIALE

90. Lorsqu'elle s'interroge sur la finalité de la règle *ne bis in idem* et du principe de l'autorité de la chose jugée – auquel elle rattache la règle –, la doctrine évoque toujours, plus ou moins explicitement, la préservation de la paix sociale²⁰⁷. Tant l'enjeu est fondamental pour notre démonstration, il conviendra d'analyser la démarche intellectuelle suivie par ces auteurs pour comprendre comment les deux institutions contribuent à la préservation de la paix sociale. A cette fin, il faut cerner le sens du terme « paix sociale » et voir quels sont les moyens d'y parvenir, du moins ceux qui relèvent de la justice répressive.

La paix sociale règne en l'absence de conflit entre les membres de la société. En revanche, lorsqu'un conflit surgit, une rupture se crée entre les individus mêlés au litige. Selon la gravité du litige et au gré des répercussions sur l'entourage des individus directement concernés, la rupture est susceptible de troubler la tranquillité d'un groupe social plus ou moins vaste. La paix sociale se voit alors perturbée.

La raison d'être de la justice répressive est de rétablir la paix sociale lorsque celle-ci a été affectée par un litige né de la commission d'une infraction. L'idée fondamentale de retour à la paix apparaît dans les réflexions de Mme Delmas-Marty sur le sens de la répression²⁰⁸. Après avoir montré les insuffisances de la répression pénale, puis exclu sa suppression pure et simple en raison du danger du développement de la justice privée ou de formes de répression ne présentant pas les mêmes garanties au regard des droits de l'homme²⁰⁹, l'auteur met en valeur l'aspect pacificateur de la répression pénale, « *cet effet positif et heureux d'effacement*

²⁰⁷ J.-A. ROUX, *op. cit.*, p. 210 : « [si on exerçait deux fois la même action pour le même fait devant une juridiction répressive], la justice criminelle, au lieu de ramener l'ordre et de rétablir la paix, produirait le désordre, si les mêmes accusations renaissaient perpétuellement » ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome 2, n° 1529 : « La paix sociale exige que tout procès prenne fin un jour, et que, lorsqu'il a été définitivement jugé, il ne puisse plus tard être remis en question ». De manière plus implicite : FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 983 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 886 ; K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 1.

²⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression. Lectures du Code pénal*, Paris, PUF, 1980.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 257-258 : « [On peut] se contenter de réduire la répression à ces pauvres vérités auxquelles on ne croit plus guère : la mise à l'écart, l'élimination, qui ne sont jamais suffisantes, la dissuasion, jamais certaine, et leur contraire, la rééducation, incertaine elle aussi. Ou alors, supprimer la loi pénale, s'en tenir aux sanctions « restitutives » des autres systèmes et tenter – mais comment ? – de limiter les dangers de la justice privée et des contrôles administratifs ».

du crime, d'apaisement de la colère, de dissolution de la réprobation, effet d'oubli d'où peut jaillir la réconciliation ». Elle ajoute plus loin : « *La répression n'est pas là pour supprimer la violence, ni même pour la canaliser, seulement pour ramener la paix après la violence* »²¹⁰.

91. Afin de rétablir la paix sociale lorsque celle-ci a été brisée, la justice répressive doit résoudre les litiges nés de la commission d'infractions. Mais pour que la paix sociale se réinstalle, encore faut-il que la résolution des litiges soit stable. Si les solutions données aux litiges pouvaient être modifiées, les blessures provoquées par l'infraction resteraient ouvertes et la justice répressive manquerait assurément son objectif. Il en découlerait, de surcroît, une insécurité juridique nuisible à tous.

Si l'on en croit la doctrine, le principe de l'autorité de la chose jugée et son effet négatif, la règle *ne bis in idem*, contribuent ensemble à la paix sociale en garantissant la sécurité juridique. A première vue, l'on peut effectivement penser que la chose jugée est revêtue d'une autorité incontestable, d'une part, et que le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits est exclu par la règle *ne bis in idem*, d'autre part, dans le même but d'éviter qu'une autre solution soit donnée au litige. Par conséquent, la fonction sociale du principe comme de la règle serait de lutter contre l'instabilité de la résolution des litiges et l'insécurité juridique qui en découle.

92. Par ailleurs, la capacité de la justice répressive à rétablir la paix sociale après le crime suppose que celle-ci bénéficie de la confiance des justiciables et des citoyens. Si, par avance, le corps social était suspicieux à l'égard de la justice, il cesserait de se fier à la parole du juge. Les décisions qu'elle rendrait, aussi justes soient-elle, risqueraient de ne pas emporter l'adhésion et de ne pas parvenir, en conséquence, à ramener la paix sociale.

Pour inspirer la confiance, la justice doit revêtir un certain prestige, une certaine autorité, qu'elle acquiert notamment par sa crédibilité à remplir sa mission de juger. Or, la doctrine voit dans le principe de l'autorité de la chose jugée et son versant négatif, la règle *ne bis in idem*, des instruments de construction de cette crédibilité²¹¹. En somme, l'un comme l'autre auraient pour seconde fonction à caractère social la protection du crédit du juge.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 258. En Allemagne, on parle plus volontiers de paix juridique (*Rechtsfrieden*) comme objectif ultime de la répression et du procès pénal, voir S. STEIN, *op. cit.*, p. 267 et s.

²¹¹ FAUSTIN-HÉLIE, *op. cit.*, n° 983 ; Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 8.

La doctrine attribue donc à la règle *ne bis in idem* et au principe de l'autorité de la chose jugée auquel elle rattache la règle la double fonction de préserver la sécurité juridique *et* de protéger le crédit du juge.

93. L'analyse montre qu'en réalité, la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée ont chacun une fonction propre. Tandis que la règle a pour fonction directe de préserver la sécurité juridique (section 1), le principe poursuit avant tout l'objectif de protéger le crédit du juge (section 2).

Section 1 La fonction sociale de la règle *ne bis in idem* : la préservation de la sécurité juridique collective

94. L'objectif de cette première section est de montrer que la règle *ne bis in idem* possède une fonction sociale, qui est de préserver la sécurité juridique collective.

Par les termes « sécurité juridique *collective* », nous désignons la sécurité à laquelle aspire la société de façon collective, par opposition à la sécurité qui intéresse les particuliers, à propos des situations juridiques qui les concernent individuellement. Nous reviendrons sur cette sécurité juridique là, que nous qualifierons de « sécurité juridique individuelle »²¹².

Prenons l'exemple d'un individu relaxé définitivement d'une accusation portée contre lui. Cet individu veut pouvoir compter sur la pérennité du jugement et savoir son sort judiciaire définitivement réglé. Il revendique la garantie de sa sécurité juridique individuelle. Supposons, à présent, qu'un employeur souhaite l'embaucher. L'employeur doit être assuré que la relaxe constitue la situation juridique valable et qu'aucune décision future ne la transformera en une condamnation qui pourrait entraîner le prononcé d'une peine d'emprisonnement et empêcher l'employé d'honorer le contrat de travail. Cette sécurité juridique ne concerne d'ailleurs pas seulement l'employeur, mais aussi le groupe social dans lequel évolue l'individu, la collectivité qui peut être amenée à entretenir des rapports juridiques avec lui. C'est en ce sens que nous l'appelons « sécurité juridique collective ».

95. Identifier les fonctions d'une règle juridique suppose de partir d'une conception pure de celle-ci, c'est-à-dire entièrement dénuée des restrictions que lui confère le droit positif. Dans les développements qui suivront, nous évoquerons la règle *ne bis in idem* ou l'interdiction de renouveler les poursuites pour les mêmes faits dans un sens idéal, impliquant que la règle s'applique sans restriction aucune. Dans ce contexte, nous entendrons le terme « faits » au sens de « faits matériels », désignant les faits tels qu'ils ont été commis dans la réalité et non pas tels qu'ils sont envisagés par le droit à l'issue de la qualification juridique. Nous rejoignons sur ce point la prescription de l'article 368 du Code de procédure pénale français, selon laquelle « aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ».

²¹² Voir *infra*, p. 131 et s.

96. La doctrine considère très largement, nous le verrons, que l'interdiction du renouvellement des poursuites pour les mêmes faits, exprimée par la règle *ne bis in idem* et découlant du principe de l'autorité de la chose jugée, a pour fonction de préserver la sécurité juridique collective. Pour notre part, nous voudrions montrer que la règle *ne bis in idem* contribue à elle seule à la sécurité juridique collective, sans qu'il soit besoin d'en référer à l'autorité de la chose jugée. Pour ce faire, il convient d'analyser les fonctions immédiates de la règle *ne bis in idem*, puis de voir si celles-ci s'inscrivent dans un objectif de mise en œuvre de la sécurité juridique collective.

Dans la mesure où la règle *ne bis in idem* a pour fonction immédiate de garantir la stabilité en matière de justice répressive (§ 1) et où cette dernière est une composante de la sécurité juridique collective, la fonction subséquente de la règle *ne bis in idem* consiste en la préservation de la sécurité juridique collective (§ 2).

§ 1 La fonction immédiate de garantie de la stabilité

97. La stabilité en matière de justice répressive commence certainement par la stabilité des décisions rendues à titre définitif par les organes de la justice répressive. Cependant, la stabilité des décisions répressives définitives ne permet pas complètement d'atteindre la stabilité juridique en matière de justice répressive.

La doctrine s'est peu attardée sur les conditions d'une mise en œuvre complète de la stabilité juridique. Pourtant, il paraît essentiel de les identifier. En effet, pour s'assurer que la règle *ne bis in idem* remplit la fonction de préservation de la stabilité juridique et, plus précisément, que les conditions d'application qu'elle emploie permettent que cette fonction soit entièrement remplie, il faut connaître avec exactitude les conditions de réalisation de la stabilité juridique.

A l'analyse, il apparaît que la stabilité juridique en matière de justice répressive ne règne qu'à une double condition. Il faut non seulement que les décisions répressives définitives soient stables (A), mais encore que les situations juridiques issues de ces décisions ne puissent plus être remises en cause (B).

A. La stabilité des décisions répressives définitives

98. Pour que les décisions répressives définitives répondent à l'exigence de stabilité, elles ne doivent plus pouvoir être remises en question. Nous entendons par « décision définitive » toute décision ayant vocation à résoudre le litige à elle seule, c'est-à-dire sans qu'aucune décision complémentaire soit nécessaire – par opposition aux décisions provisoires et aux décisions de simple administration judiciaire.

Certes, des possibilités de remise en cause des décisions répressives définitives sont nécessaires pour corriger d'éventuelles erreurs, comme pour garantir une application homogène des règles de droit au sein du système juridique. Des juridictions supérieures contrôlent ainsi la rectitude des décisions grâce à l'exercice de l'appel, du pourvoi en cassation – sans oublier la possibilité du réexamen à la suite d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme²¹³. Mais une fois l'ensemble de ces voies de recours épuisées, soit parce qu'elles ont déjà été exercées, soit parce que le délai pour les exercer est écoulé, la dernière décision définitive rendue – ou la seule décision définitive rendue au cas où les voies de recours n'ont pas été exercées –, ne doit plus pouvoir être anéantie²¹⁴. Comme l'exprime largement la doctrine, il faut un jour que le procès s'achève, définitivement²¹⁵. Pour désigner la décision définitive ne pouvant plus être remise en question par le biais des voies de recours, on parle de décision irrévocable²¹⁶.

La préservation de la stabilité des décisions définitives n'est autre que le rôle de la règle *ne bis in idem*. En prohibant le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits, la règle empêche que de nouvelles décisions viennent se substituer aux décisions définitives. C'est ainsi qu'elle garantit la stabilité juridique en matière de justice répressive.

²¹³ En Allemagne, le système est tout à fait similaire. Les voies de recours sont l'appel (*Berufung*), le pourvoi en cassation (*Revision*) et la réouverture à la suite d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (l'un des cas d'ouverture de la *Wiederaufnahme*).

²¹⁴ Nous ne mentionnons pas le pourvoi en révision (*Wiederaufnahme* en Allemagne), qui constitue une exception à la règle *ne bis in idem*. Nous y reviendrons dans la seconde partie, notamment p. 538 et 544.

²¹⁵ J.-A. ROUX, *op. cit.*, p. 210 : « [si on exerçait deux fois la même action pour le même fait devant une juridiction répressive], la justice criminelle, au lieu de ramener l'ordre et de rétablir la paix, produirait le désordre, si les mêmes accusations renaissaient perpétuellement » ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 886 : « Il s'agit d'abord de mettre un terme au procès en revêtant les décisions pénales d'une autorité incontestable » ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, tome 2, n° 1529 : « La paix sociale exige que tout procès prenne fin un jour, et que, lorsqu'il a été définitivement jugé, il ne puisse plus tard être remis en question » ; K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 1 : « (...) tout procès doit un jour ou l'autre prendre fin. (...) Tout procès suppose un litige dont il doit précisément donner la solution et (...) cette solution intéresse (...) les parties au procès » ; J. CEDRAS, « Action publique. Extinction. Autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal ». *Jurisclasseur Procédure pénale*, Art. 6, Fasc. 2, (3, 1995), n° 8 : « Il faut savoir terminer un procès et ne pas le reprendre ».

²¹⁶ *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° irrévocable, point n° 2.

99. L'importance fondamentale de la stabilité des décisions définitives doit être soulignée. Elle conditionne en effet la stabilité juridique en matière répressive, qui est elle-même déterminante pour la paix sociale. Il convient, pour le démontrer, de rappeler brièvement comment la justice répressive procède pour atteindre son objectif de préservation de la paix sociale.

Pour résoudre les litiges, la justice doit trancher. C'est le rôle de la décision de justice qui, en matérialisant le verdict du juge, parvient à clore les litiges. Cet effet de la décision transparaît d'ailleurs dans l'étymologie du terme « arrêt », désignant un certain type de décisions. L'arrêt n'a, en effet, d'autre vocation que d'arrêter le litige²¹⁷.

L'effet de clôture de la décision définitive tient un rôle essentiel. Il permet la reconstruction du lien brisé entre l'auteur de l'infraction et la société, sans oublier les éventuelles victimes. Alors, le dépassement du litige peut commencer et la réconciliation peut avoir lieu.

100. Ainsi, comme l'a montré Ricœur, la décision ne permet pas seulement la clôture des litiges, elle est encore, à plus long terme, la condition du rétablissement de la paix sociale. « *L'acte de juger* », dit Ricœur, a deux finalités : l'une, courte, « *en vertu de laquelle juger signifie trancher, en vue de mettre un terme à l'incertitude* »²¹⁸ ; l'autre, « *plus longue, plus dissimulée sans doute, à savoir la contribution du jugement à la paix publique* »²¹⁹.

A propos de la finalité courte, l'auteur mentionne, au-delà des règles procédurales qui imposent à un moment ou à un autre de mettre un point final au débat judiciaire, « *la nécessité sociale*²²⁰ (...) *consistant dans l'interruption de l'incertitude* ». Il évoque le rôle de l'acte de juger au sein du procès : intervenant en phase terminale de ce dernier, l'acte de juger « *apparaît comme la clôture d'un processus aléatoire* »²²¹.

²¹⁷ P. RICŒUR, « L'acte de juger », in *Le Juste*, tome 1, Paris, Esprit, 1995, (réimpression 2001), p. 185-192, spéc. p. 187 : « *au-delà de cet arrêt – bien nommé –* ». M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Ecrits en hommage à J. Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 463-476, spéc. p. 466-467 : « *Le jugement est le contraire de la procédure qui le précède puisque le débat contradictoire dont le procès est le cadre aurait vocation à ne jamais cesser. Le jugement est ce qui fausse le procès car il y coupe court et fait cesser la recherche de la vérité* ».

²¹⁸ On remarque que l'objectif final n'est pas de trancher en soi, mais de mettre fin à l'incertitude, de rétablir la stabilité.

²¹⁹ P. RICŒUR, *op. cit.*, p. 185.

²²⁰ C'est P. RICŒUR qui souligne.

²²¹ P. RICŒUR, *op. cit.*, p. 187.

En ce qui concerne la finalité longue, Ricœur explique qu'« *il apparaît que l'horizon de l'acte de juger, c'est finalement plus que la sécurité, la paix sociale* »²²². Pour lui, cette finalité ultime rejaillit sur la finalité proche de l'acte de juger, c'est-à-dire le fait de mettre fin à l'incertitude en tranchant le conflit : « *Trancher, on l'a dit, c'est séparer, tirer une ligne entre „le tien“ et „le mien“. La finalité de la paix sociale fait apparaître en filigrane quelque chose de plus profond qui touche à la reconnaissance mutuelle ; ne disons pas réconciliation ; parlons encore moins d'amour et de pardon, qui ne sont plus des grandeurs juridiques, parlons plutôt de reconnaissance* »²²³.

101. En tant que résultat de l'acte de juger, la décision est donc le socle sur lequel se reconstruit la paix sociale. Mais pour atteindre son effet, la décision doit être stable. Tant que sa décision est susceptible d'être modifiée, la reconstruction du lien ne peut commencer. En effet, cette reconstruction serait réduite à néant dès la survenance d'une autre décision résolvant le litige différemment. Conscientes de ce danger, les parties ne souhaiteront pas engager le processus de réconciliation. Elles attendront d'être fixées sur la situation juridique définitive.

Ainsi, sans la stabilité des décisions destinées à résoudre les litiges, la clôture du litige n'est qu'illusion et la réconciliation des parties – ou leur reconnaissance mutuelle, pour reprendre les termes de Ricœur – est vouée à l'échec. D'où l'importance de cette stabilité dans la mise en œuvre de la paix sociale.

Le rôle capital de la règle *ne bis in idem* pour le bon fonctionnement du système juridique commence à poindre. Mais il n'est encore que partiellement dévoilé. Au-delà de la stabilité des décisions répressives définitives, la règle *ne bis in idem* garantit encore la stabilité des situations juridiques issues de ces décisions.

²²² *Ibidem*, p. 190, c'est P. RICŒUR qui souligne.

²²³ *Ibidem*, p. 190, c'est P. RICŒUR qui souligne.

B. La stabilité des situations juridiques issues des décisions répressives définitives

102. Pour réaliser la stabilité juridique, la stabilité des décisions définitives n'est pas suffisante. En effet, à quoi bon préconiser la stabilité d'une décision définitive s'il est possible de remettre en cause la résolution du litige qu'elle porte en son sein d'une autre manière qu'en détruisant cette décision ?

La situation juridique issue d'une décision définitive peut être modifiée non seulement quand une décision définitive est anéantie et *remplacée* par une autre décision, mais encore lorsqu'une autre décision portant sur le même litige lui est *ajoutée*. C'est le cas, par exemple, quand des faits ont été d'abord appréhendés sous une certaine qualification juridique puis, plus tard, sous une autre qualification, sans que la première décision soit supprimée ; ou encore lorsque les faits ont été jugés par la justice pénale, puis le sont à nouveau par une autre autorité répressive, telle une autorité administrative indépendante exerçant des compétences répressives ; ou enfin, si l'affaire est traitée par la justice répressive d'un Etat puis par celle d'un autre Etat ou d'une autorité répressive supranationale.

Dans toutes ces situations, les solutions auxquelles aboutissent les deux actions répressives sont nécessairement différentes, les qualifications juridiques fondant les deux poursuites étant par hypothèse distinctes. La situation juridique évolue donc, ne serait-ce que légèrement, entre le moment de la première décision et celui de la seconde. Il en résulte une instabilité, provisoire certes, mais qui reporte à l'instant de la dernière décision le commencement du processus de réconciliation. En outre, le simple fait pour la collectivité d'avoir conscience que l'existence d'une décision définitive sur des faits matériels ne fait pas obstacle, en soi, à une autre poursuite sous une autre qualification juridique, par la même autorité répressive ou non, crée déjà l'incertitude juridique.

Ainsi, pour une mise en œuvre complète de la stabilité juridique, il n'importe pas seulement que les décisions clôturant les litiges soient stables, mais bien plus que les *situations juridiques* qui résultent de ces décisions ne puissent pas être remises en cause. Tel est le prix d'une véritable protection de la paix sociale.

103. En faisant obstacle à ce qu'une nouvelle poursuite soit engagée pour les mêmes faits, la règle *ne bis in idem* constitue la garantie que la décision issue de la première poursuite ne sera

pas remise en cause de quelque manière que ce soit et, par conséquent, que la situation juridique qu'elle engendre ne se verra pas modifiée par la suite.

Certes, cela ne vaut que si l'on retient une conception pure de la règle, prohibant le cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels, c'est-à-dire relativement au même comportement humain, comme le fait l'article 368 du Code de procédure pénale²²⁴. Si la prohibition ne concerne que la reprise des poursuites sous la même qualification juridique ou, plus largement, par la même autorité répressive, d'autres décisions pourront toujours venir s'ajouter aux décisions existantes et provoquer l'instabilité juridique.

La garantie de la stabilité des *situations juridiques* issues des décisions définitives, fonction que remplit indubitablement la règle *ne bis in idem*, n'a pas été, à notre connaissance, spécifiquement évoquée en doctrine. Certes, de nombreux auteurs ont mis l'accent sur l'intérêt d'interdire le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits matériels plutôt que de se contenter de prohiber les nouvelles poursuites fondées sur la même qualification juridique. Mais ils en appellent, pour justifier leur position, à la protection de l'individu, qui ne doit pas subir la multiplication des compétences répressives et des qualifications juridiques à même d'embrasser les faits qu'il a commis²²⁵. En revanche, ils n'envisagent guère le problème en termes de mise à mal de la stabilité juridique pour la collectivité.

104. Nous pouvons conclure ce paragraphe en affirmant que la règle *ne bis in idem* a bien pour fonction de préserver la stabilité en matière de justice répressive. Pour pouvoir également affirmer qu'elle contribue à la sécurité juridique collective, il reste à préciser que la stabilité des situations juridiques émanant des décisions de justice en matière répressive est bien une composante de la sécurité juridique collective.

²²⁴ Voir *supra*, p. 84.

²²⁵ R. COMBALDIEU « Essai sur la question controversée et toujours actuelle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », *Recueil général des lois, décrets et arrêtés et de la jurisprudence* 1955, p. 365-370 (dernière phrase de l'article) ; L. HUGUENEY, note sous Cass. crim. 20 fév. 1931, *Sirey* 1932, 1^{ère} partie, p. 273-274, spéc. p. 274 ; J. GRANIER, note sous CA Amiens 12 juil. 1954, *JCP* 1954.II.8385 (dernière page) ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, Paris, PUF, 2001, n° 516.

§ 2 *La fonction subséquente de préservation de la sécurité juridique collective*

105. La sécurité juridique collective se distingue de la sécurité juridique individuelle par les personnes qu'elles concernent²²⁶ : tandis que la première intéresse la collectivité, la seconde concerne l'individu qui, ayant déjà répondu de ses actes devant la justice répressive, aspire à l'assurance de ne pas être poursuivi à nouveau pour les mêmes faits.

La sécurité juridique collective, qu'on nomme encore simplement « sécurité juridique », est d'importance fondamentale pour le système juridique. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler l'attention que lui portèrent de grands auteurs. Ainsi Radbruch, l'éminent philosophe du droit d'Heidelberg, écrivait d'Oxford en 1936 : « *Aujourd'hui des grandes parties de l'humanité pensent pouvoir construire leur univers juridique en dehors de la condition de sécurité en se fondant simplement sur le principe du bien commun, différemment interprété. (...) La sécurité du droit est une prémisses de toute civilisation. L'exigence de la sécurité naît de la même nécessité profonde que l'idée de la loi de la nature : c'est le besoin de constituer en un ordre le désordre des données dispersées, de pouvoir prévoir et dominer la réalité* »²²⁷. Quelques années plus tard, Roubier affirmait de la sécurité juridique qu'elle « *commande toute une série de conséquences avantageuses à la société (autorité, paix, ordre)* »²²⁸ et que « *là où [elle] a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse exister* »²²⁹ ? Carbonnier la désignait pour sa part comme « *le besoin de tous les peuples* », « *le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal* »²³⁰. De nombreux autres auteurs ont à leur tour insisté sur l'importance de la sécurité juridique²³¹.

²²⁶ Voir *supra*, p. 84.

²²⁷ G. RADBRUCH, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 1936, n°3-4, p. 86-99, spéc. p. 98.

²²⁸ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1946, p. 268.

²²⁹ *Ibidem*, p. 279 (conclusion de l'ouvrage) ; l'auteur ajoute encore : « [en la disparition de la sécurité juridique], le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre ».

²³⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 1992, p. 172 (la citation n'apparaît plus dans les dernières éditions).

²³¹ Voir notamment B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2000, n° 406 : « *C'est la première valeur à atteindre car, sans elle, toute vie sociale est impossible. Le comportement humain affranchi de toute règle entraîne le désordre, l'égoïsme, la guerre, les passions. La première mission du droit est de permettre un système de relations stables, en vue d'instaurer la paix, l'ordre et l'autorité. La sécurité tend à extraire un ordre du désordre initial, est instaurée la première et disparaît la dernière. Historiquement, la sécurité juridique en période de régression a une vitalité plus grande que les autres valeurs ; étant donné son importance, elle est sacrifiée en dernier lieu et l'on y revient le plus vite possible (la dictature après l'anarchie)* » ; H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck, 2^{ème} éd., 1977,

106. Que la stabilité des situations juridiques issues des décisions de justice en matière répressive participe à la préservation de la sécurité juridique collective semble relever de l'évidence. Toutefois, nous rappellerons brièvement le contenu de la notion de sécurité juridique collective afin de vérifier que la stabilité dont nous nous préoccupons en est bien une composante.

La doctrine s'est attelée à la délicate tâche de définir la sécurité juridique. Nous retiendrons l'analyse de M. Fromont, qui semble constituer la meilleure synthèse des doctrines française et allemande. Selon cet auteur, la sécurité juridique comporte deux aspects : le premier concerne la stabilité des situations juridiques – c'est-à-dire la permanence au moins relative de celles-ci dans le temps –, tandis que le second est relatif à la clarté et la précision des règles et des décisions étatiques – ce qui implique une certaine qualité dans leur formulation²³². Seul le premier aspect, relatif à la *stabilité des situations juridiques*, nous intéresse ici.

Aussitôt, une seconde distinction apparaît. L'exigence de stabilité juridique peut concerner plusieurs types de situations juridiques. Il peut s'agir de situations créées par la loi, par des décisions administratives, mais encore par des décisions de justice – auxquelles il faut, à notre sens, assimiler les décisions répressives rendues par toute autorité habilitée à exercer la répression.

p. 436 et s. ; voir la thèse de A.-L. VALEMBOIS, *La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, 2005.

²³² M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 20 juin 1996 (spécial), p. 178-184, spéc. p. 178. Dans la doctrine allemande, on relève les définitions suivantes : selon H. HENKEL, *op. cit.*, p. 437-442, la sécurité juridique se compose des éléments suivants : la sécurité de l'ordre juridique (*Ordnungssicherheit*) qui doit permettre au justiciable de s'orienter en fonction du droit (*Orientierungssicherheit*) et qui impose ainsi que le droit soit précisément déterminé (*Bestimmtheit des Rechts*) ; la sécurité dans la réalisation du droit (*Realisierungssicherheit*) qui suppose que le droit soit inviolable (*unverbrüchlich*) et effectivement mis en application (*durchsetzbar*) ; et enfin la stabilité du droit (*Stabilität des Rechts*) ; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 154 : la sécurité juridique suppose la stabilité (*Beständigkeit*) des décisions étatiques, la prévisibilité (*Vorhersehbarkeit*) pour l'avenir de l'action de l'Etat et, pour le présent, la mesurabilité (*Messbarkeit*) dans l'ordre juridique de cette action.

Du point de vue de la doctrine française, une définition proche de celle de M. Fromont a été proposée par B. MATHIEU, qui présente la sécurité juridique d'une part comme une « *règle de gestion juridique du temps* » et d'autre part comme un « *label de qualité de la norme juridique* », in « *Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique* », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 106-111 ; voir également B. MATHIEU et M. VERPEAUX, qui définissent la sécurité juridique comme un concept, un principe fédérateur englobant deux types d'exigences : d'une part, une exigence de qualité du droit, mise en œuvre par les principes de clarté, d'accessibilité, d'efficacité et d'effectivité du droit ; d'autre part, une exigence de prévisibilité du droit, traduite par les principes de non rétroactivité, de protection des droits acquis, de confiance légitime, de stabilité des relations contractuelles, in *Contentieux constitutionnel et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 704-705 ; Voir enfin la première partie de la définition de la sécurité juridique in *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, *op. cit.* : « *Idéal vers lequel le droit doit tendre en édictant des règles cohérentes, relativement stables et accessibles pour permettre aux individus d'établir des prévisions* ».

La doctrine allemande s'est exprimée très nettement sur l'importance de la stabilité des situations juridiques issues des décisions de justice. Ainsi, Radbruch écrivait : « *La sécurité du droit objectif et des faits prévus dans la loi n'épuisent pas la sécurité juridique. On réclame souvent encore en son nom la sécurité de certains droits subjectifs, des droits acquis, en interdisant la rétroactivité des lois, et même on réclame dans de certaines limites la sécurité de situations de fait*²³³ *comme par exemple la prescription acquisitive et la prescription extinctive, la force des décisions judiciaires même erronées*²³⁴, *les privilèges du statu quo en droit international* »²³⁵. La doctrine allemande postérieure est largement revenue sur la stabilité des situations juridiques issues des décisions comme élément déterminant de la sécurité juridique²³⁶.

107. En revanche, cet aspect de la sécurité juridique est négligé en France dans les études générales consacrées à la sécurité juridique. L'on observe, en effet, que les perturbations provoquées par l'adoption de lois nouvelles et par les revirements de jurisprudence sont très largement étudiées dans la doctrine française²³⁷. En revanche, le problème de l'instabilité des situations juridiques issues des décisions de justice est délaissé. Seuls les auteurs étudiant la doctrine allemande sur la sécurité juridique relèvent que la stabilité des décisions de justice en fait partie, sans d'ailleurs s'y attarder davantage²³⁸. L'impact de l'instabilité des normes sur la

²³³ C'est nous qui soulignons.

²³⁴ C'est nous qui soulignons. Nous remarquons que la sécurité des situations de fait est envisagée par Radbruch comme une conséquence de l'autorité de la chose jugée, en ce que cette dernière prohibe de poursuivre des faits qui ont déjà été jugés.

²³⁵ G. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 88-89.

²³⁶ Voir notamment H. HENKEL, *op. cit.*, p. 442-443, qui explique que l'un des éléments de la sécurité juridique est la stabilité du droit et qu'elle ne concerne pas seulement les normes juridiques, mais aussi les actes juridiques individuels, en particulier les décisions de justice et les actes administratifs (p. 442). Voir du même auteur, *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 2^{ème} éd., 1968, § 100, III, p. 386 ; K. SOBOTA, *op. cit.*, p. 174-180.

²³⁷ A.-L. VALEBOIS, *op. cit.* ; C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, Thèse Montpellier I, 2003 ; J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 53-58 ; A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, p. 2814 ; B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 20 juin 1995, (spécial), p. 151-155 ; F. TULKENS (Monsieur François TULKENS), « La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1990, p. 25-42 ; D. SOULAS DE RUSSEL et Ph. RAIMBAUT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique », *Revue internationale de droit comparé* 2003, p. 85-103 ; F. POLLAUD-DULLIAN, « A propos de la sécurité juridique », *R.T.D.Civ.* 2001, p. 487-504.

²³⁸ W. ZIMMER, « Constitution et sécurité juridique, rapport sur l'Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XV-1999, p. 91-107, spéc. p. 100-101 ; S. CALMES, *Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préface D. Truchet, Paris, Dalloz, 2001, n° 61, p. 142 ; D. SOULAS DE RUSSEL et Ph. RAIMBAUT, *op. cit.*, p. 100. Dans sa thèse relative à *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, A.-L. VALEBOIS énonce en introduction que l'exigence de sécurité juridique « explique l'autorité de la chose décidée et de la chose jugée » (*op. cit.*, n° 22), puis n'évoque que très rapidement l'autorité de la chose jugée (n° 311, p. 225-226) sans mentionner la règle *ne bis in idem*. Voir pourtant D. LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité » in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 403-412, spéc. p. 410 : « Dans la vision classique, c'est, bien sûr, la remise en cause des

sécurité juridique, question plus nouvelle et plus complexe, a davantage retenu l'attention de la doctrine depuis le rapport public du Conseil d'Etat de 1991²³⁹, pointant les défaillances dues à la prolifération des textes, l'instabilité des règles et la dégradation de la norme. Aujourd'hui, c'est l'insécurité juridique causée par les revirements de jurisprudence qui est au cœur des préoccupations²⁴⁰.

108. Pourtant, n'est-ce pas aussi parce que la société toute entière aspire à pouvoir se fier définitivement à la décision, au verdict du procès pénal que ce qui a été jugé une fois ne peut l'être à nouveau²⁴¹? Un auteur écrit : « *Le droit a pour fin d'organiser la vie en société, de régler les rapports entre les personnes de telle sorte que soient assurées la stabilité et la paix sociales. Comment cela est-il possible si les actes qui ont été accomplis et les situations qui ont été acquises conformément à la loi alors en vigueur pouvaient être remis en cause par une loi nouvelle ?* »²⁴². Qu'en serait-il alors si les situations établies pour résoudre les litiges pouvaient être remises en cause par des décisions nouvelles ?

Pour que la paix sociale reconstruite par l'action de la justice répressive perdure, les situations juridiques fixées par elle doivent rester stables au-delà du temps nécessaire à la réconciliation des parties. La justice doit éviter tout trouble postérieur au règlement d'un litige et provenant de modifications imprévisibles de la situation juridique en vigueur. En somme, la justice ne doit pas seulement rétablir la stabilité après les conflits dans le but de rétablir la paix entre les individus directement impliqués dans le litige, elle doit aussi ne pas réduire à néant une stabilité qu'elle a elle-même réinstaurée, car celle-ci est indispensable au bon fonctionnement de la société. L'exemple de l'employeur désirant embaucher un individu relaxé l'a montré²⁴³. Les acteurs commerciaux souhaitant contracter avec une société commerciale condamnée à payer une amende d'un certain montant par une décision ne pouvant plus faire l'objet de recours, doivent pouvoir compter sur le fait que ce montant est fixé de manière irrévocable.

situations individuelles qui est la plus menaçante pour la sécurité juridique. Mais il est de plus en plus clair que l'instabilité des normes joue aussi un rôle ».

²³⁹ Rapport public du Conseil d'Etat pour 1991, La documentation française, Etudes et documents n° 43, 1992, p. 15-47 et s.

²⁴⁰ *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis le 30 novembre 2004 à M. le Premier Président de la Cour de cassation G. Canivet, dir. N. Molfessis ; V. HEUZE, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* 2005.I.130.

²⁴¹ Cette préoccupation s'inscrit parfaitement dans les définitions de la sécurité juridique évoquant la nécessaire stabilité des situations juridiques (et non seulement du droit objectif), voir la définition de M. FROMONT précitée et la dernière partie de la définition de la sécurité juridique in *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, op. cit. : « *Nécessité de respecter la stabilité des situations qui amène à limiter les possibilités de les remettre en cause* ».

²⁴² Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Litec, 9^{ème} éd., 2002, n° 153 (p. 102).

²⁴³ Voir *supra*, p. 84.

Ils doivent être assurés qu'aucune autre décision ne peut venir le réformer ou ajouter une seconde condamnation à la première, accroissant ainsi le montant final à payer. De même, les investisseurs boursiers doivent connaître la situation juridique des sociétés cotées dont ils sont invités à acheter des actions. Si après avoir été relaxée définitivement au pénal, une société se voit poursuivie par une autorité administrative pour la même affaire et fait l'objet d'une condamnation à une amende administrative, sa situation financière se trouve modifiée par l'évolution de sa situation juridique et la foi des investisseurs en sa crédibilité commerciale est faussée. Ces derniers ont bel et bien subi l'insécurité juridique.

109. Cependant, si l'on quitte les études générales consacrées à la sécurité juridique pour se tourner vers la doctrine qui interroge directement les fonctions de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits, l'on constate que de nombreux auteurs évoquent, plus ou moins explicitement, la stabilité des situations juridiques en matière répressive comme élément de la sécurité juridique²⁴⁴.

110. La doctrine pénale allemande de la fin du XIX^{ème} siècle insiste tout particulièrement sur l'importance de la règle *ne bis in idem* pour la sécurité juridique collective (*kollektive Rechtssicherheit*)²⁴⁵. Un courant majoritaire de la doctrine affirme même que la sécurité collective était le *seul* but de la règle *ne bis in idem*, au détriment de l'idée de protection de la personne poursuivie²⁴⁶. Cette prise de position très ferme découle d'une querelle déclenchée à

²⁴⁴ A. HOMMEY évoque la « *nécessité sociale [qui impose] que ce qui a été définitivement jugé fasse la loi des parties et demeure, entre elles, comme l'expression incontestable de la justice et de la vérité. Le repos du citoyen, la stabilité des fortunes, la sécurité des affaires est à ce prix* », *op. cit.*, p. 5 ; F. HELIE, J. BROUCHOT et F. BROUCHOT, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, tome 2, Paris, Librairies techniques, 5^{ème} éd., 1951, n° 344, p. 255 : « *La stabilité des rapports juridiques contribue pour une large part au maintien de l'ordre public et de l'ordre social. Il est donc nécessaire que les décisions de justice, qui fixent ces rapports, ne puissent plus être discutées, lorsqu'elles sont devenues irrévocables ; et que des actes ou des faits qui ont été définitivement jugés ne puissent plus donner lieu à une instance nouvelle* » ; K. NARAJAN, *op. cit.*, p. 2 : « *Il est de l'intérêt général que les procès relatifs à la même cause ne recommencent pas toujours. Il en est de même de la sécurité des relations juridiques qui exigent que les jugements définitifs ne puissent être remis en question* ». J. PRADEL évoque l'« *impérieux besoin de sécurité devant la justice* » dont l'un des aspects correspond à « *l'intérêt général* ». « *En effet, il est indispensable pour le bon ordre social, (...) que les décisions soient irrévocables une fois que toutes les garanties de procédure sont épuisées* », in *Procédure pénale*, n° 1021.

²⁴⁵ Le mot *Sicherheit* est intéressant car il signifie avant tout « sûreté » et exprime nettement la certitude et la stabilité (M. DOUCET et K. FLECK, donnent d'ailleurs comme première traduction de *Rechtssicherheit* : « *sécurité découlant de la certitude de la stabilité du droit* », avant « *sécurité juridique* », *Dictionnaire juridique et économique*, München et Basel, C.H. Beck – Helbing et Lichtenhahn, 6^{ème} éd., 2002, p. 634). En ce sens, RADBRUCH écrit à propos de la *Rechtssicherheit* qu'on pouvait également la nommer *Unverbrüchlichkeit* (caractère de ce qui est incassable, qu'on ne peut briser) ou *Stetigkeit* (constance, permanence, continuité), in *Rechtsphilosophie*, 1950, p. 169. En revanche, le terme français « sécurité » dégage davantage l'idée de protection contre un danger : voir les définitions des dictionnaires *Le Petit Robert* et « Larousse » (*Dictionnaire du français d'aujourd'hui*), qui n'évoquent pas les termes « stabilité » et « certitude ».

²⁴⁶ H. BENNECKE, *Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozessrechts*, Breslau, Schletter'sche Buchhandlung Franck und Weigert, 1895, p. 709, note 3 ; SCHANZE (prénom non mentionné dans l'article) « *Die Rechtskraft*

propos de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* en cas d'achèvement de la première poursuite par une décision rendue par ordonnance pénale (*Strafbefehl*), c'est-à-dire sans audience.

Le Tribunal impérial (*Reichsgericht*), a refusé, dans une décision du 2 juin 1881, d'accorder l'autorité de la chose jugée aux décisions rendues par ordonnance pénale, laissant ainsi la règle *ne bis in idem* inappliquée²⁴⁷. Le *Reichsgericht* considérait que la règle *ne bis in idem* reposait sur des considérations d'équité vis-à-vis de l'individu déjà jugé²⁴⁸ et qu'il fallait, pour décider si elle était applicable, mettre en balance l'exigence de justice – au sens où les individus doivent être condamnés pénalement pour *toutes* les infractions qu'ils ont commises – et celle d'équité envers l'individu, qui s'oppose à ce qu'il doive subir deux actions répressives à raison des mêmes faits. La juridiction suprême affirmait que lorsque la seconde poursuite envisageait les faits sous une qualification juridique différente de celle retenue par la première décision, il fallait trancher en faveur de la justice, intérêt servant la collectivité, et non de l'équité, intérêt du seul individu. Les intérêts de la collectivité devaient primer ceux de l'individu. Elle ajoutait qu'en l'absence d'audience, comme c'était le cas pour l'ordonnance pénale, le juge n'avait pu se rendre compte de la totalité des qualifications envisageables et rétablir ainsi complètement la justice. Ainsi l'application de la règle *ne bis in idem* devait-elle être écartée²⁴⁹.

Le courant doctrinal précité a fustigé cette jurisprudence en rétorquant que l'interdiction du renouvellement des poursuites n'avait pas pour but de ménager l'individu déjà jugé, mais de préserver la sécurité juridique, intérêt de la collectivité tout entière et non du seul individu déjà jugé. Aussi se trouvait-on en présence d'un conflit entre intérêts de la collectivité. Or, la sécurité juridique devait l'emporter sur l'exigence de justice. La règle *ne bis in idem* devait donc recevoir application même en cas d'ordonnance pénale et indépendamment de la question de savoir si la qualification juridique envisagée dans la seconde poursuite était identique à la première²⁵⁰. Le lien entre l'interdiction de juger plusieurs fois les mêmes faits et la sécurité juridique collective fut ainsi très nettement établi : « *Il est principalement dans*

des Strafurteils », *ZStW* vol. 4 (1884), p. 437-486, spéc. p. 452 ; R. BOMMER, *Die Rechtskraft des Strafbefehls*, Bruchsal, D. Werber, 1901, p. 32-33 ; R. KIMMEL, *Der Grundsatz „ne bis in idem“*, *seine Rechtsnatur und sein Geltungsgebiet im Strafverfahren*, Breslau, Schlesische Volkszeitung, 1926, p. 11-13 ; H. PETERS, *Ne bis in idem bei Urteilen über fortgesetzte und Kollektivdelikte*, Coburg, Tagesblatt-Haus, 1936, p. 14-15.

²⁴⁷ RG 2 juin 1881, *RGSt.* vol. n° 4, p. 367 et s.

²⁴⁸ Ces considérations trouvaient leur source dans la philosophie des Lumières, qui avait mis l'accent sur la protection de l'individu.

²⁴⁹ RG 2 juin 1881, précitée, spéc. p. 368.

²⁵⁰ R. BOMMER, *op. cit.*, p. 32-33.

l'intérêt de la collectivité d'exclure la multiplication des procédures à propos du même litige. Sinon, la conséquence serait une insécurité générale de l'état du droit. La confiance dans la sécurité juridique disparaîtrait »²⁵¹.

Parce qu'elle exclut radicalement la fonction de protection de l'individu de la règle *ne bis in idem*, cette prise de position est quelque peu extrémiste. Elle n'est d'ailleurs plus d'actualité²⁵². Les auteurs de cette époque ont néanmoins le mérite d'avoir montré à quel point le rôle de la règle *ne bis in idem* est déterminant pour la sécurité juridique collective.

111. En conclusion, nous pouvons affirmer que la règle *ne bis in idem* a pour fonction de contribuer à la sécurité juridique collective. Nous observons qu'elle n'a, pour cela, nul besoin de s'appuyer sur le principe de l'autorité de la chose jugée. De surcroît, par son effet bénéfique pour la sécurité juridique, la règle *ne bis in idem* participe certainement au renforcement du crédit du juge. Mais elle le fait indirectement, sans qu'il s'agisse là de sa fonction première. Nous allons de suite examiner ce qu'il en est de la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée.

²⁵¹ R. BOMMER, *op. cit.*, p. 37.

²⁵² La doctrine contemporaine allemande considère que la règle *ne bis in idem* protège à la fois la sécurité juridique collective et la sécurité juridique individuelle : O. FLIEDNER, „Die verfassungsrechtlichen Grenzen mehrfacher staatlicher Bestrafungen aufgrund desselben Verhaltens, Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 III GG“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 99, 1974, p. 242-284, spéc. 253-254 ; P. DEML, *Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens*, Ebelsbach, R. Gremer, 1979, p. 41, 48 et 52-54 ; H. RADTKE, *op. cit.*, p. 40-41 et p. 51 et s. ; S. STEIN, *op. cit.*, p. 142-143.

Section 2 La fonction du principe de l'autorité de la chose jugée : la protection du crédit du juge

112. Il convient, au début de ces développements, de préciser notre démarche. Bien que l'effet négatif du principe de l'autorité de la chose jugée nous intéresse plus particulièrement, puisque c'est à lui que la doctrine assimile la règle *ne bis in idem*, il faudra appréhender le principe de l'autorité de la chose jugée en général pour en dégager ses fonctions. L'effet négatif du principe – comme son effet positif, d'ailleurs – n'est qu'un moyen employé par le principe pour remplir ses fonctions. Il est donc impossible de le considérer seul. Il faut l'observer au contraire en lien avec le socle dont il émane. Du reste, lorsqu'elle évoque les fonctions de l'autorité de la chose jugée, la doctrine n'opère guère de distinction entre le principe et ses deux effets, elle considère bien plutôt le principe dans son ensemble²⁵³.

L'identification des fonctions du principe de l'autorité de la chose jugée est une question délicate. Elle n'est d'ailleurs pas toujours nettement distinguée de la question de l'identification du fondement du principe, fonction et fondement faisant parfois l'objet de confusions. Toutefois, l'étude de la doctrine permet d'observer que celle-ci attribue plusieurs fonctions au principe de l'autorité de la chose jugée. Dans un premier temps, nous nous attacherons à la présentation de ces fonctions (§ 1).

Pour déterminer si chacune des fonctions attribuées par la doctrine à l'autorité de la chose jugée est effective, nous reviendrons aux fondements du principe. En effet, les fondements d'un principe guidant l'intégralité de sa mise en œuvre, ils sont également déterminants quant à l'effectivité de ses fonctions. L'analyse des fondements du principe de l'autorité de la chose

²⁵³ Voir notamment F. TERRE, *Introduction générale du droit*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2003, n° 610 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 1, Paris, PUF-Quadrige, 2004, n° 190 (p. 366). Même VALTICOS qui, dans sa thèse sur *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, préface L. Mazeaud, Paris, Sirey, 1953, distingue minutieusement l'aspect négatif et l'aspect positif du principe de l'autorité de la chose jugée, ne sépare pas, pour l'étude des fonctions du principe, l'aspect négatif du principe en général. Valticos identifie deux fonctions au principe de l'autorité de la chose jugée, éviter le renouvellement des procès et assurer le prestige des organes judiciaires (n° 52), la première étant « *l'explication fondamentale de la règle [de l'autorité de la chose jugée]* » et « *la seconde [n'étant] que contingente est dérivée* ». L'auteur considère que la première fonction est mise en œuvre par l'aspect négatif de l'autorité de la chose jugée mais ne réserve pas la seconde à l'aspect positif. En somme, l'aspect négatif se verrait confier à lui seul la fonction « fondamentale » de l'autorité de la chose jugée, ce qui confirme qu'il n'y a pas lieu de voir dans l'aspect négatif une fonction particulière par rapport au principe général de l'autorité de la chose jugée (nos 52-53). Du reste, en conclusion, l'auteur n'élabore une distinction de fonctions qu'entre « *le principe général de l'autorité de la chose jugée* », qui « *a pour but primordial d'éviter la répétition des procès* », et « *la règle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil* », qui est, selon lui, « *fondée sur la nécessité d'assurer la confiance de la société dans la justice pénale* » (n° 465).

jugée permettra de constater, dans un second temps, que seule l'une des fonctions attribuées par la doctrine au principe, la protection du crédit du juge, est effective (§ 2).

§ 1 Les fonctions attribuées par la doctrine à l'autorité de la chose jugée

113. Il a été écrit et répété que la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée consiste en la préservation de la sécurité juridique (A). De plus, une autre fonction, dont il est peut-être moins souvent fait mention, est attribuée au principe : la protection du crédit du juge (B). Nous allons présenter successivement ces deux fonctions.

A. La préservation de la sécurité juridique

114. La doctrine présente majoritairement le principe de l'autorité de la chose jugée comme ayant pour fonction d'assurer la sécurité juridique. Nous allons ici nous intéresser spécifiquement à son effet négatif. En s'opposant à ce que la « chose jugée » fasse l'objet d'un autre jugement, l'effet négatif du principe met un point final au débat judiciaire de sorte, dit-on, à garantir la sécurité juridique. Il faut préciser que les auteurs de toutes époques s'accordent sur cette finalité de l'institution²⁵⁴, quel que soit le fondement théorique qu'ils lui attribuent²⁵⁵.

Dans la section précédente, nous avons observé que, pour résoudre définitivement les litiges et contribuer à la sécurité juridique, la stabilité des décisions de justice n'est pas suffisante. Il faut, en outre, que les situations juridiques issues de ces décisions soient stables. En d'autres termes, les décisions doivent donner la solution juridique véritablement et définitivement applicable au litige²⁵⁶. Aussi pourrait-on s'attendre à ce que la doctrine, en s'exprimant sur la fonction de préservation de la sécurité juridique qu'elle confère à l'autorité de la chose jugée, ne se réfère pas seulement à la stabilité des décisions de justice, mais aussi à celle des

²⁵⁴ J. ORTOLAN, *op. cit.*, (1886), n° 1777 ; P. HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux (à propos de la condamnation pénale) », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 131-206, spec. n° 18, p. 172 ; N. VALTICOS, *op. cit.*, n°s 48, 49 et 57 ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 1529 ; K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 1 (première phrase de la thèse) ; J. CEDRAS, « Action publique, Extinction, Autorité de la chose jugée au pénal su le pénal », *Jurisqueur Procédure pénale*, Art. 6, Fasc. 2, 1995, n° 8 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, n° 1021 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 664 ; J. HERON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 131-147, n° 12 p. 137.

²⁵⁵ Sur les fondements attribués à l'autorité de la chose jugée, voir *infra*, p. 104.

²⁵⁶ Voir *supra*, p. 89.

situations juridiques découlant de ces décisions. Mais l'on peut s'étonner qu'aucun auteur ne juge utile d'apporter cette précision.

115. A l'analyse, il apparaît que l'autorité de la chose jugée n'est pas à même d'assurer, au-delà de la stabilité des décisions de justice, qui suppose qu'on ne répète pas le *même* procès²⁵⁷, la stabilité des situations juridiques issues de ces décisions. En effet, respecter la chose jugée signifie respecter le jugement – au sens de l'acte de juger – opéré par le juge. Or, on le sait, juger consiste à appliquer une qualification juridique aux faits matériels. Imposer le respect de l'autorité de la chose *jugée* revient donc à interdire de juger en contradiction avec ce qui a déjà été jugé. Ce serait le cas, par exemple, si l'on appliquait une autre qualification juridique au fait matériel ou si l'on tirait une autre conclusion à partir de la même qualification juridique. Mais lorsque l'autorité qui se prononce pour les mêmes faits n'applique pas les mêmes qualifications juridiques que la première autorité, simplement parce qu'elle exerce une compétence différente, elle ne risque pas de contredire la première chose jugée. Elle juge en fonction de données et de critères différents. Du reste, sa décision ne remplace pas, mais s'ajoute à la première décision.

Ainsi, si un tribunal de police saisi de faits délictueux sur lesquels a déjà statué définitivement un tribunal correctionnel, que le tribunal de police conclue ou non à la commission d'une contravention, cela ne remet pas en cause la décision antérieure du tribunal correctionnel selon laquelle les mêmes faits constituent un délit. De même, si une autorité répressive administrative décide que des faits constituent une infraction administrative, cela ne heurte en rien la décision d'un juge pénal qui aurait déjà définitivement jugé que les mêmes faits ne constituent pas une infraction pénale. Enfin, si une autorité étrangère considère que les faits qu'elle a jugés ne constituent aucune infraction en considération du droit étranger qu'elle applique, les mêmes faits pourront néanmoins s'inscrire dans une qualification répressive française et être sanctionnés par le juge français sans que cela porte atteinte à l'autorité du jugement étranger.

Ainsi, une nouvelle poursuite pour les mêmes faits matériels qualifiés différemment – ce qui est nécessairement le cas lorsque l'autorité répressive exerçant la nouvelle poursuite n'applique pas le même droit répressif que la première – n'atteint pas de front l'autorité de la

²⁵⁷ N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 465 : l'auteur conclut sa thèse en affirmant notamment que « [l]e principe général de l'autorité de la chose jugée a pour but primordial d'éviter la répétition des procès ; il suppose, par conséquent, l'introduction d'une seconde action identique à la première », c'est nous qui soulignons.

première décision. Elle a simplement pour effet d'ajouter une deuxième chose jugée à la première. En revanche, cette seconde poursuite perturbe assurément la sécurité juridique, puisque la solution du litige n'est plus la situation juridique issue de la première décision.

Nous observons donc une première faille dans l'affirmation doctrinale selon laquelle le principe de l'autorité de la chose jugée a pour fonction de préserver la sécurité juridique. Mais avant d'approfondir la question, il convient d'envisager la seconde fonction attribuée par la doctrine à l'autorité de la chose jugée : la protection du crédit du juge.

B. La protection du crédit du juge

116. Tout au long du XIX^{ème} siècle, alors que l'on tentait d'imposer la séparation des pouvoirs dans la pratique, la protection de la crédibilité de l'autorité judiciaire, qui devait acquérir progressivement son indépendance, était certainement une préoccupation importante. Aussi est-il peu surprenant que divers instruments juridiques, comme le principe de l'autorité de la chose jugée, aient été utilisés pour servir cette crédibilité. La crédibilité du juge est, en effet, conditionnée par l'autorité des décisions qu'il rend. Or, le principe de l'autorité de la chose jugée contribue à renforcer l'autorité des jugements.

Dans son célèbre traité publié en 1866, Faustin-Hélie évoque « *l'autorité des jugements [comme] la sauvegarde de tous les droits et de tous les intérêts de la société civile* ». L'auteur précise que cette autorité « *n'existe que parce que [les jugements] sont inattaquables* ». Il affirme ensuite, dans une phrase qui fut reprise par de nombreux auteurs, l'importance considérable de l'autorité des jugements : « *toute leur souveraineté réside dans leur fixité* »²⁵⁸. Puis, l'auteur dévoile le but ultime de la fixité des jugements : « *Et la justice elle-même, quelle serait sa force, si ses décisions n'étaient revêtues que d'une autorité contestable ?* »²⁵⁹. Derrière l'autorité des jugements, c'est celle de l'institution qui les rend qui doit être protégée.

Bien que tous les auteurs n'y fassent pas systématiquement référence, la doctrine postérieure n'a pas perdu de vue cette fonction essentielle du principe de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, Légal mentionne expressément « *l'intérêt de la paix publique et de la dignité de la*

²⁵⁸ FAUSTIN-HÉLIE, *op. cit.*, n° 983.

²⁵⁹ *Ibidem*.

justice »²⁶⁰. De même, Valticos évoque, dans sa thèse publiée en 1953, le « *désir d'interdire toute contradiction entre les jugements* »²⁶¹, « *ce qui ne correspond qu'à un besoin d'assurer le prestige des organes judiciaires* »²⁶². Gavalda n'hésite pas, pour sa part, à rappeler en 1957 que « *l'interdiction de reconsidérer ce qui avait été jugé (la contestation) assurerait l'autorité – auctoritas – de la sentence et, à travers elle, la dignité des juridictions répressives et la confiance en leur verdict* »²⁶³. Selon lui, la fonction de protection du crédit du juge expliquerait même que la règle selon laquelle « *tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris, ni accusé à raison du même fait* » ait précisément été consacrée dans le domaine de compétence de la cour d'assises : « *on voulait donner au verdict du jury un relief tout particulier* »²⁶⁴. Dans la doctrine contemporaine, quelques allusions à la nécessité de préserver le crédit de la justice demeurent²⁶⁵.

117. Mais c'est sans doute M. Xavier Lagarde qui a le plus nettement mis en évidence la fonction de protection du crédit de la justice du principe de l'autorité de la chose jugée. S'interrogeant sur « *les raisons que peut avoir l'institution judiciaire de faire tout (...) pour que l'autorité de ses décisions soit respectée* »²⁶⁶, cet auteur relève, d'une part, la volonté de mettre un terme aux contestations. Mais il évoque d'autre part la précaution d'éviter la contradiction au sein de l'ordre juridique²⁶⁷, sur laquelle il insiste davantage. Selon lui, cette précaution « *révèle le souci de l'institution judiciaire de se présenter aux yeux des justiciables comme un rouage conséquent et cohérent* »²⁶⁸. M. Lagarde explique que l'importance des efforts de cohérence de la justice provient du besoin de préserver son crédit. En témoigne ce passage déterminant de sa démonstration : « *Le crédit de l'institution judiciaire nécessite qu'on ne puisse pas en plein jour faire abstraction de ses propres décisions. Car d'une part, une institution qui légitime ses interventions par référence aux idées de justice et de vérité*

²⁶⁰ A. LEGAL, note sous Cass. Crim. 30 janv. 1937.

²⁶¹ N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 47 *in fine*.

²⁶² *Ibidem*, n° 52.

²⁶³ Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 8.

²⁶⁴ *Ibidem*, n° 6.

²⁶⁵ J. CEDRAS, *op. cit.*, n° 9 : « Réduire à néant une décision prononcée peut-être après de longs débats en renouvelant le procès est un moyen de saper la confiance des citoyens dans le verdict des juridictions et par là d'amoinrir la dignité des juridictions répressives » ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 663 : « En recouvrant la décision répressive d'une autorité incontestable, [le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel] rassure la société sur la valeur de son système pénal » ; P. GANTZER, *Die Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse und Verfügungen*, Thèse Munich, 1967, p. 65 ; O. RANFT, *Strafprozessrecht*, Bayreuth, Boorberg, 1995, n° 1871 (p. 453-454).

²⁶⁶ X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Préface J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1994, n° 247 (p. 386).

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ *Ibidem*.

s'oblige à subir la transcendance des valeurs qu'elle s'approprie et ne peut donc accepter la remise en cause de ses propres affirmations. D'autre part, une institution qui n'a pas confiance en elle-même, ne peut à son tour inspirer confiance »²⁶⁹.

L'étude de la doctrine laisse donc à penser que l'autorité de la chose jugée est dotée de deux fonctions : la préservation de la sécurité juridique d'une part, la protection du crédit du juge, d'autre part. Pourtant, les fondements de l'institution invitent à mettre en doute ce postulat. Leur éclairage permet en effet de comprendre que la seule véritable fonction de l'autorité de la chose jugée consiste en la protection du crédit du juge.

§ 2 *La protection du crédit du juge, seule fonction effective au regard des fondements de l'autorité de la chose jugée*

118. Afin d'identifier les fonctions effectives du principe de l'autorité de la chose jugée, il convient d'examiner les fondements du principe. En effet, seules les fonctions d'un principe que les fondements de ce dernier lui permettent véritablement de remplir sont des fonctions effectives.

Cependant, l'identification des fondements de l'autorité de la chose jugée a elle-même donné lieu à une importante querelle doctrinale. Nous n'en reprendrons ici que les grandes lignes, dans le seul but de présenter les principaux fondements retenus (A). A la lumière de ces fondements, il sera possible de vérifier si les fonctions attribuées par la doctrine au principe de l'autorité de la chose jugée sont toutes effectives. Nous verrons que les principaux fondements attribués à l'autorité de la chose jugée orientent le principe vers une même et unique fonction : la protection du crédit du juge (B).

²⁶⁹ *Ibidem*, n° 247 (p. 387).

A. Les fondements attribués par la doctrine à l'autorité de la chose jugée

119. Deux principaux fondements ont été successivement attribués au principe de l'autorité de la chose jugée par la doctrine française. On le considéra d'abord comme une application de la présomption de vérité de la parole du juge (1). Puis, une partie de la doctrine se détourna du système de la présomption pour lui préférer le concept d'acte juridictionnel, impliquant *per se* que le résultat de cet acte, la chose jugée, ne soit pas remis en question (2).

1. La présomption de vérité : *Res judicata pro veritate habetur*

120. « La chose jugée tient lieu de vérité » nous rappelle la maxime latine *res judicata pro veritate habetur*. C'est sur cette présomption de vérité de la parole du juge, cette affirmation selon laquelle la sentence juridictionnelle est l'expression même de la juste résolution du litige, que s'est forgé au XIX^{ème} siècle le principe postulant qu'une affaire qui a été jugée ne peut plus l'être à nouveau, c'est-à-dire le principe de l'autorité négative de la chose jugée²⁷⁰.

Cette conception, fidèle au Droit de Justinien²⁷¹, est également celle du droit civil français contemporain. L'article 1350 du Code civil compte en effet l'autorité de la chose jugée parmi les « *présomptions établies par la loi* »²⁷². L'article 1351 détaille ensuite les conditions auxquelles la présomption est soumise. En droit pénal, il n'existe en revanche aucune indication légale relative au fondement de l'autorité de la chose jugée. Pour cette raison, les auteurs pénalistes s'appuyèrent sur les dispositions de droit civil, les articles 1350 et 1351 du Code civil, pour fonder le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel sur la présomption de vérité²⁷³.

121. Le fondement de la présomption de vérité fut fortement discuté dès le XIX^{ème} siècle et au cours du XX^{ème} siècle. L'on tint notamment pour fort artificiel de considérer que tout jugement était le reflet pur de la vérité – ou de la Justice absolue. En outre, si la conformité à la vérité avait été le support du principe de l'autorité de la chose jugée, celle-ci aurait alors dû être écartée lorsqu'il était démontré que le jugement heurtait la vérité. Or, cela était

²⁷⁰ J. ORTOLAN, *op. cit.*, (1886), n° 1777 ; Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 7.

²⁷¹ Voir *supra*, p. 56.

²⁷² Titre du paragraphe du Code sous lequel on trouve l'article 1350.

²⁷³ Voir *supra*, p. 58.

impossible en raison du caractère irréfragable de la présomption²⁷⁴. Aussi Savigny préféra-t-il lui substituer la théorie de la *fiction* de vérité²⁷⁵, qui prend en compte l'idée que le jugement peut ne pas correspondre à la vérité objective, tout en concluant qu'il doit être tenu pour vrai²⁷⁶. Mais on lui opposa, entre autres critiques, que la fiction permet uniquement d'expliquer l'autorité des décisions non conformes à la vérité²⁷⁷.

L'on reprocha également à la théorie de la présomption de vérité de surestimer le principe de l'autorité de la chose jugée qui, en réalité, n'aurait reposé que sur des considérations pratiques²⁷⁸. L'on contesta, de plus, qu'il fallût légitimer l'autorité des décisions par le biais d'une présomption ou d'une fiction, dans la mesure où celles-ci reflètent, dans la plupart des cas, effectivement la vérité²⁷⁹.

Par ailleurs, on trouva à la maxime *res judicata pro veritate habetur* l'inconvénient d'impliquer le caractère absolu de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire son rayonnement au-delà de l'objet et des parties en cause dans le jugement. En effet, si la chose jugée reflète la vérité, alors elle ne peut en aucun cas être contestée, ni par des tiers non mêlés au litige, ni par les parties à l'occasion d'un autre litige. Or, la reconnaissance d'une autorité absolue de la chose jugée est contraire à la réalité du droit positif. L'autorité de la chose jugée est simplement relative aux termes de l'article 1351 du Code civil, qui conditionne son existence à une triple identité : l'identité d'objet, de cause et de personnes entre le jugement existant et la nouvelle demande²⁸⁰. Seule l'autorité de la chose jugée au criminel se voit reconnaître un caractère absolu sur le civil²⁸¹ – tout au moins en droit français²⁸². En outre, toujours selon les

²⁷⁴ N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 47. Le caractère irréfragable de la présomption est encore actuel : B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 1534.

²⁷⁵ Alors que la présomption est une « conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier », la fiction est un « artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), „mensonge de la loi“ (...) consistant à „faire comme si“, à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit », *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° fiction. Pour plus de précisions sur la distinction entre les deux notions, voir Y. THOMAS, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 21, 1995, p. 17-63, spéc. p. 16 et 17.

²⁷⁶ SAVIGNY, *Système de droit romain*, traduction Guenoux de l'édition allemande, tome VI, 1847, § 280, cité par Valticos, *op. cit.*, n° 34.

²⁷⁷ N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 34. Sur la critique de l'idée de fiction légale à propos de l'art. 1351 du Code civil, voir G. WIEDERKEHR, « Sens, signifiante et signification de l'autorité de la chose jugée », in *Justice et Droits fondamentaux, Etudes offertes à J. Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 507-518, spéc. p. 510-511.

²⁷⁸ P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 148.

²⁷⁹ Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 7.

²⁸⁰ P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 149 ; Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 7.

²⁸¹ Ainsi, le juge civil doit se conformer aux décisions rendues en matière criminel, F. TERRE, *op. cit.*, n° 616 ; R. MERLE ET A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 899 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1481.

²⁸² L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil n'existe pas en Allemagne.

pourfendeurs du système de la présomption, l'admission d'une autorité absolue de la chose jugée serait concrètement impraticable²⁸³.

Enfin, l'on fit remarquer que le rattachement de l'autorité de la chose jugée à la présomption de vérité supposait de lui reconnaître un caractère d'ordre public, de sorte que sa mise à mal puisse être invoquée par toutes les parties au procès et relevée d'office par le juge. La vérité étant un objectif fondamental du procès, un maximum de moyens doit contribuer à son respect. Mais à l'observation de l'autorité de la chose jugée au civil, des auteurs objectèrent que le droit positif ne lui reconnaît que le simple caractère d'intérêt privé²⁸⁴. Notons cependant qu'il en va autrement de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel, à laquelle la Cour de cassation confère le caractère d'ordre public²⁸⁵ – il en est de même en Allemagne²⁸⁶.

Il semble que la doctrine civiliste française se soit majoritairement départie de la théorie de la présomption de la vérité, à laquelle elle reproche, outre les défauts susmentionnés, quelque archaïsme²⁸⁷.

122. Cependant, malgré la critique, des auteurs continuent de penser aujourd'hui que le principe de l'autorité de la chose jugée est lié à la présomption de vérité²⁸⁸, en particulier parmi les pénalistes²⁸⁹.

Un auteur contemporain est même allé plus loin. M. Lagarde présente la chose jugée comme une « *présomption accompagnée d'une règle de recevabilité* »²⁹⁰. La présomption explique les effets positifs de l'institution, tandis que la règle de recevabilité n'est autre que l'autorité négative, que l'auteur préfère désigner par le terme d'« exception de chose jugée ».

²⁸³ P. HÉBRAUD, *op. cit.*, p. 149-150.

²⁸⁴ Voir, entre autres décisions, Civ. 2^{ème}, 27 fév. 1985, Bull. Civ. II, n° 47 ; Voir Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 558 ; F. TERRE, *op. cit.*, n° 615-616.

²⁸⁵ Voir, entre autres décisions, Cass. crim. 18 déc. 1989, Bull. crim. n° 483 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 887.

²⁸⁶ De jurisprudence constante d'après H. RADTKE, *op. cit.*, p. 33 ; G. PFEIFFER, *op. cit.*, n° 133 ; pour une illustration, voir BGH 10 nov. 1965, 2 StR 387/65, *BGHSt.* vol. 20, n° 84, p. 292-293.

²⁸⁷ N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 28, 29 (« *C'est donc à raison que la quasi-unanimité de la doctrine considère l'autorité de la chose jugée comme une qualité propre à l'acte juridictionnel* ») et 47. Voir également J. HERON, *op. cit.*, p. 137.

²⁸⁸ Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 558 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 141 et 1534.

²⁸⁹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, n° 1020 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *op. cit.*, n° 970 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1474 : « *la décision ne peut plus être remise en cause, quand bien même elle ne serait pas conforme à la réalité : sa vérité s'impose comme vérité légale ; son contenu est tenu pour vrai* » ; W. JEANDIDIER et J. BELOT, *Les grandes décisions de la jurisprudence, Procédure pénale*, Paris, PUF, 1986, n° 44, p. 227-234, p. 227 ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, tome 2, n° 1529.

²⁹⁰ X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 244 et 245 (p. 383-385).

M. Lagarde prolonge le raisonnement et affirme que « *la référence à l'idée de vérité sert à accroître la légitimité des décisions de justice, elle n'a pas pour fonction de justifier l'autorité de la chose jugée. En fait, et à l'inverse de ce que pense la doctrine, c'est l'autorité de la chose jugée qui sert à justifier la présomption de vérité* »²⁹¹. Vu ainsi, le principe de l'autorité de la chose jugée n'est plus qu'un « *mécanisme de preuve* »²⁹², permettant « *la légitimation des décisions de l'institution judiciaire* »²⁹³.

123. Pour leur part, les auteurs hostiles au fondement de la présomption de vérité développèrent de nombreuses théories pour expliquer l'institution de l'autorité de la chose jugée. Dans sa thèse relative à l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, Valticos donne à leur propos des indications très complètes, qu'il n'est pas utile de répéter ici²⁹⁴. Nous n'exposerons pas non plus la distinction opérée par la doctrine allemande entre les théories matérielle et processuelle de l'autorité de la chose jugée, qui n'a été que d'une utilité temporaire et n'est pas de grand intérêt pour notre réflexion²⁹⁵. En revanche, nous allons étudier la théorie dite de l'acte juridictionnel, à laquelle se rallia une part importante de la doctrine.

²⁹¹ *Ibidem*, n° 257 (p. 402).

²⁹² *Ibidem*, n° 230 (p. 368). L'auteur précise qu'il s'agit d'un mécanisme de preuve « *ne s'appliquant pas à des propositions de preuve* ».

²⁹³ X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 257 (p. 403).

²⁹⁴ N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 30 et s., p. 29-47.

²⁹⁵ Précisons avant toute chose qu'il ne faut pas confondre la distinction entre théorie matérielle et théorie processuelle de la chose jugée (*materiellrechtliche Rechtskrafttheorie* et *prozeßrechtliche Rechtskrafttheorie*) avec une autre distinction, opérée entre l'autorité formelle et l'autorité matérielle de la chose jugée (*formelle Rechtskraft* et *materielle Rechtskraft*). La seconde distinction est la suivante : l'autorité formelle de la chose jugée ne concerne que les effets d'une décision sur le procès en cours et se traduit notamment par l'impossibilité d'exercer des voies de recours (soit qu'elles ont déjà été épuisés, soit que les délais pour les exercer sont écoulés). Elle peut être comparée à la notion française d'irrévocabilité des décisions. L'autorité matérielle concerne en revanche les effets d'une décision sur d'autres procédures concernant les mêmes faits. En réalité, l'autorité matérielle de la chose jugée en Allemagne n'est rien d'autre que ce que l'on nomme simplement autorité de la chose jugée en France (sur l'indifférence du droit français à distinguer entre l'autorité formelle et matérielle de la chose jugée, voir N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 39-45). C'est à la première distinction que nous faisons allusion dans le texte, celle qui sépare la théorie matérielle de la théorie formelle de l'autorité de la chose jugée. Elle a été opérée pour déterminer si l'exception de chose jugée pouvait être relevée d'office par le juge, notamment devant la Cour impériale de justice. Selon la théorie matérielle de la chose jugée, cette dernière a des effets sur le droit matériel, si bien qu'elle pouvait être relevée d'office par le juge. En revanche, selon la théorie processuelle, l'autorité de la chose jugée ne produit d'effets que dans le domaine procédural, si bien qu'elle n'était pas d'ordre public. Aujourd'hui, ce débat est dépassé et l'on considère de façon unanime que l'exception de chose jugée constitue un obstacle procédural, mais qu'il doit malgré tout être relevé d'office par le juge. La doctrine contemporaine est à présent rassemblée autour de la théorie formelle de l'autorité de la chose jugée ou d'une autre théorie formelle appelée *Prozeßrechtliche Gestaltungstheorie*. Nous n'aborderons pas cette troisième distinction, qui joue un rôle en matière d'exécution des jugements mais n'a aucune incidence sur notre réflexion (pour plus de précisions, voir H. RADTKE, *op. cit.*, p. 34-35).

2. La théorie de l'acte juridictionnel

124. La théorie de l'acte juridictionnel repose sur l'idée que l'autorité de la chose jugée trouve son seul fondement dans l'acte juridictionnel destiné à trancher le litige. La notion d'acte juridictionnel donna lieu à de nombreuses tentatives de définition et à des querelles doctrinales, qu'il serait fastidieux de rappeler ici²⁹⁶. Aussi fonderons-nous notre analyse sur les travaux de Hébraud qui, en 1949, explora dans un article fameux les relations entre la notion d'acte juridictionnel et la condamnation pénale²⁹⁷.

La confrontation de la condamnation pénale aux théories générales de la fonction juridictionnelle permit à Hébraud de dégager la nature de l'acte juridictionnel en prenant en compte les particularités du contentieux pénal. L'auteur subordonne l'existence d'un acte juridictionnel à celle d'une contestation, qui demande à être tranchée afin que le litige sur lequel elle repose soit résolu et que le trouble à la paix sociale soit éliminé²⁹⁸. La résolution de la contestation pourra donner lieu à la création éventuelle de règles de droit nouvelles²⁹⁹. En outre, la contestation doit être résolue dans des formes permettant une vérification approfondie du droit, par une autorité revêtant la compétence et l'impartialité d'un juge, au terme d'une discussion contradictoire³⁰⁰.

De la nature de l'acte juridictionnel découlent certains de ses caractères comme l'autorité de la chose jugée, enseigne Hébraud, qui voit résolument dans celle-ci un élément à part entière de l'acte juridictionnel³⁰¹. Le raisonnement est le suivant. L'acte juridictionnel ayant pour raison d'être la résolution d'une contestation, il ne peut se passer d'une certaine autorité. Sans elle, en effet, la résolution de la contestation proposée par l'acte ne pourrait persister et l'acte lui-même ressemblerait à un coup d'épée dans l'eau. Le litige resterait ouvert et l'espoir du

²⁹⁶ On pourra de nouveau de référer à l'étude extrêmement précise de N. VALTICOS, *op. cit.*, n^{os} 3 et s., p. 7-28. Il faut également mentionner que des auteurs considèrent que le fondement de l'autorité de la chose jugée relève du souci de ne pas laisser s'éterniser les litiges (voir notamment F. TERRE, *op. cit.*, n^o 610). Cependant, cette explication nous semble biaisée car elle intervertit fondement et fonction. Nous verrons que la préoccupation de mettre fin aux litiges et d'assurer la stabilité des situations juridiques qui en découlent est une *fonction*, du moins déclarée, de l'autorité de la chose jugée.

²⁹⁷ P. HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux (à propos de la condamnation pénale) », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 131-206.

²⁹⁸ *Ibidem*, n^{os} 15 et 16 (p. 163-169).

²⁹⁹ *Ibidem*, n^o 16 (p. 167).

³⁰⁰ *Ibidem*, n^o 17 (p. 171-172).

³⁰¹ *Ibidem*, n^o 17 *in fine* et 18, p. 172 : l'autorité de la chose jugée est envisagée sous le B. *Les éléments de l'acte juridictionnel* (le plan est donné en tête d'article, p. 131).

retour à la paix sociale serait vain. L'autorité de la chose jugée est donc un corollaire impératif et immédiat du jugement³⁰².

Dans cette perspective, poursuit Hébraud, l'autorité de la chose jugée n'a pas à être absolue, puisqu'elle est par essence relative « *au but et aux conditions de la vérification sur laquelle elle repose* »³⁰³. De plus, elle ne nécessite pas d'être d'ordre public. Selon l'auteur, « *la renonciation au bénéfice du jugement, par la partie qui en profitait, loin de faire renaître le litige, aboutit à la rallier à la prétention de l'adversaire ; elle apaise ainsi le conflit, d'une manière définitive, et préférable à celle que le jugement opérerait, par voie d'autorité, puisqu'elle repose sur le consentement des intéressés* ». Le raisonnement est convaincant, mais il ne correspond pas à la réalité du droit pénal, où l'autorité de la chose jugée est d'ordre public. En cette discipline, le droit positif ne semble pas avoir entièrement pris la mesure du fondement de l'acte juridictionnel.

125. Parallèlement à la naissance du fondement de l'acte juridictionnel, se développa l'idée d'une théorie *générale* de l'autorité de la chose jugée, applicable à tous les contentieux impliquant un acte juridictionnel. Selon ce courant doctrinal, l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel n'est qu'une application de cette théorie générale³⁰⁴. L'affirmation d'une théorie générale de l'autorité de la chose jugée fut lourde de conséquences, puisqu'elle permit de subordonner l'application de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel aux conditions de l'article 1351 du Code civil.

126. Conclure sur les fondements de l'autorité de la chose jugée n'est pas chose aisée, car il semble qu'aucun des fondements envisagés jusqu'à présent n'emporte la conviction. Après avoir contesté la présomption de la vérité, la doctrine ne s'est d'ailleurs pas unanimement

³⁰² Pour une définition proche, G. WIEDERKEHR, « Sens, signification et signification de l'autorité de la chose jugée », p. 514 : « *La décision du juge doit être acceptée comme constituant le droit en l'espèce. C'est parce que le juge a dit le droit par sa décision que celle-ci a autorité. Le jugement ainsi met fin au litige puisque la décision par laquelle il le tranche (ou le prévient) doit être reconnue comme étant le droit de la situation et qu'elle s'impose avec l'autorité du droit* ». Du même auteur, « Autorité de la chose jugée » in *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadiet, Paris, PUF, 2004, p. 85 : « *Le fondement de l'autorité doit être cherché dans la fonction même du juge : selon un vieil adage, „le juge dit le droit en tranchant le litige” ; la décision du juge doit être considérée comme constituant le droit dans la situation jugée* ».

³⁰³ *Ibidem*, n° 18 (p. 172).

³⁰⁴ P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 1537 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation comparée*, n° 1564 (implicitement), G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 665 (implicitement) ; Ch. GAVALDA, *op. cit.* : la première partie de l'article est intitulée : « *place et fondement de la théorie pénale de la chose jugée dans le cadre de la théorie générale de la chose jugée : son autonomie interne* ».

ralliée à celle de l'acte juridictionnel. Une partie des auteurs, nous l'avons vu, continue de s'en référer à la maxime *res judicata pro veritate habetur*³⁰⁵.

127. Enfin, d'autres voies plus originales ont été ouvertes. Elles ont en commun d'avoir été exclusivement empruntées par des auteurs pénalistes. Tout particulièrement préoccupés par le sort de l'individu face au pouvoir répressif, ceux-ci ont une propension à observer le principe de l'autorité de la chose jugée à travers son seul aspect négatif, lequel a souvent pour effet de protéger la personne qui a définitivement répondu de ses actes devant la justice répressive contre de nouvelles poursuites pour les mêmes faits³⁰⁶.

Ainsi, certains auteurs considèrent que le fondement de l'autorité de la chose jugée n'est autre que la règle *ne bis in idem*. C'est ce qui ressort de la plume de M. Pralus, pour qui « *la règle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel (...) est l'une des manifestations de la règle non bis in idem* »³⁰⁷. Cette prise de position doit être considérée avec prudence du fait que l'auteur voit principalement dans la règle *ne bis in idem* l'interdiction du cumul des peines pour les mêmes faits³⁰⁸ – du reste, l'auteur n'explicite pas plus avant sa perception du rapport entre l'autorité de la chose jugée et la règle *ne bis in idem*. Mais elle n'est pas sans rappeler celle de Rocco, auteur italien du début du XX^{ème} siècle. Pour Rocco, l'autorité de la chose jugée repose sur la « consommation » de l'action publique et ne fait que réaliser le principe selon lequel, pour les mêmes faits, il ne peut y avoir de nouvelle action (*bis de eadem re ne sit actio*), d'où l'interdiction de renouveler ces poursuites³⁰⁹. L'analyse nous ramène à la conception de l'ancien droit romain, en vigueur sous la procédure des actions de la loi et la procédure formulaire³¹⁰. Si elle est correcte, elle remet en cause toute la construction doctrinale selon laquelle la règle *ne bis in idem* est un effet de l'autorité de la chose jugée et

³⁰⁵ Voir *supra*, p. 106.

³⁰⁶ Mais nous verrons dans le chapitre suivant que contrairement à l'affirmation de la majorité de la doctrine, l'autorité de la chose jugée n'a pas pour fonction de protéger l'individu contre le cumul des poursuites pour les mêmes faits, voir *infra*, p. 149.

³⁰⁷ M. PRALUS, « *A propos de la règle non bis in idem, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : Non bis ?* », n° 11 (p. 42).

³⁰⁸ *Ibidem*, n° 1 (p. 37) ; voir également, du même auteur, « *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem, non bis* », n° 1 (p. 551). Voir *supra*, p. 59.

³⁰⁹ A. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa d'estinzione dell'azione penale*, Modena, 1904, cité par N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 37, p. 35, note 5. Toujours selon N. Valticos : « *Partant de la même idée fondamentale, Ugo Rocco [estime que] l'autorité de la chose jugée se traduit par l'obligation processuelle des organes juridictionnels de ne pas juger à nouveau une contestation entre les mêmes sujets lorsque celle-ci a déjà fait l'objet d'un jugement antérieur. L'autorité de la chose jugée ne peut s'expliquer ni si l'on considère le jugement en lui-même, ni si on la rattache aux rapports juridiques matériels des parties. Le jugement doit être envisagé par rapport au droit d'action, comme l'acte ultime des organes juridictionnels saisis du procès. (...) Par là s'expliquerait le phénomène de l'autorité de la chose jugée : elle marquerait l'extinction normale du droit d'action qui se trouve réalisé grâce au jugement sur le fond qui en était le but* », *op. cit.*, n° 37, p. 36.

³¹⁰ Voir *supra*, p. 55 ; en ce sens également, N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 48, p. 43-44.

renverse complètement la proposition. Mais la règle *ne bis in idem* ne peut être que le fondement de l'autorité négative de la chose jugée. Elle ne saurait en expliquer l'autorité positive.

Mme Rassat rejette également le fondement de l'acte juridictionnel, sans pour autant revenir à la présomption de vérité. « *L'autorité pénale nous paraît reposer essentiellement en démocratie sur l'idée d'un contrat social qui fonde la prescription pénale. La société a le droit de se défendre et le devoir de défendre ceux qui la composent contre les infractions pénales. (...). Mais (...) ce qui a été jugé conformément aux règles procédurales normales (qu'il appartient à la société de modifier si elles ne sont pas bonnes) doit apurer les rapports respectifs de la collectivité et du délinquant* »³¹¹. Si elle n'en reprend pas le nom, cette position rappelle à son tour le système de la consommation de l'action publique proposé par Rocco. Toutefois, Mme Rassat continue de concevoir l'interdiction « *de recommencer une poursuite pénale pour des faits déjà sanctionnés* », c'est-à-dire, à notre sens, la conséquence directe de la consommation de l'action, comme un aspect de l'autorité de la chose jugée – son aspect négatif³¹². Pourtant, il y a quelque ambiguïté à considérer la consommation de l'action à la fois comme le fondement et un aspect du principe de l'autorité de la chose jugée.

Nous laisserons en l'état le débat relatif au fondement de l'autorité de la chose jugée, qu'il n'apparaît, en réalité, pas nécessaire de trancher pour la suite de nos développements. En effet, quelque soit le fondement retenu pour l'autorité de la chose jugée par les deux grands courants doctrinaux, la fonction du principe qui paraît seule effective est la protection du crédit du juge.

B. L'orientation des deux fondements vers une fonction unique : la protection du crédit du juge

128. Pour qu'une institution juridique puisse remplir sa fonction, il faut que les fondements sur lesquels elle repose le lui permettent. Pour savoir si les deux fonctions dégagées par la doctrine sont de véritables fonctions de l'autorité de la chose jugée, il faut les mettre à l'épreuve des fondements du principe. Si les fonctions sont, l'une comme l'autre, véritablement servies par les fondements, alors il faudra considérer qu'il existe une véritable

³¹¹ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 516. C'est nous qui soulignons.

³¹² *Ibidem*, avant le n° 515.

dualité de fonctions. Si, en revanche, l'une des fonctions ne peut être remplie en considération des fondements, alors nous pourrions en déduire que cette fonction n'est que fictive.

Nous allons donc confronter aux fondements du principe de l'autorité de la chose jugée la fonction de préservation de la stabilité juridique, puis nous ferons de même pour la fonction de protection du crédit du juge. Nous constaterons que les fondements de l'autorité de la chose jugée sont peu aptes à préserver la sécurité juridique (1), alors qu'ils se révèlent parfaitement adaptés pour protéger le crédit du juge (2).

1. L'inaptitude des fondements de l'autorité de la chose jugée à préserver la sécurité juridique

129. Afin de vérifier si la préservation de la sécurité juridique est une véritable fonction du principe de l'autorité de la chose jugée, supposons, en premier lieu, que le fondement de l'autorité de la chose jugée soit la présomption de vérité de la chose jugée.

La présomption de vérité signifie que la décision du juge est conforme à la vérité et qu'il faut, par conséquent, la tenir pour seule résolution pertinente du litige³¹³. Quelle peut être la fonction immédiate de l'admission d'une telle présomption ? Il semble qu'il s'agisse, avant tout, d'éviter que la décision rendue soit remise en question. En cela, il pourrait être tout autant question d'assurer la pérennité du contenu de la décision, puisque c'est ce dernier qui est présumé vrai, que la pérennité de la décision elle-même.

Ainsi, l'on peut penser que le fondement de la présomption de vérité tend à garantir la stabilité non seulement des décisions mais encore de la situation juridique qui en découle, donc à préserver la sécurité juridique. Mais ce n'est là qu'un postulat, dont il est difficile de vérifier le bien fondé.

130. Partons, en second lieu, du fondement de l'acte juridictionnel. Ses partisans assignent à l'autorité de la chose jugée la fonction d'interdire « *de renouveler indéfiniment la même contestation et [de garantir] l'impossibilité de remettre perpétuellement en cause la*

³¹³ Voir *supra*, p. 104.

vérification du droit qui a été faite avec toutes les garanties désirables »³¹⁴. On reconnaît bien là le souci de stabilité qui nous occupe.

Cependant, il n'est pas certain que les choses soient si simples. Valticos met en garde l'observateur trop pressé : « Lorsque [l'autorité de la chose jugée] est entendue comme une institution destinée à interdire le renouvellement des procès, on peut dire que l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas par essence à la notion du jugement. Elle est plutôt liée à la notion d'action, dont elle traduit l'extinction, et à travers la notion d'instance, à travers laquelle l'action se réalise »³¹⁵. L'on retrouve ici l'idée du fondement de l'autorité de la chose jugée sur la présomption de l'action, avancée par Rocco.

Nous pensons comme Valticos que la fonction de préservation de la stabilité ne peut être expliquée par le fondement de l'acte juridictionnel. Si l'acte juridictionnel est défini comme celui qui doit résoudre une contestation – trancher un litige, dit-on dans un vocabulaire plus moderne³¹⁶ –, sa finalité est bien de mettre un terme au litige, afin que ce dernier soit résolu³¹⁷. L'autorité de la chose jugée, fondée sur l'existence d'un acte juridictionnel et corollaire de celui-ci, a pour fonction d'assurer que le litige soit considéré comme définitivement résolu aux yeux de tous. Elle y parvient par son effet négatif, interdisant que la contestation soit réétudiée par d'autres tribunaux. Dans ce contexte, la stabilité de la décision et de la situation juridique qui en découle n'est pas un objectif de l'autorité de la chose jugée, mais bien plus un instrument qui lui permet d'atteindre l'objectif véritable, la résolution du litige. La préservation de la stabilité juridique n'est donc pas non plus une fonction effective de l'autorité de la chose jugée quand celle-ci est envisagée au travers du prisme de l'acte juridictionnel.

En somme, la préservation de la stabilité juridique, fonction déclarée de l'autorité de la chose jugée, est inexistante quel que soit le fondement retenu pour le principe – à l'exception du fondement de la consommation de l'action. Il s'avère donc que la préservation de la sécurité juridique n'est pas une véritable fonction de l'autorité de la chose jugée. En réalité, le principe semble destiné à la protection du crédit du juge.

³¹⁴ P. HEBRAUD, *op. cit.*, n° 18 (p. 172).

³¹⁵ N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 55. C'est nous qui soulignons.

³¹⁶ D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préface G. Wiederkehr, Paris, LGDJ, 1994, voir en particulier la troisième partie de la thèse.

³¹⁷ Voir *supra*, p. 108.

2. L'aptitude des fondements de l'autorité de la chose jugée à protéger le crédit du juge

131. Nous allons à présent étudier la fonction de protection du crédit du juge au regard des fondements du principe de l'autorité de la chose jugée.

En imposant de tenir pour vraie la parole du juge, la présomption de vérité protège cette parole avec une remarquable efficacité. L'obligation de respecter à tout prix la décision du juge – la présomption est irréfragable – semble même être conçue pour assurer le respect de celui qui l'a émise, le juge et, derrière lui, l'institution de la justice. Elle est particulièrement propice à l'accomplissement de la fonction de préservation de leur crédit. Nul doute, dans ces conditions, que des auteurs présentent le principe de l'autorité de la chose jugée comme le « *dogme de l'infailibilité du juge* »³¹⁸.

Notons que, lorsque la situation juridique issue d'une décision est remise en question, l'instabilité qui en découle nuit également au crédit de l'institution qui l'a rendue. Mais elle le fait dans une proportion nettement moindre que si la décision elle-même était annulée. Cela expliquerait, peut-être, que la doctrine ne ressente pas le besoin de préciser que la stabilité juridique nécessite à la fois la pérennité des décisions de justice, mais encore celle des situations juridiques fixées par elles. Dans ce schéma, la stabilité juridique, loin d'être l'objectif final recherché par la présomption de vérité, serait un instrument du renforcement de la crédibilité du juge. La stabilité serait alors recherchée dans la seule mesure où elle est déterminante pour la protection du crédit du juge. Or, si le maintien des décisions du juge est certainement déterminant pour la protection de son crédit, la stabilité des situations juridiques qui en découlent l'est sûrement moins.

132. En ce qui concerne le fondement de l'acte juridictionnel, nous avons vu que sa raison d'être consiste en la résolution des litiges. Or, la résolution effective des litiges nourrit le crédit de la justice. En effet, à chaque litige résolu, le juge fait la preuve qu'il exerce véritablement sa fonction, la fonction juridictionnelle de dire le droit et trancher les litiges, et cela affermit son autorité et son crédit. Si la résolution qu'il a donnée du litige pouvait être remise en cause, cette autorité et ce crédit seraient ruinés. En ce sens, l'autorité de la chose jugée fondée sur la théorie de l'acte juridictionnel, qu'elle s'exerce de façon positive ou

³¹⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 884.

négative, assiste le juge dans sa fonction de résolution des litiges en empêchant toute entrave postérieure à son action. C'est de cette manière qu'elle protège sa crédibilité.

Valticos voyait également un lien très net entre le fondement de l'acte juridictionnel et la fonction de préservation du crédit du juge : « *c'est à la notion même du jugement que l'autorité de la chose jugée s'attache dès qu'on vient à la justifier par le désir d'éviter les contradictions entre les décisions judiciaires et de sauvegarder le prestige des tribunaux* »³¹⁹. En ce sens également, Gavalda souligna à propos du développement du fondement de l'acte juridictionnel qu'il « *était naturel dans ces conditions que les auteurs en viennent à centrer directement l'autorité de la chose jugée sur l'élargissement d'une notion entrevue par les Anciens et selon laquelle, l'interdiction de reconsidérer ce qui avait été jugé (la contestation) assurerait l'autorité – auctoritas – de la sentence et, à travers elle, la dignité des juridictions répressives et la confiance en leur verdict* »³²⁰.

La fonction de protection de l'autorité du juge et du crédit de la justice semble ainsi s'accommoder non seulement du fondement de la présomption de vérité, mais encore fort bien de celui de l'acte juridictionnel.

133. Pour conclure cette section, nous pouvons affirmer que, quel que soit le fondement envisagé pour le principe de l'autorité de la chose jugée, ce fondement implique que, plutôt qu'une dualité de fonctions, seule la protection du crédit du juge est une fonction effective du principe de l'autorité de la chose jugée.

³¹⁹ N. VALTICOS, *op. cit.*, n° 55 *in fine*.

³²⁰ Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 8.

Conclusion du chapitre

134. L'étude des fonctions à caractère collectif de la règle *ne bis in idem* et du principe de l'autorité de la chose jugée montre que les deux institutions empruntent des chemins différents en vue de préserver la paix sociale.

135. La règle *ne bis in idem* se révèle tout à fait adaptée pour contribuer à la sécurité juridique, sous réserve d'être mise en œuvre dans sa conception pure : parce qu'elle interdit le cumul des poursuites pour les mêmes faits *matériels* – et non pas seulement pour les mêmes faits sous la même qualification juridique –, la règle parvient à assurer, au-delà de la stabilité des décisions définitives, celle des situations juridiques issues de ces décisions.

Quant au principe de l'autorité de la chose jugée, il semble ne se soucier de sécurité juridique que dans la mesure où celle-ci contribue à renforcer l'autorité des décisions de justice et, au-delà, l'autorité de l'organe qui les rend. Sa fonction effective est en effet de protéger le crédit du juge. Il la remplit en rendant les décisions de justice incontestables et, grâce à son effet négatif, en prohibant de juger à nouveau les faits sous la même qualification juridique – un tel jugement remettrait en effet radicalement en question la première décision rendue.

136. Si les deux fonctions sont bien distinctes, elles ne sont pas pour autant complètement isolées l'une de l'autre. Au cours de nos développements, nous avons remarqué que la sécurité juridique en matière de justice répressive était un élément de renforcement du crédit de la justice³²¹. Or, nous savons à présent que la règle *ne bis in idem* parvient mieux que l'autorité négative de la chose jugée à garantir la sécurité juridique. Paradoxalement, la règle *ne bis in idem* se révèle donc plus performante que l'autorité négative de la chose jugée pour remplir la fonction de protection du crédit du juge.

Certes, la protection du crédit de la justice est principalement mise en œuvre par l'effet *positif* de l'autorité de la chose jugée. Obligeant toute juridiction à respecter les décisions de justice précédemment rendues, en en tirant toutes les conséquences juridiques dans leur propre office, l'autorité positive de la chose jugée permet de préserver le crédit du juge ayant tranché

³²¹ Voir *supra*, p. 97. et 114.

la première décision, même dans les cas où le litige se trouve à nouveau devant la justice. Il semble ainsi que l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée soit superflu.

137. L'autorité positive de la chose jugée permet, de surcroît, d'assurer la cohérence au sein de la jurisprudence. Cette cohérence est à ce point importante pour la paix sociale qu'il existe des techniques procédurales destinées à la préserver, comme le pourvoi en cassation pour contrariété de jugement³²². Et la cohérence ne manque pas, à son tour, d'alimenter le crédit du juge.

Toutefois, la règle *ne bis in idem* n'est pas complètement inefficace à l'égard de la cohérence de la justice. En prohibant l'engagement de nouvelles poursuites à propos de faits matériels déjà jugés, la règle *ne bis in idem* fait obstacle à la multiplication des décisions relatives au même litige, et réduit ainsi à néant le risque d'incohérence des décisions. Il faut lui reconnaître à cet égard une efficacité redoutable. Contrairement au recours en contrariété de jugements, elle agit en amont. Elle prévient l'incohérence³²³. De cette manière, la règle *ne bis in idem* a également pour effet de protéger le crédit de la justice.

Cependant, l'on perçoit bien qu'elle n'est pas l'outil le plus fin pour assurer la cohérence des décisions. Elle n'y parvient, en effet, qu'en déployant des moyens surdimensionnés pour cette fin. Alors qu'il suffirait que le juge intervenant en second se conforme à la décision du premier juge pour que soit garantie la cohérence, la règle *ne bis in idem* lui interdit *ab initio* tout droit de parole, ce qui semble quelque peu disproportionné par rapport au but recherché.

En résumé, à chacun sa fonction. A l'autorité de la chose jugée dans son aspect positif la préservation de la cohérence de la justice, à la règle *ne bis in idem* la garantie de la sécurité juridique, les deux réunies contribuant harmonieusement à la paix sociale.

138. Par conséquent, entre l'autorité positive de la chose jugée et la règle *ne bis in idem*, l'autorité négative de la chose jugée se trouve en porte-à-faux. Ne poursuivant pas l'objectif

³²² L'article 617 du Code de procédure civile prévoit un cas d'ouverture au pourvoi en cassation pour cette hypothèse spécifique. En matière pénale, la doctrine s'inspire de la règle légale civile pour affirmer que la contrariété de jugements est un cas d'ouverture du pourvoi en cassation, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 861 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1441 ; M. LOISEL, « Du pourvoi en cassation pour contrariété de jugements », *JCP* 1945.1.486.

³²³ A. HOMMEY souligne de façon particulièrement nette cet aspect bénéfique de la règle, en écrivant des décisions judiciaires qu'elles « *ne doivent pas se contredire et (...) par conséquent, ne peuvent pas juger deux fois le même fait* », *op. cit.*, p. 6.

de sécurité juridique, d'une part, et se montrant peu utile pour assurer la protection du crédit du juge, d'autre part, a-t-elle encore quelque raison d'être ?

Peut-être pourrait-on la maintenir en lui pourvoyant d'autres fondements que celui de la présomption de vérité ou de l'acte juridictionnel. Nous pensons notamment au principe de consommation de l'action³²⁴ ou à l'idée du contrat social limitant le droit de juger un individu à une seule fois pour les mêmes faits³²⁵. Mais attribuer un nouveau fondement à l'autorité négative de la chose jugée impliquerait de scinder l'autorité positive et l'autorité négative pour leur attribuer des fondements différents, ce qui ruinerait le lien entre les deux aspects du principe. En outre, à quoi bon maintenir l'autorité négative de la chose jugée puisque, finalement, la règle *ne bis in idem* est plus performante qu'elle tant à l'égard de la sécurité juridique que pour la protection du crédit du juge ? L'idée surgit qu'en matière de justice répressive, l'autorité négative de la chose jugée est une notion inutile, dont la règle *ne bis in idem* pourrait fort bien se passer. Elle pourrait notamment être fondée directement sur le principe de la consommation de l'action.

Mais ces considérations ne résultent que de l'observation des fonctions se rapportant à la préservation de la paix sociale. Il convient à présent d'envisager la fonction à caractère individuel, la protection de l'individu ayant déjà répondu de ses actes devant la justice répressive.

³²⁴ A. ROCCO, cité par N. Valticos, *op. cit.*, n° 37 (p. 35) et N. VALTICOS lui-même, *op. cit.*, n° 55, (p. 48).

³²⁵ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 516.

CHAPITRE 2 LA FONCTION SUPPLEMENTAIRE DE PROTECTION DE L'INDIVIDU DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM*

139. La très grande majorité de la doctrine contemporaine reconnaît au principe de l'autorité de la chose jugée et à son « aspect négatif », la règle *ne bis in idem*, la fonction commune de protéger l'individu contre le cumul des poursuites pour les mêmes faits³²⁶.

L'on peut résumer les propos des auteurs de la façon suivante. Toute personne qui a fait l'objet de poursuites répressives et dont le sort juridique a été fixé par une décision définitive à l'égard des faits qui lui sont reprochés, doit être assurée, une fois le procès clos, de ne pas devoir répondre à nouveau de ces faits. Elle doit pouvoir continuer ou réorganiser sa vie en fonction de la décision rendue, sans avoir à supporter la menace permanente d'une nouvelle procédure, qui prendrait la forme d'une véritable épée de Damoclès³²⁷.

Dans la doctrine française, seuls Légal et M. Gassin ont établi une distinction entre le principe général de l'autorité de la chose jugée, qui « repose essentiellement sur des considérations de paix sociale », et la règle *ne bis in idem*, qui est « une disposition protectrice de la liberté individuelle des personnes déjà poursuivies »³²⁸. De ce propos se dégage l'idée d'une divergence fondamentale de fonctions entre le principe et la règle. Contrairement à la règle *ne bis in idem*, le principe de l'autorité de la chose jugée ne posséderait pas de fonction protectrice de l'individu.

Le constat de M. Gassin coïncide avec une observation que l'on peut tirer de l'étude de la doctrine allemande. Si les pénalistes allemands entretiennent le lien entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée, les commentateurs de l'article 103 alinéa 3

³²⁶ Voir notamment R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 886 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, n° 1021 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 664.

³²⁷ L'image de l'épée de Damoclès est souvent utilisée dans la doctrine allemande, voir notamment G. DÜRIG, « Art. 103 Abs. III », in *Grundgesetz Kommentar* (Maunz-Dürig), vol. IV, München, C.H. Beck, 1986, p. 49-56, n° 3 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 11.

³²⁸ Les termes sont de R. GASSIN, « Autorité de la chose jugée », p. 96. Le même auteur avait emprunté cette distinction dès 1963, in « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel... », n° 2, p. 240, voir également *supra*, p. 67. Pour A. LEGAL, voir note sous Cass. crim. 30 janv. 1937.

de la Loi fondamentale n'éprouvent plus le besoin de se référer à l'autorité de la chose jugée pour affirmer la fonction protectrice de l'individu de la règle *ne bis in idem*³²⁹.

140. Sur les traces de ces auteurs et comme nous l'avons fait dans le chapitre précédent pour les fonctions à caractère social, nous allons séparer la règle *ne bis in idem* du principe de l'autorité de la chose jugée pour étudier l'effectivité de la fonction à caractère individuel. Afin de compléter notre analyse théorique sur la pertinence du rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée, il nous faut, en effet, vérifier si le décalage de fonctions repéré à propos de la fonction sociale des deux institutions se retrouve à propos de la fonction à caractère individuel.

141. En ce qui concerne la règle *ne bis in idem*, il semble ne faire aucun doute que la fonction de protection de l'individu est bien présente. Encore faudra-t-il préciser par l'octroi de quelle garantie la règle parvient à assurer cette protection. En outre, il conviendra de vérifier, pour les besoins de notre réflexion, que cette protection peut être atteinte sans qu'il soit nécessaire de recourir au principe de l'autorité de la chose jugée.

En revanche, pour le principe de l'autorité de la chose jugée, l'on perçoit déjà la difficulté. L'étude des fonctions du principe au regard de ses fondements a montré que seule la protection du crédit du juge est une fonction effective du principe de l'autorité de la chose jugée. Aussi sera-t-il peu surprenant de constater que ce principe, fût-ce dans son aspect négatif, n'a pas pour fonction de protéger l'individu.

Après avoir étudié de plus près la fonction protectrice de l'individu de la règle *ne bis in idem* (section 1), nous mettrons en lumière l'absence d'une telle fonction du côté du principe de l'autorité de la chose jugée (section 2).

³²⁹ G. NOLTE, *op. cit.*, n^{os} 178 et s. ; E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, n^{os} 258 et s. ; voir *supra*, p. 62.

Section 1 La fonction protectrice de l'individu de la règle *ne bis in idem*

142. La fonction protectrice de l'individu de la règle *ne bis in idem* est apparue bien plus tardivement que sa fonction de contribution à la paix sociale, dans un contexte historique et philosophique qu'il est intéressant d'évoquer. Ainsi, dans un premier temps, nous étudierons les circonstances dans lesquelles s'est affirmée la fonction protectrice de l'individu de la règle *ne bis in idem* (§ 1).

Mais affirmer que la fonction à caractère individuel de la règle consiste en la protection de l'individu n'est guère précis. Il faut comprendre comment la règle opère pour remplir cette fonction et, pour cela, traduire en termes juridiques l'essence de la protection accordée. Cette dernière peut s'analyser comme la garantie de la sécurité juridique de l'individu ayant déjà définitivement répondu de ses actes devant la justice, que nous appellerons « sécurité juridique individuelle » (§ 2).

§ 1 *L'affirmation de la fonction protectrice de l'individu*

143. Lors de la genèse de la règle *bis de eadem re ne sit actio*³³⁰, la protection de l'individu n'était probablement pas la préoccupation dominante des juristes romains. Le souci de protection de l'individu n'était pas non plus central dans l'Ancien droit, tant la règle pouvait être facilement contournée. Ainsi, en France, il était rare qu'un non-lieu soit prononcé en cas d'insuffisance de preuves. Les juges préféraient rendre des arrêts « de plus amplement informé » qui permettaient de rouvrir l'affaire à tout moment³³¹. Même lorsque les poursuites s'achevaient par un non-lieu ou une condamnation définitive, les conditions de mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* étaient assorties d'un tel nombre d'exceptions, que le renouvellement des poursuites n'était pas chose rare³³². La situation était similaire sous

³³⁰ Voir *supra*, note n° 4.

³³¹ E. HIRTZ, *op. cit.*, p. 177-178 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 885.

³³² P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume*, Le Breton, 1768, p. 58 ; *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel. Dédiées au Roi*, Merigot, Crapant et Morin, 1780, p. 596 ; FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 982, p. 565-566 ; A. HOMMEY, *op. cit.*, p. 25-30, notamment p. 29 : « les commentaires de Jousse et de Muyart de Vouglans étaient bien méconnus dans l'application du principe dont on avait banni jusqu'au soupçon d'humanité ! » ; K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 18 et p. 33-34.

l'inquisition, période pendant laquelle la justice se faisait fort de punir « justement »³³³ toutes les infractions commises. A cette fin, elle déployait tous les efforts envisageables pour découvrir la vérité. Elle utilisait notamment le système du « déliement de l'instance » (*Instanzenentbindung*, souvent désignée en latin sous les termes d'*absolutio ab instentia*), selon lequel, en cas de doute du juge quant à la culpabilité ou l'innocence d'un individu déjà jugé, l'instance pouvait être rouverte³³⁴.

La montée de l'humanisme à l'époque des Lumières changea la donne, et progressivement, l'idée de protection de l'individu par l'interdiction du renouvellement des poursuites pour les mêmes faits apparut (A). Du reste, grâce à sa dimension protectrice de l'individu, la règle connut un vif regain d'intérêt après la seconde guerre mondiale (B).

A. L'apparition de la fonction protectrice de l'individu au siècle des Lumières

144. Portée par la philosophie humaniste des Lumières, la doctrine juridique laissa timidement entrer dans ses considérations la fonction protectrice de l'individu de la règle *ne bis in idem* (1). Mais c'est la constitutionnalisation de la règle en France et aux Etats-Unis à la fin du XVIII^{ème} siècle qui témoigne de l'entrée en droit positif de cette fonction protectrice (2).

1. Les premières apparitions doctrinales

145. A la fin du XVI^{ème} siècle, les idées humanistes se propageaient déjà. En retraçant l'histoire de la règle *ne bis in idem*, la doctrine se plaît à rappeler les propos apaisants de Sancho Pança à Don Quichotte : « *Que Votre Grâce fasse attention, disait Sancho Pança à Don Quichotte, que, si le chevalier vaincu s'est acquitté de l'ordre qu'il a reçu, en allant se présenter devant Madame Dulcinée du Toboso, il doit être quitté et déchargé, et ne mérite plus d'autre peine qu'il ne commette d'autre délit* »³³⁵.

Dès cette époque, la doctrine juridique commence à intégrer une dimension humaniste, protectrice de l'individu, dans l'interdiction de poursuivre plusieurs fois la même personne

³³³ C'est-à-dire de façon méritée par rapport à la culpabilité.

³³⁴ G. SCHWARPLIES, *op. cit.*, p. 22-63 ; F. BORGMANN, *op. cit.*, p. 17-21.

³³⁵ CERVANTES, *Don Quichotte*, (1597 vraisemblablement), c'est nous qui soulignons ; cité par J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 1775 ; Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 1 ; R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée... », p. 241, note n° 2 ; Conclusions de l'avocat général de la CJCE D. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 19 sept. 2002 dans les affaires C-187/01 (Gözütok) et C-385/01 (Brügge).

pour les mêmes faits. Sans cette règle, précisait Ayrault, « *l'accusé ne seroit jamais en patience ; et ce seroit rompre l'autorité des choses jugées et donner lieu à la corruption et à la subornation des témoins* »³³⁶.

146. La sévérité et la cruauté de la justice pénale choquèrent plus d'un penseur du XVIII^{ème} siècle. Aussi développèrent-ils un véritable sentiment de pitié envers les justiciables, exigeant qu'on les traite avec plus grande humanité³³⁷. Ce sentiment apparaît chez Montesquieu³³⁸, puis plus nettement encore chez Beccaria³³⁹, Voltaire³⁴⁰. Il ne tarda pas à s'introduire dans la doctrine juridique.

En France, Muyart de Vouglans, qui s'était pourtant montré peu réceptif aux idées novatrices de l'époque par la publication de sa *Réfutation de quelques principes hasardés dans le Traité des Délits et des Peines* en 1766, faisait preuve de compassion envers la personne déjà jugée. Il écrivait en 1768 : « *La sagesse de cette maxime [ne bis in idem], est fondée sur deux raisons particulières : l'une de ne point compromettre trop souvent la vie d'un citoyen ; l'autre d'empêcher que par l'événement de ces différentes accusations, la peine ne vienne à surpasser le crime* »³⁴¹. Dans la volonté « *de ne pas compromettre trop souvent la vie de citoyen* », on perçoit en germe l'idée de garantie de la sécurité pour l'individu. Mais l'auteur acceptait également un grand nombre d'exceptions à la règle, ce qui relativise le contenu de ses propos.

On trouve le même souci de protection de l'individu chez Jousse, dans des termes proches de ceux de Muyart de Vouglans : « *Si on admettait des accusations réitérées et qu'on mit en*

³³⁶ P. AYRAULT (1536-1601), cité d'après Faustin-Hélie, *op. cit.*, n° 982 (*Ordre et Instruction judiciaire*, liv. 3, part. 1, n° 25). C'est nous qui soulignons.

³³⁷ F. TRICAUD, « Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières », *Archives de philosophie du droit*, Tome 39 (Le procès), 1995, p. 145-167, spéc. p. 163-165 ; M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir, Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 87-89.

³³⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in *Œuvres complètes II*, Texte présenté et annoté par R. Caillois, Paris, Gallimard, 1951, Livre VI, chapitres 12 à 15 (p. 320-327) ; Livre XII, chapitre 2 (p. 431) ; F. TRICAUD, *op. cit.*, p. 149.

³³⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines* (1764), traduction par M. Chevalier, préface R. Badinter, Paris, GF-Flammarion, 1991, voir notamment l'avis au lecteur : « *cet ouvrage (...), bien loin de diminuer l'autorité légitime, peut servir à l'accroître si la douceur et l'humanité la justifient aux yeux de tous* » (p. 54) ; § XII, p. 86-87, § XXVII, p. 123 et s. ; § XXVIII à propos de la peine de mort : « *si je prouve que cette peine n'est ni utile ni nécessaire, j'aurai fait triompher la cause de l'humanité* ».

³⁴⁰ On décèle chez Voltaire d'abord la révolte contre l'arbitraire de la justice (*Commentaire sur le livre des Délits et des Peines* de Beccaria) « par un avocat de Province », in VOLTAIRE, *L'affaire Calas*, édition présentée, établie et annotée par J. Van den Heuvel, Paris, Gallimard, 1975, p. 280-281 notamment) mais il en vient également à la critique de certaines lois et coutumes, voir F. TRICAUD, *op. cit.*, spéc. p. 153-154.

³⁴¹ *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume*, Paris, Le Breton, 1768, p. 58.

jugement les crimes après une absolution ou une condamnation à une peine plus légère, disait-il, un accusé ne pourrait jamais être en repos ; et le plus souvent, ce serait donner lieu à la punition des crimes pardonnés, ce qui répugne à la nature et à la raison »³⁴². Là encore, le besoin de sécurité juridique de l'individu commence à transparaître.

147. En Allemagne, la philosophie des Lumières (*Aufklärung*) invita également à l'introduction d'un plus grand humanisme dans l'exercice de la répression³⁴³. Mais, si à en croire certains écrits, la pratique judiciaire allemande reçut plutôt généreusement les idées nouvelles vers le milieu du XIX^{ème} siècle³⁴⁴, seule une partie de la doctrine juridique subit l'influence humaniste à propos de la question du cumul des poursuites pour les mêmes faits. La doctrine majoritaire reconnaissait, certes, l'interdiction de recommencer le procès une fois qu'il avait abouti à une décision définitive, mais encore trop préoccupée par l'impératif de recherche absolue de la vérité, elle continuait de l'encadrer de sérieuses restrictions³⁴⁵. Quant à la partie minoritaire qui tentait de défendre le concept humaniste de protection de l'individu, elle s'en tint à des arguments tels que l'équité (*Billigkeit*) et la faveur envers l'accusé (*Begünstigung des Angeklagten*), sans leur donner de contenu juridique plus précis³⁴⁶.

A la fin du XVIII^{ème} siècle, en France et aux Etats-Unis, l'idée de protection de l'individu contre la multiplication des poursuites pour les mêmes faits ne tarda pas à faire son entrée en droit positif. La constitutionnalisation de la règle *ne bis in idem* dans les deux pays en témoigne avec éclat.

³⁴² D. JOUSSE, (1704-1781), cité d'après A. HOMMEY, *op. cit.*, p. 26. C'est nous qui soulignons.

³⁴³ H. RHEINGANS, *op. cit.*, p. 23 et s. ; G. SCHWARPLIES, *op. cit.*, p. 64-74 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 4, p. 6.

³⁴⁴ H. RHEINGANS, *op. cit.*, p. 44 (L'auteur évoque une pratique judiciaire en faveur de la fixité des décisions de relaxe dans les années 1830-40).

³⁴⁵ H. RHEINGANS, *op. cit.*, p. 45 et s.

³⁴⁶ A.-W. HEFFTER, *op. cit.*, p. 14-16 ; R. BOMMER, *op. cit.*, p. 32-33 ; H. RHEINGANS, *op. cit.*, p. 32-33. A.-F. BERNER, « „Non bis in idem“ », *Goltdammer's Archiv für Preußisches Strafrecht*, vol. III, 1855, p. 472-496, spéc. p. 472-473.

2. Les premières apparitions en droit positif

148. A la veille de la Révolution, « *toute une société a cessé de se reconnaître dans la façon dont on rend la justice (...); et elle aspire, en conséquence, à donner à la répression du crime de nouvelles bases et de nouvelles formes* »³⁴⁷. Cette soif de renouveau s'est notamment traduite par la consécration dans la Constitution française de 1791 de la règle *ne bis in idem* dans les termes suivants : « *Tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait* »³⁴⁸.

La reconnaissance de la règle *ne bis in idem* en tant que droit de l'homme met *per se* en valeur sa fonction protectrice de l'individu : c'est cette fonction qui est la cause de la constitutionnalisation de la règle. Mais la formulation de la règle est également très révélatrice de la préoccupation de protection de l'individu de ses rédacteurs. Placé en tête de la disposition, l'homme se présente comme la raison d'être de la règle. De plus, l'interdiction de renouveler les poursuites est consacrée à propos de toute personne ayant été *acquittée* pour les mêmes faits. Or, c'est précisément en cas d'acquiescement, lorsque le bien-fondé de celui-ci est par la suite contesté, que la société ressent le besoin le plus criant de reprendre les poursuites, afin de faire éclater la vérité et de punir le coupable. L'individu se voit donc accorder la priorité devant les intérêts de la société. Du reste, si le but recherché avait été uniquement celui de la stabilité des situations juridiques ou la protection du crédit du juge, outre que l'endroit approprié pour donner corps à la règle n'eut pas été la Constitution³⁴⁹ mais une simple loi, l'on aurait choisi une formule plus neutre, du type : « les jugements définitifs ne peuvent plus être remis en cause... »³⁵⁰. Consacrée en ces termes, la règle se présente donc comme une mesure spécifiquement prévue pour assurer la protection de l'individu ayant déjà définitivement répondu de ses actes devant la justice.

La même formule exprimant le souci de protection de l'individu fut reprise par le Code pénal de 1791, le Code du 3 brumaire An IV et le Code d'instruction criminelle de 1808³⁵¹. Il ne fait

³⁴⁷ F. TRICAUD, *op. cit.*, p. 157.

³⁴⁸ Constitution des 3-14 septembre 1791, Titre III, Chapitre V, article 9.

³⁴⁹ Selon la définition du *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, *op. cit.*, la Constitution est « *destinée à organiser les pouvoirs publics et à garantir les droits des citoyens et les libertés fondamentales* ».

³⁵⁰ Naturellement, l'on aurait pu, toujours dans la même perspective protectrice de l'individu, préciser que toute personne condamnée ne pouvait être poursuivie à nouveau pour les mêmes faits, dans le souci d'éviter un cumul de répression s'abattant sur la même personne. Mais il aurait alors fallu assortir le principe d'une exception pour les cas où la seconde poursuite aurait pour objectif d'innocenter une personne condamnée à tort, c'est-à-dire la révision *in favorem*.

³⁵¹ Pour de plus amples détails, voir FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 984.

aucun doute que le septième amendement à la Constitution américaine de 1787, prévoyant que « *nor shall any person be subject to be twice put in jeopardy of life or limb* »³⁵², s'inscrit dans la même logique.

149. Au travers de ces consécration textuelles, l'on comprend que la fin du XVIII^{ème} siècle est l'avènement d'une ère nouvelle pour la règle *ne bis in idem*. C'est une motivation humaniste, le souci de protection de l'individu contre le cumul des poursuites pour les mêmes faits, qui est à l'origine de la proclamation constitutionnelle de la règle. Parce que le justiciable doit pouvoir, une fois que la justice a jugé les actes qu'elle lui reproche, retrouver la tranquillité grâce à laquelle il peut jouir de sa condition d'homme libre, l'on ne saurait renouveler les poursuites à propos de faits déjà jugés, ni même laisser perdurer la menace du renouvellement de ces poursuites. La doctrine du siècle suivant prit bien conscience du grand impact que la vocation protectrice de l'individu de la règle avait eu sur la qualité de son application. Ainsi, selon les termes de Hommey : « *Il faut arriver jusqu'à la réorganisation judiciaire de 1789 pour voir la maxime non bis in idem dégagée de ses entraves, apparaître dans son véritable caractère et sa légitime extension. (...) A ce moment là, la maxime non bis in idem reçoit l'application la plus large et la plus franche* »³⁵³.

150. En Allemagne, l'impact de la philosophie des Lumières fut plus tardif qu'en France. Les idées nouvelles ne firent leur entrée en procédure pénale qu'après la Révolution de 1848, qui provoqua le passage du système inquisitoire au système accusatoire. C'est alors que disparut définitivement le mécanisme de l'*absolutio ab instantia*³⁵⁴ au profit de la règle *ne bis in idem*³⁵⁵. La doctrine souligne l'influence qu'a eue le droit français, notamment de l'article 360 du Code d'instruction criminelle, dans la réception de la règle *ne bis in idem* dans les lois particulières de l'empire germanique adoptées durant la seconde moitié du XIX^{ème} siècle³⁵⁶.

Certes, des auteurs allemands du milieu du XIX^{ème} siècle laissent transparaître un attachement sincère à la protection de l'individu face au cumul des poursuites pour les mêmes faits³⁵⁷. Cependant, la justification de l'interdiction du cumul des poursuites demeura, de façon

³⁵² Aucune personne ne saurait être mise deux fois en danger dans sa vie ou dans sa chair.

³⁵³ A. HOMMEY, *op. cit.*, p. 30 et 32.

³⁵⁴ Voir *supra*, p. 122.

³⁵⁵ H. RHEINGANS, *op. cit.*, p. 84 et s.

³⁵⁶ H. RHEINGANS, *op. cit.*, p. 85-86 et p. 91 et s.

³⁵⁷ A.-W. HEFFTER, *op. cit.*, p. 15 et s. ; A.-F. BERNER, *op. cit.*, p. 474-477.

dominante dans la doctrine, la stabilité des jugements dans l'intérêt collectif³⁵⁸. C'est dans cet état d'esprit que la règle *ne bis in idem* fut implicitement reçue dans le Code impérial de procédure pénale *Reichsstrafprozeßordnung* du 1^{er} février 1877³⁵⁹.

A vrai dire, ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale, en réaction à la suppression de la règle *ne bis in idem* par le régime nazi et sous l'influence des juristes américains, que l'Allemagne vit pleinement apparaître la dimension protectrice de l'individu de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits.

B. La résurgence de la fonction protectrice de l'individu au XX^{ème} siècle

151. Après le choc de la seconde guerre mondiale, et dans l'élan de consécration des revendications des citoyens qui s'ensuivit, la règle *ne bis in idem* connut un regain d'intérêt indubitablement porté par sa fonction protectrice de l'individu. Le phénomène est très net en droit allemand (1) comme en droit international des droits de l'homme (2).

1. La constitutionnalisation de la règle *ne bis in idem* en Allemagne en 1949

152. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, la règle *ne bis in idem* fut accueillie dans plusieurs constitutions des *Länder*³⁶⁰ ainsi qu'à l'article 103 alinéa 3 de la Constitution fédérale de 1949. Aux termes de cette disposition, « nul ne peut être puni plusieurs fois pour le même fait sur le fondement des lois pénales générales ». Cette formule marque encore l'idée de protection de l'individu. En effet, l'individu reste placé en tête de la disposition (« nul »), ceci montrant qu'il demeure l'objet premier de préoccupation de la règle juridique. Cet argument déjà mentionné plus haut paraît peut-être futile. Il faut, pour en saisir la pertinence, le mettre en rapport avec les dispositions consacrant le principe de l'autorité de la chose jugée qui n'évoquent même pas l'individu faisant l'objet du jugement³⁶¹.

Par l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale, la règle *ne bis in idem* est consacrée constitutionnellement en tant que droit fondamental (*Grundrecht*). Si les droits fondamentaux

³⁵⁸ En réalité, la règle *ne bis in idem* s'est définitivement imposée en Allemagne face aux exigences de justice et de vérité grâce à l'argument de la sécurité juridique collective, voir *supra*, p. 96. Comme la reprise des procès était largement acceptée tant à la demande de la partie poursuivante que de la défense, il régnait une véritable instabilité juridique qui favorisa le développement de l'argument de la sécurité juridique collective.

³⁵⁹ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 176, p. 1408 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 5, p. 7 ; B. SPECHT, *op. cit.*, p. 10-12.

³⁶⁰ H. RÜPING, *op. cit.*, n° 7, p. 7 ; B. SPECHT, *op. cit.*, p. 14-15.

³⁶¹ Voir les articles 1351 du Code civil et 6 du Code de procédure pénale.

figurent en principe aux articles 1 à 19 de la Loi fondamentale³⁶², il en est d'autres dispersés dans le reste du texte, à l'article 20 alinéa 4 et aux articles 33, 38, 101, 103 et 104. On les appelle encore les droits équivalents³⁶³ aux droits fondamentaux (*grundrechtsgleiche Rechte*)³⁶⁴. Les droits garantis par l'article 103, relatif au procès pénal, sont des droits fondamentaux en ce qu'ils constituent pour l'accusé des droits processuels de première importance³⁶⁵. Or, par définition, « les droits fondamentaux de la Loi fondamentale sont les droits subjectifs de l'individu liant constitutionnellement l'exercice de la puissance publique »³⁶⁶. Ils ont pour raison d'être la protection de l'individu.

En prohibant le cumul de *punition* pour les mêmes faits matériels, l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale n'accorde à l'individu qu'une protection matérielle contre les excès de sévérité de la répression. Mais en étendant la protection constitutionnelle à l'interdiction de *poursuivre* plusieurs fois le même fait³⁶⁷, la Cour constitutionnelle fédérale a réintroduit l'idée de protection de la sécurité juridique de l'individu dans le champ de la protection constitutionnelle.

Du reste, certains commentateurs de la Loi fondamentale affirment sans réserve l'objectif de garantie de la sécurité juridique de l'individu, en mentionnant expressément la « sécurité ou paix juridique de la personne » (*Rechtssicherheit* ou *Rechtspflichten der Person*)³⁶⁸. Mais ils évoquent également le principe de la protection de la confiance légitime (*Vertrauensschutz*) comme fondement de sa reconnaissance³⁶⁹ ce qui, nous le verrons ultérieurement, brouille quelque peu la notion³⁷⁰. Avant cela, il convient d'évoquer la place que prend la règle *ne bis in idem* dans les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme.

³⁶² Ces articles forment la première section de la Loi fondamentale intitulée « Les droits fondamentaux ».

³⁶³ On pourrait encore traduire par « semblable », « similaire », « identique ».

³⁶⁴ I. STAFF, « Introduction » in *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, Publication de l'office de presse et d'information du Gouvernement fédéral, Bonn, Druckverlag Kettler, 1998, p. 12-36, spéc. p. 15 ; T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Préface D. Rousseau, LGDJ, 2003, p. 128 et s. ; B. PIEROTH et B. SCHLINK, *Grundrechte – Staatsrecht II* –, Heidelberg, C.F. Müller, 13^{ème} éd. 1997, n° 51 (p. 15) ; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III / 1, München, C.H. Beck, 1988, p. 360.

³⁶⁵ G. DÜRIG, *op. cit.*, n° 122 ; G. NOLTE, *op. cit.*, n° 182.

³⁶⁶ B. PIEROTH et B. SCHLINK, *op. cit.*, n° 56 (p. 16).

³⁶⁷ Voir *supra*, p. 26.

³⁶⁸ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 178 ; E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, n° 260.

³⁶⁹ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 178 ; E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, n° 261.

³⁷⁰ Voir *infra*, p. 141.

2. La reconnaissance de la règle *ne bis in idem* dans les textes internationaux de protection des droits de l'homme

153. La consécration de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits en tant que droit de l'homme à l'échelle internationale témoigne encore de la fonction protectrice de l'individu de la règle.

Certes, la règle *ne bis in idem* ne fait pas partie des droits proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. En revanche, elle figure à l'article 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966 : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* ».

Dans le cadre de la protection européenne des droits de l'homme, le droit à ne pas subir de cumul de répression ne fut pas reconnu dès l'origine dans la Convention européenne des droits de l'homme. Mais il est aujourd'hui consacré au premier paragraphe de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7, adopté le 22 novembre 1984 : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* ». La rédaction de cette stipulation paraît largement inspirée de celle de l'article 14-7. Là encore, le souci protecteur de l'individu est bien présent.

Pourtant, le deuxième paragraphe de l'article 4 relativise la protection de l'individu conférée au premier paragraphe : « *les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu* ». Les exceptions admises ne sont pas limitées au cas dans lesquels la réouverture du procès est favorable à la personne poursuivie, comme c'eut été le cas si les faits nouveaux ou nouvellement révélés devaient nécessairement apporter la preuve de l'innocence ou d'une moindre culpabilité d'une personne *condamnée* pour justifier de nouvelles poursuites, ou si le vice de procédure invoqué devait affecter le jugement au détriment d'une personne condamnée. Le renouvellement des poursuites peut également avoir lieu au détriment de l'individu, ce qui amoindrit l'effet protecteur mis en œuvre par la règle.

154. La consécration de la règle *ne bis in idem* en tant que droit de l'homme dans les textes internationaux mentionnés ne resta pas sans répercussion sur le reste du droit international, relatif non plus à la protection des droits de l'homme mais à la coopération judiciaire interétatique en matière pénale. Ainsi, on trouve dans d'autres conventions internationales adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe la règle rédigée en des termes très proches de ceux des dispositions de droits de l'homme³⁷¹. De même, la règle apparaît sous cette forme protectrice de l'individu dans de nombreuses conventions de l'Union européenne relatives à l'entraide judiciaire entre les Etats membres³⁷². Cette propagation de la règle dans les textes internationaux organisant la coopération judiciaire en matière pénale est d'importance considérable car elle promeut l'application interétatique de la règle.

C'est encore sous cette forme exprimant typiquement la fonction protectrice de l'individu qu'on peut lire la règle de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits à l'article 54 de la Convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990 : « *Une personne qui a été définitivement jugée dans un Etat partie ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie dans un autre Etat partie, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'Etat partie de condamnation* ». Mais des exceptions propres à l'application internationale de la règle, envisagées à l'article 55 de la Convention³⁷³, viennent restreindre la fonction protectrice de la règle, comme le fait également l'exigence d'exécution de la sanction en cas de condamnation directement intégrée à l'article 54.

155. L'on peut enfin voir dans l'intégration de la règle *ne bis in idem* au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne l'aboutissement de ce long processus de reconnaissance internationale de la règle en tant qu'instrument protecteur de l'individu. Aux termes de l'article 50 de la Charte, « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi* ».

³⁷¹ Art. 53 de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28.5.1970 ; art. 35 de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives du 15.5.1972.

³⁷² Voir notamment l'art. 7 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté européenne du 26.7.1995 (JOCE C 316 du 27.11.1995) ; art. 10 de la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou (...) des Etats membres de l'Union européenne, du 26.5.1997 (JOCE C 195 du 25/06/1997, p. 2-11).

³⁷³ Aux termes de cette disposition, l'interdiction du cumul des poursuites peut être écartée quand les faits ont eu lieu sur le territoire de l'Etat concerné, lorsque les faits constituent une infraction à la sûreté de l'Etat concerné ou encore lorsqu'ils ont été commis par un fonctionnaire de cet Etat.

En somme, l'exigence de protection de l'individu a été le moteur de la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* aux sommets de la hiérarchie des normes et de l'extension de son application dans les rapports internationaux. Ce constat étant fait, il convient à présent de préciser par quel moyen la règle remplit sa nouvelle fonction. En étudiant l'apparition de cette dernière dans la doctrine et le droit positif, nous avons déjà entrevu que la mise en œuvre de la protection de l'individu par la règle *ne bis in idem* passe par la garantie de la sécurité juridique individuelle.

§ 2 *La mise en œuvre par la garantie de la sécurité juridique individuelle*

156. L'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits exprimée par la règle *ne bis in idem* protège indubitablement l'individu contre l'exercice répété de la répression. Cette protection implique l'octroi d'une garantie à l'individu qui a définitivement répondu de ses actes devant la justice répressive, que nous appellerons simplement la garantie de « sécurité juridique individuelle ». Il conviendra, en premier lieu, de la définir (A).

Cependant, la doctrine éprouve des difficultés à exprimer la sécurité juridique individuelle. Si une partie des auteurs emploient cette expression, qui trouve son équivalent allemand dans les termes « *individuelle Rechtssicherheit* », la notion reste souvent explicitée de façon approximative. On la rapproche parfois d'autres notions, qui ne sont pourtant pas aussi pertinentes. Aussi sera-t-il nécessaire, en second lieu, de pointer ces difficultés d'expression afin de bien distinguer la sécurité juridique individuelle de ce qu'elle n'est pas (B).

A. La définition de la sécurité juridique individuelle

157. La sécurité juridique à laquelle aspire l'individu qui a définitivement répondu, devant la justice répressive, des faits qui lui sont reprochés, comporte un double aspect. Elle consiste, d'une part, en la stabilité de la situation juridique applicable à l'individu en vertu de la décision définitive rendue au terme de la première poursuite (1). Elle se manifeste, d'autre part, par la garantie pour l'individu qu'il n'aura pas à subir la contrainte d'un nouveau procès (2).

1. La stabilité de la situation juridique de l'individu

158. La sécurité juridique individuelle signifie d'abord pour l'individu la stabilité de la situation juridique fixée par la décision répressive définitive déjà existante. Elle lui donne la garantie que, lorsqu'une décision définitive a été rendue sur les faits qui lui sont reprochés, celle-ci est l'expression finale de la situation juridique qui s'applique à lui. En d'autres termes, l'individu peut se fier à cette décision, quel qu'en soit le contenu. La situation juridique qui en découle ne risque pas d'être modifiée. Elle est placée sous le sceau de la stabilité. La stabilité de sa situation juridique est fondamentale pour l'individu. Comme le soulignait Faustin-Hélie dans son traité : « *Quel serait le sort des citoyens si leurs intérêts, perpétuellement agités, ne trouvaient dans les jugements aucune garantie durable ?* »³⁷⁴.

159. La sécurité juridique individuelle est entamée non seulement lorsque l'on annule la décision définitive pour la *remplacer* par une autre – c'est l'hypothèse de la répétition du procès –, mais encore lorsqu'une autre décision relative au même fait matériel, rendue par une autre autorité répressive appliquant d'autres règles répressives, vient *s'ajouter* à la première. Dans ce dernier cas, en effet, la situation juridique de l'individu issue de la première décision est modifiée par la nouvelle décision comme lorsqu'une décision est remplacée par une autre – sauf si la nouvelle décision consiste en une déclaration d'innocence. Supposons, par exemple, qu'une première amende ait été prononcée au terme d'une première poursuite, en application d'une certaine qualification juridique, puis qu'une deuxième amende, découlant de la mise en œuvre d'une autre qualification juridique, soit infligée à l'issue d'une deuxième poursuite. La situation juridique applicable à l'individu à raison de la commission des faits matériels a été modifiée, bien que la première décision subsiste. En outre, même en cas de déclaration d'innocence dans la deuxième décision, l'individu aura subi une insécurité juridique durant la tenue du deuxième procès, celui-ci pouvant par hypothèse remettre en cause son sort juridique.

160. L'on pourrait voir en cet aspect de la sécurité juridique individuelle une application à l'individu de la sécurité juridique collective. La garantie de stabilité serait, en quelque sorte, envisagée non plus du point de vue de la collectivité, mais du point de vue de l'individu qui a fait l'objet des poursuites répressives. Pourtant, aussi curieux que cela puisse paraître, la

³⁷⁴ FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 983.

sécurité juridique individuelle n'est pas la simple mise en œuvre de la sécurité juridique collective à l'échelle de l'individu.

En matière de répression, la société et l'individu suspecté d'avoir commis une infraction se trouvent dans un rapport d'opposition. Cela explique qu'ils n'ont pas nécessairement intérêt à la sécurité juridique dans les mêmes circonstances. La protection de l'individu, but de la sécurité juridique individuelle, ne coïncide pas toujours avec l'intérêt de la société à ce que les situations juridiques issues des décisions de justice soient stables.

Il en va ainsi quand un individu est condamné définitivement alors qu'il se prétend innocent. Cet individu n'a évidemment pas intérêt à ce que sa situation juridique reste stable, alors que la société conserve son intérêt général à la sécurité juridique – qui s'oppose à ce que tout condamné se prétendant innocent soit rejugé. De même, si par une décision définitive, un individu a été puni de façon très sévère par rapport aux faits commis et à sa culpabilité, il peut souhaiter être rejugé malgré le caractère définitif de la décision. Or, la sécurité juridique collective s'y oppose.

A l'inverse, la société peut, dans certaines circonstances, ne pas avoir intérêt au maintien d'une situation juridique, tandis que l'individu y a, au contraire, intérêt. Prenons l'exemple d'une décision définitive relaxant un prévenu alors qu'en réalité, celui-ci est coupable. La société peut avoir intérêt à la réouverture du procès si des doutes sur l'innocence du relaxé apparaissent, tandis que le relaxé n'y a évidemment aucun intérêt. Il se prévaudra de la sécurité juridique individuelle, indépendamment de la question de savoir si la société a également intérêt à cette sécurité juridique.

Mais la sécurité juridique individuelle n'est pas seulement, pour l'individu, une garantie de stabilité de sa situation juridique. Elle comporte un second aspect.

2. La protection contre la contrainte d'une nouvelle poursuite répressive

161. La sécurité juridique individuelle consiste encore en la garantie pour l'individu qu'il n'aura pas à subir de nouvelle procédure répressive pour les mêmes faits, avec tous les désagréments que cela comporte. Il n'aura pas à supporter de nouvelle accusation publique, de nouvelles mesures d'enquête, qui peuvent être particulièrement lourdes. Il ne sera pas à nouveau placé dans l'incertitude de l'issue du procès. Faustin-Hélie exprima cette idée de

façon particulièrement nette : « *Quelle serait [la] sécurité [des citoyens], s'ils n'y rencontraient pas un refuge assuré contre les poursuites dont ils pourraient être l'objet ? (...) Est-ce que la position de l'accusé peut demeurer perpétuellement incertaine ? Est-ce qu'il peut dépendre de quelques témoignages qui ont varié ou de persécutions tardives de changer un état qui a été fixé par les tribunaux ? Ne faut-il pas un terme à toutes les poursuites, et ce terme n'est-il pas dans le jugement qui a prononcé sur l'action ? Si le prévenu, quoique coupable, échappe à la punition, n'a-t-il pas du moins trouvé dans les inquiètes lenteurs et les angoisses de la procédure une certaine expiation ? S'il n'est pas coupable, ne serait-il pas inhumain de lui faire supporter deux fois ces inquiétudes et ces hontes ?* »³⁷⁵.

Ce second aspect de la sécurité juridique individuelle se distingue bien du précédent. Il ne se rapporte plus au sort juridique de l'individu. Il protège ce dernier dans sa personne, puisque c'est bien celle-ci – et non pas seulement la situation juridique de l'individu – qui est visée par la mise en accusation, les mesures d'enquête, la contrainte et l'incertitude nées du procès. Dans cet aspect, la garantie de la sécurité juridique individuelle protège l'individu contre l'exercice répété de la répression, et non plus seulement contre l'instabilité juridique qui résulte du cumul des poursuites. En somme, dans cet aspect, on pourrait même parler de sécurité individuelle « tout court », puisque la sécurité accordée ne s'applique pas en particulier à la situation juridique de l'individu. Cela dit, cette sécurité doit être juridique, au sens où il faut lui reconnaître une juridicité véritable. Dans cette mesure, il reste indiqué de parler de « sécurité juridique individuelle ».

Précisons encore que l'individu n'est pas seulement affecté dans sa personne à partir du moment où il est effectivement poursuivi à nouveau pour les mêmes faits, mais déjà lorsque pèse sur lui la menace d'une nouvelle poursuite. Comme le soulignait justement Hommey, « *comment celui qui a répondu à l'appel de ses juges, défendu son honneur, acquiescé à la sentence, n'aurait-il pas payé sa dette ? Peut-on le laisser sous le coup d'une perpétuelle menace ? Aura-t-il toujours la perspective de ces angoisses et de ces hontes ? Il faut que la*

³⁷⁵ FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 983 ; A. LEGAL, note sous Cass. crim. 30 janv. 1937 : « *ce serait faire preuve d'une rigueur excessive que d'exposer l'auteur d'une seule action répréhensible aux angoisses de plusieurs procédures successives, alors que, dès la première, les organes répressifs étaient armés pour lui demander compte intégral de sa conduite* ». Parmi les auteurs contemporains, M. PRALUS met cet aspect en valeur dans les termes suivants : « *La possibilité, après un précédent jugement, d'une nouvelle action répressive – par le nouveau procès qu'elle ouvre, la nouvelle obligation de se défendre qu'elle engendre, la nouvelle décision de culpabilité qu'elle permet – est une atteinte à la sécurité juridique, à laquelle la règle non bis in idem a pour objet de faire barrage* », in « *Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem, non bis* », n° 4 (p. 552-553).

loi pénale moralise et corrige : comprise ainsi, elle conduirait au désespoir »³⁷⁶. Nous constatons que la sécurité juridique individuelle mise en œuvre par la règle *ne bis in idem* exclut tant la reprise effective de nouvelles poursuites que la menace de cette reprise. En cela encore, elle s'adresse à l'homme véritablement et non pas seulement à son sort juridique.

L'importance cruciale de ce second aspect de la sécurité juridique individuelle est évidente. Si l'individu ne pouvait en exciper pour faire barrage au cumul des procédures à propos des mêmes faits, il serait livré au risque permanent du renouvellement arbitraire de l'exercice de la répression, au gré de la découverte de nouvelles preuves ou de nouvelles qualifications juridiques à même d'embrasser les faits. Redevable de façon illimitée de faits qu'il a – peut-être – commis jadis, il verrait sa condition d'homme libre largement entamée. On le sent, cette sécurité là entretient un lien de parenté indéniable avec la sûreté³⁷⁷. De plus, cet individu se verrait réduit à l'état d'objet – par opposition au sujet – de la répression, ce qui pourrait l'atteindre dans sa dignité³⁷⁸.

Enfin, l'on perçoit bien, sous l'éclairage de ce second aspect de la sécurité juridique individuelle, que celle-ci n'est pas une simple application à l'individu de la sécurité juridique collective. En tant qu'instrument de défense de l'individu contre la société, la sécurité juridique individuelle a naturellement vocation à s'appliquer indépendamment de l'intérêt de la société à la sécurité juridique.

162. Comme le premier aspect de la sécurité juridique individuelle, relatif à la situation juridique de l'individu, le second aspect, relatif à sa personne, est atteint par le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits quel que soit le sens de la décision rendue au terme de la nouvelle poursuite, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une déclaration de condamnation ou d'innocence. En effet, l'ensemble des contraintes résultant de la procédure a lieu dans les deux hypothèses.

De même, le second aspect de la sécurité juridique individuelle est atteint que la nouvelle décision soit destinée à *remplacer* celle qui existe déjà ou à *s'ajouter* à elle, puisque dans les deux cas, une nouvelle poursuite entraîne la contrainte par sa seule existence. Par conséquent, la sécurité juridique individuelle a vocation à entrer en jeu pour chaque individu ayant fait l'objet d'une décision répressive définitive pour les actes matériels qu'on lui reproche.

³⁷⁶ A. HOMMEY, *op. cit.*, p. 7, c'est nous qui soulignons.

³⁷⁷ Voir *infra*, p. 358.

³⁷⁸ Voir *infra*, p. 371.

163. La sécurité juridique individuelle étant cernée dans ses deux aspects, il faut encore apporter une précision commune à ces deux aspects : la sécurité juridique individuelle est une garantie inutile pour l'individu qui n'est pas satisfait par la décision répressive définitive dont il a fait l'objet.

Garantissant à l'individu qu'une fois qu'il a définitivement répondu de ses actes devant la société, il ne sera plus poursuivi à nouveau pour les mêmes faits, la sécurité juridique individuelle n'a pas d'autre objectif que la protection de l'individu. Par conséquent, si sa mise en œuvre n'aboutissait pas à protéger l'individu, mais provoquait au contraire un désavantage pour lui, il faudrait tout simplement l'écarter. Prenons l'exemple d'un individu condamné définitivement alors qu'il se prétend innocent. Si de nouvelles preuves sont révélées et alimentent la thèse de l'innocence, il serait absurde de vouloir lui imposer la sécurité juridique individuelle au nom de sa protection.

Ainsi, la garantie de la sécurité juridique individuelle, fonction de la règle *ne bis in idem* aussi fondamentale soit-elle, n'a pas vocation à s'appliquer en toutes circonstances. Elle n'entre en jeu que lorsqu'elle permet à l'individu de se protéger contre la modification d'une situation juridique qui lui semble juste ou qui lui est favorable. En cas de décision qui ne le satisfait pas et qu'il souhaite par conséquent combattre, elle devient purement et simplement non pertinente. Si la règle *ne bis in idem* était appliquée dans ce type de cas, cela ne serait justifié que par les nécessités de la paix sociale.

164. Enfin, avant de conclure notre analyse de la sécurité juridique individuelle, il reste à vérifier qu'il relève bien de la fonction de la règle *ne bis in idem* de la mettre en œuvre.

La règle *ne bis in idem* semble garantir à la fois entièrement et proportionnellement l'intérêt de l'individu à savoir que sa situation juridique reste stable et qu'il ne devra pas subir à nouveau la contrainte d'une poursuite répressive. En effet, si aucune autre poursuite répressive pour les mêmes faits ne peut avoir lieu, tout danger que la situation juridique issue de la première poursuite soit modifiée est supprimé, de même que la contrainte d'une nouvelle poursuite est d'emblée exclue. La règle est donc d'une efficacité sans faille. De plus, l'interdiction d'une seconde poursuite apparaît comme la moindre mesure pour protéger l'individu, car toute nouvelle poursuite a pour conséquence de rendre sa situation juridique instable et de l'atteindre dans sa personne.

La règle se présente donc comme l'instrument idéal pour mettre en œuvre la sécurité juridique individuelle. En ce sens, on peut affirmer qu'il est de sa fonction de garantir cette dernière. En particulier, on remarque que la règle *ne bis in idem* n'a nul besoin de s'en référer au principe de l'autorité de la chose jugée pour remplir cette fonction.

A l'aune de cette définition de la sécurité juridique individuelle, nous allons pouvoir mesurer les difficultés de la doctrine à rendre compte de la notion.

B. Les difficultés doctrinales à exprimer la sécurité juridique individuelle

165. En dépit de son importance cruciale parmi les objectifs de la règle *ne bis in idem*, la notion de sécurité juridique individuelle est assez mal identifiée par la doctrine. En France, si l'on perçoit bien l'idée qu'une protection de l'individu est mise en œuvre par la règle, on insiste peu sur l'objet précis de cette protection et les allusions à la garantie d'une véritable sécurité juridique pour l'individu restent approximatives (1). En Allemagne, la sécurité juridique individuelle est davantage mise en valeur mais on tend parfois à lui substituer la notion de protection de la confiance légitime, ce qui nous semble constituer une confusion fâcheuse (2).

1. Les allusions trop approximatives en France

166. Le souci d'humanisme envers l'individu ayant répondu définitivement de ses actes devant la justice apparut dans la doctrine juridique française dès le XVIII^{ème} siècle. Cependant, il ne fut pas véritablement traduit en termes juridiques. Pour l'exprimer, Muyart de Vouglans et Jousse employèrent des métaphores – l'allusion au nécessaire « repos » du citoyen est significative – qui, en réalité, n'ont pas de teneur juridique plus marquée que le texte de Cervantes³⁷⁹.

La difficulté à formuler juridiquement la teneur de la protection due au justiciable menacé par le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits a perduré dans la doctrine française. Beaucoup d'auteurs se contentent d'exprimer un sentiment de pitié, d'humanité ou d'équité envers l'individu concerné.

³⁷⁹ Extrait de *Don Quichotte*, voir *supra*, p. 122.

Hommeey évoquait ainsi, dans sa thèse sur l'autorité de la chose jugée en matière criminelle soutenue en 1869, « *la faveur qui est due à l'accusé* »³⁸⁰, en précisant que « *c'[était] là un sentiment tout moderne* »³⁸¹. L'auteur enchaîne par de très belles phrases : « *La compassion est un fruit de maturité. Les peuples barbares la dédaignent comme une faiblesse. Les civilisations naissantes la repoussent comme un danger. Il faut que la société soit consolidée, les instincts apaisés, les mœurs adoucies, pour que la pitié pénètre dans les lois. Aujourd'hui, on doit proscrire toutes ces restrictions qui déjouaient la plus humaine des règles et donnaient à la répression une apparence d'acharnement* »³⁸². Il conclut ses propos introductifs dans les termes suivants : « *On entrevoit déjà la portée de la maxime non bis in idem, son rôle bienfaisant et protecteur ; et l'on conçoit pourquoi, dans le cours de ce travail, nous revendiquerons une application franche et libérale de son principe* »³⁸³. Ces propos, auxquels on ne peut donner que pleine approbation, n'ont rien perdu de leur actualité. Néanmoins, ils peinent à proposer une traduction juridique précise au contenu de la protection garantie.

En 1931, lorsqu'il s'offusqua de la poursuite devant la Cour d'assises de faits déjà jugés par une juridiction correctionnelle, Hugueney s'en tint encore à un discours purement humaniste : « *S'il est vrai qu'en droit strict [l'arrêt commenté] se défend, encore convient-il d'avouer qu'en équité, il nous choque. (...) Cette façon (...) d'achever, si l'on ose parler ainsi, devant la juridiction criminelle, un blessé de la correctionnelle (...) a quelque chose de déplaisant, et même de déloyal et d'inhumain. Et il est permis de se demander si, en bonne législation, il faut tolérer de telles pratiques* »³⁸⁴.

³⁸⁰ C'est nous qui soulignons.

³⁸¹ A. HOMMEY, *op. cit.*, p. 6.

³⁸² *Ibidem*, p. 6-7. C'est nous qui soulignons.

³⁸³ *Ibidem*, p. 7. C'est nous qui soulignons.

³⁸⁴ L. HUGUENEY, note sous Cass. crim. 20 fév. 1931, *Sirey* 1932, J. p. 273-274. C'est nous qui soulignons. Se réfèrent également à l'idée d'équité : J.-A. ROUX, *op. cit.*, p. 210 ; M. PRALUS, « A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : *non bis ?* », *Archives de politique criminelle* 1996, p. 37-71, n° 2 (p. 38) – mais l'auteur utilise la notion d'équité tant pour condamner le dédoublement de déclarations de culpabilité et de sanctions que pour fustiger le recours à une « *autorité négative inflexible* » de la chose jugée « *qui ferait obstacle à un jugement équitable* » en cas de premier jugement « *complaisant à l'égard de l'auteur des faits* », in « Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem, non bis* », *RSC* 1996, n° 4 (p. 552-553) ; voir également J.-H. ROBERT, « Application ou non-application de la règle *non bis in idem* entre les sanctions pénales, civiles et administratives », *Archives de politique criminelle* 1984, n° 7, p. 136-144, spéc. p. 137 : « *Les exceptions [au principe de l'autonomie des branches du droit, de sorte que la règle non bis in idem s'applique même lorsque les différentes poursuites envisagées sont de nature différente] sont assez rares et jamais fondées sur la compassion ou l'idée d'équité selon laquelle la partie poursuivie a déjà assez souffert* » (c'est nous qui soulignons).

Chez les auteurs contemporains, les argumentations de ce type sont encore très présentes. Ainsi, MM. Jeandidier et Belot écrivent qu'il « *serait inconcevable, car inhumain, de songer à remettre en cause le sort [du prévenu]* »³⁸⁵. MM. Tixier et Lamulle se contentent pour leur part de relever, à propos de la non-application de la règle *ne bis in idem* lorsqu'une poursuite est de nature pénale et l'autre de nature administrative, qu'« *une bonne jurisprudence conduirait à l'application du principe non bis in idem ...* »³⁸⁶.

Il faut encore mentionner les auteurs qui ne se réfèrent pas du tout à l'idée de protection de l'individu lorsqu'ils évoquent l'interdiction du renouvellement des poursuites pour les mêmes faits. Il en va ainsi d'auteurs du milieu du XX^{ème} siècle³⁸⁷, mais cette tendance a persisté après la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* en tant que droit de l'homme au niveau international. Ainsi, dans la deuxième édition de leur *Traité de droit pénal et de criminologie* de 1970, Bouzat et Pinatel se contentent toujours de n'évoquer que l'intérêt de la société à ce que « *tout procès prenne fin un jour* »³⁸⁸.

167. Que nos propos soient bien compris. Il ne s'agit pas de combattre le fait de s'en référer à l'idée humaniste pour montrer le bien-fondé de la règle *ne bis in idem*, ni d'exclure tout argument de type émotionnel sous prétexte qu'il en va d'une institution juridique étudiée dans des ouvrages juridiques. Il est simplement question de montrer à quel point la formulation juridique du sentiment humaniste est laborieuse. Or, pour que les effets souhaités de la pensée humaniste transparaissent dans le régime d'application de la règle, il faut bien qu'une transcription juridique en découle. Les plaidoyers littéraire et philosophique ne suffisent pas.

En effet, l'idée humaniste n'implique pas nécessairement la mise en œuvre de la sécurité juridique individuelle. Beccaria, dont le seul nom évoque l'humanité de la justice pénale³⁸⁹, ne disait pas pour autant « *ne bis in idem* ». Qu'on en juge par ces propos : « *un accusé libéré faute de preuves et dont on n'a pas pu démontrer ni l'innocence ni la culpabilité, peut être*

³⁸⁵ W. JEANDIDIER et J. BELOT, *op. cit.*, p. 229. C'est nous qui soulignons. Voir également A. LEGAL, note sous Cass. crim., 30 janvier 1937 : cet auteur indique que la règle *ne bis in idem* « *répond (...) à de pressantes considérations d'humanité* ».

³⁸⁶ G. TIXIER et Th. LAMULLE, note sous Cass. crim. 20 juin 1996, *D.* 1997, p. 249-251, spéc. p. 251, c'est nous qui soulignons.

³⁸⁷ R. et P. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Sirey, 15^{ème} éd., 1934, n° 547 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, n°s 1550 et 1558 ; G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, tome 2, n° 665.

³⁸⁸ P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n°s 1055 et 1529.

³⁸⁹ R. BADINTER, Préface de l'ouvrage de Beccaria, *Des délits et des peines* (1764), Traduction par M. Chevalier, GF-Flammarion, 1991, p. 20 : « *Avec Beccaria, la justice n'est qu'humaine* ».

soumis, pour le même forfait, à un nouvel emprisonnement et à de nouveaux interrogatoires tant que le délai de prescription prévu pour ce forfait n'est pas écoulé »³⁹⁰.

168. Toutefois, toute la doctrine ne néglige pas l'idée de garantie de la sécurité juridique de l'individu qui a fait l'objet d'une décision répressive définitive. Dès le XIX^{ème} siècle, des auteurs mirent nettement l'accent sur cet aspect. Nous l'avons vu pour Faustin-Hélie³⁹¹, mais on pourrait encore citer Ortolan : « *une fois le procès vidé et le caractère irrévocable acquis à la sentence, donnez à la dignité de la juridiction, donnez à la sécurité des personnes, de plus y revenir »³⁹².*

169. Dans les manuels contemporains, si la sécurité juridique individuelle est en principe évoquée³⁹³, elle n'est pas toujours expressément nommée. Par exemple, MM. Merle et Vitu écrivent simplement qu'« *il s'agit (...) d'assurer au prévenu que son sort ne sera pas remis en question »*³⁹⁴. Dans le même sens, Mme Rassat évoque un « *droit à la tranquillité* » de l'individu déjà jugé³⁹⁵. Parfois, les auteurs ne précisent pas s'ils visent la sécurité collective ou individuelle mais le contexte permet de le comprendre³⁹⁶.

170. S'il nous paraît important d'insister sur les difficultés d'expression de la sécurité juridique individuelle garantie par la règle *ne bis in idem* et de pointer la faible mise en valeur des fondements de la sécurité juridique individuelle, c'est que celles-ci ont peut-être des conséquences importantes. Il nous semble, en effet, que négliger la fonction de garantie de la sécurité juridique individuelle de la règle *ne bis in idem* peut conduire à modifier la définition même de la règle. Si l'on oublie la sécurité juridique de l'individu, l'on peut plus facilement considérer qu'un cumul de poursuites répressives n'est pas en soi condamnable. En accord avec la tendance actuelle, décrite dans l'introduction générale, à ne pas s'opposer au cumul

³⁹⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, § XXX, p. 142 (Dans ce paragraphe, Beccaria discute l'institution de la prescription). C'est nous qui soulignons.

³⁹¹ Voir *supra*, p. 132 et 133.

³⁹² J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 1795, p. 304, c'est nous qui soulignons. E. TREBUTIEN, considérait également que la « *crainte incessante et perpétuelle d'une poursuite d'un citoyen pour un fait sur lequel il a été acquitté précédemment, troublait la sécurité publique* », in *Cours élémentaire de droit criminel*, tome II, Paris, A. Durand, 1854, p. 635.

³⁹³ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON évoquent un « *besoin impérieux de sécurité juridique, tant collectif qu'individuel* », *op. cit.*, n° 664 ; J. PRADEL mentionne également un « *impérieux besoin de sécurité devant la justice* » qui est « *conforme à l'intérêt du prévenu : celui-ci est en droit de savoir à quoi s'en tenir et l'on ne pourrait admettre qu'après sa relaxe ou sa condamnation avec sursis, il puisse à nouveau être poursuivi au motif que des charges nouvelles se seraient révélées* », *Procédure pénale*, n° 1021. Voir également H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 267, p. 534 (les auteurs mentionnent la « *sécurité des individus* »).

³⁹⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 886.

³⁹⁵ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 516.

³⁹⁶ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1477.

des poursuites pour les mêmes faits lorsqu'il ne débouche pas sur le cumul des sanctions, l'on pourra alors se contenter de voir dans la règle *ne bis in idem* l'interdiction du cumul des sanctions pour les mêmes faits. Nous avons vu que le Conseil constitutionnel semble avoir fait sienne cette approche. Si la garantie de la sécurité juridique individuelle par la règle *ne bis in idem* était mieux mise en lumière, ainsi que l'importance de cette garantie pour la protection de l'individu face au pouvoir répressif, peut-être le Conseil constitutionnel serait-il plus enclin à conférer une valeur constitutionnelle à la règle³⁹⁷ ?

Même en Allemagne où la règle *ne bis in idem* constitue un droit fondamental, ce qui témoigne de l'importance reconnue à sa vertu protectrice de l'individu, la sécurité juridique individuelle n'est pas parfaitement explicitée en doctrine. Elle souffre notamment d'une confusion avec la protection de la confiance légitime.

2. La confusion avec la protection de la confiance légitime en Allemagne

171. La doctrine allemande est, de façon générale, plus explicite sur la notion de sécurité juridique individuelle³⁹⁸. Les constitutionnalistes plus particulièrement, s'efforçant de mettre en lumière le fondement axiologique (*Wertfundierung*) de la règle *ne bis in idem*, évoquent la sécurité juridique de l'individu pour la relier immédiatement à la protection de la dignité de l'être humain et de sa liberté³⁹⁹. Il en ressort une articulation précise et cohérente entre la fonction à caractère individuel de la règle *ne bis in idem* et les valeurs protectrices de l'individu reconnues au plus haut niveau de la hiérarchie des normes.

Mais la doctrine allemande rapproche également la garantie de la sécurité juridique individuelle de la protection de la confiance légitime (*Vertrauensschutzprinzip*)⁴⁰⁰, un principe non consacré en France⁴⁰¹.

³⁹⁷ Voir *infra*, p. 410.

³⁹⁸ G. DÜRIG, *op. cit.*, n° 124 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 11 ; E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, n° 260 ; G. NOLTE, *op. cit.*, n° 178 ; P. RIEß, *op. cit.*, n° 88-89 ; H. RADTKE, *op. cit.*, p. 51 ; S. STEIN, *op. cit.*, p. 142-143 ; H. THOMAS, *op. cit.*, p. 120-123.

³⁹⁹ G. DÜRIG, *op. cit.*, n° 124 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 11 ; E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, n° 260 ; G. NOLTE, *op. cit.*, n° 178 et 230.

⁴⁰⁰ Littéralement, le terme *Vertrauensschutz* signifie « protection de la confiance » – sans précision de son caractère légitime. Nous utiliserons toutefois la traduction française généralement utilisée par la doctrine (« protection de la confiance légitime »), qui a le mérite d'exprimer que toute confiance portée à l'action de l'Etat n'est pas digne de protection juridique.

⁴⁰¹ En revanche, la doctrine française s'y est beaucoup intéressée ces dernières années. Parmi les nombreuses publications, on peut citer : S. CALMES, *Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Préface D. Truchet, Paris, Dalloz, 2001 ; O. PFERSMANN, « Regard externe sur la protection de la

172. Le principe de protection de la confiance légitime, né en droit administratif allemand, a pour fonction de protéger l'individu contre la remise en question à son désavantage des situations juridiques auxquelles il a pu légitimement se fier. En d'autres termes, en tant que droit subjectif, le principe de la protection de la confiance légitime garantit au particulier la stabilité (*Beständigkeit*) des situations juridiques fixées par l'Etat dans la mesure où il pouvait légitimement compter sur la pérennité de leur existence⁴⁰². La protection de la confiance légitime apparaît alors comme la sécurité juridique appréhendée du point de vue du particulier, comme son versant subjectif⁴⁰³. Au principe de droit objectif de la sécurité juridique est adjoind le droit subjectif à la protection de la confiance légitime, dont on peut encore dire qu'il est le dérivé ou le corollaire⁴⁰⁴.

Le principe de la protection de la confiance légitime a pris une importance grandissante outre-Rhin depuis les années soixante-dix⁴⁰⁵ et imprègne aujourd'hui l'ensemble du droit public allemand. Comme le droit pénal est rattaché au droit public en Allemagne, le principe de la protection de la confiance légitime peut aisément s'appliquer en matière répressive⁴⁰⁶. En outre, le principe ayant vocation à assurer le maintien des situations juridiques nées de tout

confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA* 2000, p. 236-245 ; M.-H. PLANCHON, « Le principe de la confiance légitime devant la Cour de justice des communautés », *Revue de la recherche juridique et du droit prospectif*, 1994-2, p. 447-508 ; J.-P. PUISOCHET, « Vous avez dit confiance légitime ? (Le principe de confiance légitime en droit communautaire) », in *L'Etat de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996, p. 581-596 ; D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du Prof. A. Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 733-752. Voir également les nombreux travaux récents sur la sécurité juridique, qui consacrent une part non négligeable à la confiance légitime, notamment C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, Thèse Montpellier I, 2003 ; A.-L. VALEMOIS, *op. cit.*, (voir l'introduction générale). L'importance du débat en France est telle qu'elle provoque un regain d'intérêt en Allemagne : « *les hésitations et les réserves conceptuelles que [le principe de confiance légitime] suscite [en France] ne manquent pas de renvoyer le juriste allemand à un réexamen pour son propre compte de cette institution* », M. BULLINGER & D. JEANNEROD, « La protection de la confiance légitime dans les contrats de droit public en Allemagne », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de M. Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

⁴⁰² H. RADTKE, *op. cit.*, p. 54 et s.

⁴⁰³ K. SOBOTA, *op. cit.*, p. 155 ; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, München, C.H. Beck, 1977, § 4, III, 8 e), p. 113 ; H. RADTKE, *op. cit.*, p. 54 ; W. ZIMMER, *op. cit.*, p. 96-97 ; S. CALMÈS, *op. cit.*, n° 1 (p. 3).

⁴⁰⁴ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 62 et s. ; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 20 juin 1996, numéro spécial, p. 178-184, spéc. p. 179 ; W. ZIMMER, *op. cit.*, p. 96-98 ; S. CALMÈS, *op. cit.*, n° 1 (p. 3).

⁴⁰⁵ K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 154. Selon K. Sobota, on a parlé du *Kometenhaften Aufstieg* (ascension à la manière d'une comète) de l'idée de protection de la confiance légitime, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁰⁶ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 54 ; M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann*, Paris, Cujas, p. 50-64, spéc. p. 59.

acte étatique pris à destination des particuliers, il ne concerne pas seulement les décisions de l'Administration, mais également les décisions de justice⁴⁰⁷.

Ces considérations ont amené des auteurs, en particulier M. Radtke, dans sa thèse publiée en 1994⁴⁰⁸, à envisager la sécurité juridique à laquelle aspire l'individu ayant fait l'objet d'une décision répressive définitive, sous l'angle de la protection de la confiance légitime⁴⁰⁹. Selon M. Radtke, l'intérêt de cet individu à ne pas subir de nouvelles poursuites pour les mêmes faits matériels et, partant, à ne pas voir modifiée la situation juridique découlant de la décision, relève de la protection de la confiance légitime. La sécurité juridique individuelle garantie par la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* serait donc une application de la protection de la confiance légitime⁴¹⁰.

173. Aussi cohérent que ce rattachement puisse paraître, il nous semble discutable dans son principe. Il nous paraît en effet très différent de mettre en œuvre une garantie, ici la sécurité juridique individuelle, ou de protéger la confiance légitime qu'a pu avoir un individu en la mise en œuvre de cette garantie, ici la confiance en la stabilité de la situation juridique fixée par la décision définitive. La nuance est importante, car dans le premier cas, l'on part du principe que la garantie existe bel et bien, que l'individu a « droit à » la sécurité juridique individuelle. Dans le second cas, au contraire, si l'on se contente de protéger la confiance d'un individu en une garantie, à la condition que cette confiance soit légitime, c'est bien parce que l'on considère que la garantie en elle-même n'existe pas, autrement dit que l'individu n'a aucun « droit à » sa mise en œuvre. En somme, la protection de la confiance légitime qu'a un individu en une garantie constitue une relativisation considérable par rapport à la mise en œuvre de la garantie proprement dite. L'intensité de la protection s'en trouve nettement affaiblie.

Pour illustrer la distinction, revenons aux origines du principe de la protection de la confiance légitime, qu'on trouve en droit administratif allemand.

⁴⁰⁷ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 54 et s.

⁴⁰⁸ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 51-70.

⁴⁰⁹ Voir également, de façon plus elliptique, D. HELMKEN, « Strafklageverbrauch : Rechtssicherheit contra Einzelfallgerechtigkeit », *M.D.R.* 9/1982, p. 715-718, spéc. p. 717 ; G. NOLTE, *op. cit.*, n° 178 ; E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, n° 261.

⁴¹⁰ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 54 : « *l'effet des décisions juridictionnelles d'épuisement de l'action pénale est justifié en première ligne par le principe de la protection de la confiance légitime* », c'est nous qui traduisons.

Le principe de la protection de la confiance légitime a été créé pour contrecarrer les effets nocifs pour l'individu du retrait des actes administratifs illégaux⁴¹¹. Le principe de légalité – au sens général de conformité à la loi – impose à l'Administration de retirer les actes qu'elle a pris en contrariété avec la loi. Mais ces actes peuvent avoir eu pour conséquence d'octroyer une situation juridique favorable à l'individu, si bien que celui-ci a intérêt au maintien de cette situation malgré son caractère illégal. Pourtant, l'individu n'a pas de « droit à » ce que l'illégalité perdure pour la seule raison qu'elle lui est favorable, même si cela est indiqué en termes de protection de sa sécurité juridique. Si on lui garantissait l'inamovibilité de la situation au nom de la sécurité juridique individuelle, cette dernière prendrait la dimension d'une valeur absolue et supérieure au principe de soumission à la loi de l'action de l'Administration. En revanche, l'on peut considérer que la confiance qu'a eue l'individu en la stabilité de la situation juridique le concernant est digne de protection. Partant, pour atténuer les effets brutaux d'une application intransigeante du principe de légalité, l'on tente de concilier la mise en œuvre de ce principe avec l'exigence de protection de la sécurité juridique des personnes. C'est là le rôle du principe de la protection de la confiance légitime.

Un autre terrain d'application du principe de la confiance légitime est celui des lois rétroactives défavorables à l'individu. En droit pénal, ces lois sont strictement prohibées, mais elles existent dans d'autres branches du droit. Une application absolue du principe de sécurité juridique des personnes voudrait que les situations juridiques nées avant l'entrée en vigueur de la loi rétroactive ne puissent jamais être remises en cause. Mais une telle conception conduirait à figer ces situations juridiques, malgré l'évolution de la vie sociale et économique, et en dépit de l'exigence générale de justice, qui impose notamment d'ajuster le traitement des particuliers par rapport aux exigences de la collectivité. Un tel immobilisme serait très nuisible, et c'est bien pour cette raison que le principe de sécurité juridique ne se conçoit pas sans nuances⁴¹².

En somme, le principe de la protection de la confiance légitime est l'instrument technique qui permet de concilier certaines exigences fondamentales du droit, comme la licéité des actes administratifs et l'évolution des règles juridiques dans un objectif de justice, avec l'exigence de sécurité juridique et l'intérêt des particuliers à ne pas voir les situations juridiques qui leur sont favorables brutalement remises en cause. Toutes les situations juridiques ne méritent pas

⁴¹¹ H. WOLFF, O. BACHOF, R. STÖBER, *Verwaltungsrecht*, vol. 2, München, C.H. Beck, 6^{ème} éd., 2001, § 51 V 2, n° 66 et s., (p. 152 et s.).

⁴¹² A.-L. VALEMBOIS, *op. cit.*, n° 21.

d'être maintenues en vertu du principe de sécurité juridique, mais uniquement les situations en lesquelles les individus ont légitimement eu confiance. En quelque sorte, la protection de la seule confiance légitime en la stabilité de la situation juridique aboutit à limiter le rayonnement de la sécurité juridique⁴¹³.

La conciliation s'opère principalement grâce aux critères de l'existence de la confiance et de son caractère légitime. Ce dernier implique une mise en balance entre l'intérêt de la collectivité à l'évolution de la situation juridique et celui du particulier à son maintien. Au fond, la protection effective de la confiance légitime suppose qu'il y ait eu une sorte de promesse implicite envers le particulier quant à la pérennité de la situation.

174. Pour la question qui nous occupe, relative au maintien, au profit de l'individu, des situations juridiques issues des décisions répressives définitives si elles lui sont favorables, quel pourrait être l'apport du principe de protection de la confiance légitime ?

Il faut considérer qu'un conflit peut se poser dans un cas particulier, où le principe de protection de la confiance légitime pourrait jouer son rôle de conciliateur. Lorsqu'une décision répressive, bien que définitive, paraît injuste – par exemple, un individu a été condamné pour homicide involontaire alors qu'il avait tué volontairement –, la collectivité peut avoir intérêt à ce que l'affaire soit rejugée, plus « justement », tandis que l'intérêt de l'individu est indubitablement que la première condamnation demeure. Il y a donc matière à conciliation. Aussi pourrait-on envisager de ne permettre le renouvellement des poursuites qu'après avoir vérifié que la confiance de l'individu en la pérennité de sa situation juridique n'est pas digne de protection.

Cet exemple montre bien que la sécurité juridique individuelle n'a rien à voir avec la protection de la confiance légitime. Tandis que la première est le résultat auquel aspire l'individu et auquel conduirait l'application de la règle *ne bis in idem*, la seconde permet la conciliation de la première avec l'exigence de justice, selon laquelle chacun doit être jugé par rapport aux faits qu'il a véritablement commis. L'on pourrait dire que la réponse à la question de savoir si la règle *ne bis in idem* doit ou non être appliquée en cas de conflit avec un intérêt opposé à la sécurité juridique de l'individu est le résultat de la mise en œuvre du principe de protection de la confiance légitime. Mais l'on ne peut sûrement pas élaborer de lien de dépendance entre la sécurité juridique individuelle et la protection de confiance légitime.

⁴¹³ S. CALMÈS, *op. cit.*, n° 78 (p. 181) ; C. SALVIEJO, *op. cit.*, p. 115.

175. Par ailleurs, la mise en œuvre de la protection de la confiance légitime suppose, nous l'avons mentionné, qu'une sorte de promesse ait été donnée à l'individu que sa situation juridique serait maintenue⁴¹⁴. Pour la question du renouvellement des poursuites malgré l'existence d'une décision répressive définitive, il faudrait qu'il existe dans l'ordre juridique la promesse que cette décision ne puisse jamais être remise en cause. C'est naturellement le cas lorsque la règle *ne bis in idem* est consacrée dans l'ordre juridique, mais qu'en est-il dans le cas contraire ?

Lorsqu'il est question de reprendre le procès en utilisant la même qualification juridique, la difficulté est moindre. Même si la règle *ne bis in idem* n'est pas consacrée dans l'ordre juridique, le simple fait que la décision a été présentée comme définitive peut être considéré comme constituant une promesse implicite de non renouvellement des poursuites à propos des mêmes faits sous la même qualification. Le terrain est donc favorable à la reconnaissance de l'existence d'une confiance légitime de la part de l'individu et au maintien de la situation juridique litigieuse en application de la mise en œuvre du principe de protection de cette confiance.

Mais lorsque les nouvelles poursuites sont effectuées sous une autre qualification, le problème est plus délicat. En l'absence de consécration, dans l'ordre juridique, de la règle *ne bis in idem* prohibant la multiplication des poursuites pour les mêmes faits matériels indépendamment de la qualification juridique – laquelle peut relever d'une autre forme de répression mise en œuvre par une autre autorité répressive d'un droit étranger ou supranational –, il est plus osé de supposer qu'il existe une promesse de non renouvellement des poursuites. Au contraire, le législateur peut avoir imaginé un système de cumul des poursuites de différentes natures, ayant vocation à se compléter mutuellement. Dans ce cas, l'individu déjà poursuivi en application de l'une des formes de répression ne peut en aucun cas légitimement penser qu'il ne sera plus poursuivi et que sa situation juridique est stable. Et cela d'autant moins lorsque le système répressif en question est gouverné, comme c'est le cas en Allemagne, par le principe de légalité des poursuites. Ce dernier impose en effet aux différentes autorités répressives compétentes d'engager l'action publique pour tout acte enfreignant la loi.

A ce propos, il est symptomatique de constater que les auteurs qui établissent un lien entre l'interdiction du renouvellement des poursuites pour les mêmes faits et la protection de la

⁴¹⁴ Voir *supra*, p. 145.

confiance légitime ne raisonnent qu'à partir du cas où la deuxième poursuite est mise en œuvre par la même autorité répressive – le ministère public. Le cas de poursuites émanant d'autorités différentes, destinées à l'application de formes distinctes de répression, n'est pas envisagé. On comprend donc bien que la protection assurée par le système de la confiance légitime est inférieure à la garantie octroyée par la préservation de la sécurité juridique individuelle⁴¹⁵.

176. Ainsi, pas plus qu'à une simple considération de pitié, d'humanité ou d'équité, la fonction de garantie de la sécurité juridique individuelle que possède la règle *ne bis in idem* ne peut être réduite à une simple application, à la matière répressive, du principe de protection de la confiance légitime.

177. Pour conclure cette section, nous pouvons affirmer que la règle *ne bis in idem* a pour fonction de garantir la sécurité juridique individuelle de l'individu ayant répondu définitivement de ses actes devant la justice répressive, ce à quoi elle parvient en faisant obstacle à toute nouvelle poursuite dirigée contre cet individu à propos des mêmes faits. Par sa vocation à assurer non seulement la stabilité de la situation juridique de l'individu, mais encore une protection de son être, de sa personne contre les risques d'abus de la répression, la sécurité juridique individuelle revêt une dimension d'importance unique. On comprend alors que cette fonction protectrice de l'individu ait été le moteur de la constitutionnalisation de la règle *ne bis in idem*. On perçoit déjà qu'elle est supérieure à la fonction de protection de la sécurité juridique collective.

Il faut également préciser qu'à aucun moment nous n'avons dû nous référer, pour rendre compte de la manière dont la règle opère pour remplir cette fonction, au principe de l'autorité de la chose jugée. Et pour cause, puisque la règle *ne bis in idem* n'a nul besoin, pour assurer la sécurité juridique de l'individu dont les faits ont été définitivement étudiés par la justice répressive, de s'en remettre aux conditions d'existence d'une chose jugée. Nous allons

⁴¹⁵ Toutefois, le principe de protection de la confiance légitime pourrait être utile dans les cas où la décision répressive n'est pas définitive (par exemple, une décision de classement sans suite du ministère public dans un système d'opportunité des poursuites). On pourrait considérer que certains classements, motivés par exemple par le caractère bénin de l'infraction, sont à même de provoquer chez celui qui en fait l'objet une confiance légitime en l'absence définitive de réponse répressive à son comportement. P. RIEß, « § 170 », in *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar* (Löwe-Rosenberg), vol. 2, 24^{ème} éd., 1989, n° 46 : l'auteur soutient que la circonstance qu'un arrêt anticipé de la procédure par le ministère public, qui correspond à peu près à notre classement sans suite (*Einstellung*), ne revête pas l'autorité de la chose jugée ne doit pas conduire à ce qu'il soit dépourvu de tout « effet épuisant » (*Sperrwirkung*). L'auteur plaide pour l'utilisation du principe de protection de la confiance légitime.

constater immédiatement que cela n'est guère surprenant, étant donné que la fonction de garantie de la sécurité juridique individuelle et, plus largement, de protection de l'individu, est purement et simplement absente du principe de l'autorité de la chose jugée.

Section 2 L'absence de fonction protectrice de l'individu de l'autorité de la chose jugée

178. En rattachant la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée, la doctrine présuppose nécessairement que le principe a, comme la règle, pour fonction de protéger l'individu contre le renouvellement des poursuites. Il a été observé, dans la section précédente, que la protection de l'individu ayant définitivement répondu de ses actes devant la justice répressive passe par la garantie de sa sécurité juridique individuelle. Pourtant, l'analyse des fonctions du principe de l'autorité de la chose jugée montre que la garantie de la sécurité juridique individuelle n'y figure pas. En réalité, le principe est complètement indifférent à cette fonction (§ 1).

Pour justifier malgré tout le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée, la doctrine développa la « *théorie pénale* » de l'autorité de la chose jugée, encore appelée autorité de la chose jugée « *au criminel sur le criminel* ». En somme, elle adapta le principe général de l'autorité de la chose jugée pour lui conférer une fonction nouvelle, consistant en la protection de l'individu. Pourtant, cette démarche ne peut emporter l'adhésion, les adaptations opérées cachant mal leur incongruité (§ 2).

§ 1 *L'indifférence à la garantie de la sécurité juridique individuelle*

179. Selon la majorité de la doctrine, le principe de l'autorité de la chose jugée s'oppose par son effet négatif au cumul des poursuites pour les mêmes faits dans le but de garantir la sécurité juridique de l'individu⁴¹⁶.

Notre propos dans ce paragraphe sera de montrer que cette affirmation est inexacte. Sans doute le principe de l'autorité de la chose jugée a-t-il parfois pour *effet* de protéger l'individu contre le renouvellement des poursuites. Mais cela ne signifie pas pour autant que cette protection soit véritablement sa *fonction*.

⁴¹⁶ Voir notamment : FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 983 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, n° 886 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 664 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 516 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, n° 1021.

180. En étudiant la fonction de garantie de la sécurité juridique collective attribuée par la doctrine au principe de l'autorité de la chose jugée, nous avons observé que cette fonction n'est pas effective, dans la mesure où le principe de l'autorité de la chose jugée permet uniquement d'assurer le maintien des décisions définitives rendues en justice, et non la stabilité des situations juridiques découlant de ces décisions⁴¹⁷.

Or, ce même argument montre que le principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas en mesure d'assurer la sécurité juridique individuelle de façon satisfaisante. Nous avons montré précédemment que l'autorité de la chose jugée n'est pas atteinte lorsque la deuxième autorité répressive se prononçant sur des faits matériels exerce une compétence différente de la première et statue par conséquent en application de qualifications juridiques distinctes de celles qui pouvaient être retenues par la première autorité⁴¹⁸. En revanche, la sécurité juridique individuelle est assurément mise à mal dans ces situations. En effet, la situation juridique de l'individu fixée lors de la première décision est rendue incertaine durant le temps où s'effectue la deuxième poursuite et elle est naturellement susceptible d'être modifiée par la nouvelle décision. En outre, l'individu est touché dans sa sécurité personnelle puisqu'il doit faire face à une nouvelle accusation et à un nouveau procès.

On le voit, l'autorité de la chose jugée n'a pas plus pour fonction d'assurer la sécurité juridique individuelle que de contribuer à la sécurité juridique collective. D'ailleurs, les fondements du principe de l'autorité de la chose jugée en témoignent également.

181. Dans le chapitre précédent, nous avons examiné l'effectivité des fonctions sociales attribuées par la doctrine au principe de l'autorité de la chose jugée au regard des fondements du principe. Nous allons procéder de la même manière pour la fonction de garantie de la sécurité juridique individuelle. La présentation des fondements du principe effectuée auparavant nous facilitera grandement la tâche : il s'agissait de la présomption de vérité (*res iudicata pro veritate habetur*) de la parole du juge et de la théorie de l'acte juridictionnel. Il reste à examiner si ces fondements admettent l'idée de protection de l'individu.

Le fondement de la présomption de vérité du jugement ne paraît pas particulièrement adapté à la protection de l'individu contre le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits. Il s'agit avant tout d'assurer la pérennité du jugement couvert par la présomption, ce qui, nous

⁴¹⁷ Voir *supra*, p. 89 et 99.

⁴¹⁸ Voir *supra*, p. 89.

l'avons vu, renforce l'autorité et le crédit de l'institution qui l'a rendu⁴¹⁹. D'ailleurs, l'intangibilité du jugement peut être nuisible à l'individu. Dans l'hypothèse de la condamnation d'un innocent, la présomption de vérité agit assurément au détriment de la personne injustement condamnée.

En ce qui concerne le fondement tiré de l'acte juridictionnel, l'on sait qu'il conduit à considérer l'autorité de la chose jugée comme la conséquence immédiate de l'acte juridictionnel se trouvant à l'origine de la décision. Juger sert à trancher les litiges et le principe de l'autorité de la chose jugée, en prohibant de juger à nouveau une affaire déjà tranchée, garantit son effet à l'acte juridictionnel accompli. En d'autres termes, si l'on permettait de re-juger, cela reviendrait à ignorer cet acte juridictionnel. Aussi utile que son action puisse être, l'autorité de la chose jugée œuvre ici dans un but qui n'a guère de rapport avec la protection de l'individu contre le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits. Observée sous l'éclairage du fondement de l'acte juridictionnel, l'autorité de la chose jugée se propose avant tout de donner un sens à l'acte de juger. Ainsi, elle légitime l'existence du juge et assoit son crédit.

Enfin, si l'on considère le fondement de la consommation de l'action envisagé par les auteurs pénalistes⁴²⁰, l'on constate par contraste avec les deux fondements précédents qu'il est parfaitement adapté à la fonction de protection de l'individu. L'Etat dispose d'une action pour exercer la répression, mais d'une seule. Une fois cette action consommée, aucune autre poursuite répressive n'est possible, si bien que la sécurité juridique de l'individu prédomine. Mais, nous l'avons vu, le principe de la consommation de l'action ne convient que pour l'aspect négatif de l'autorité de la chose jugée ; il semble même pouvoir constituer le fondement direct la règle *ne bis in idem*, c'est-à-dire sans qu'il faille en recourir l'autorité de la chose jugée⁴²¹. L'on ne peut donc pas considérer qu'il est significatif pour l'identification des fonctions effectives du principe de l'autorité de la chose jugée. Il a néanmoins le mérite de montrer que l'on peut envisager le rattachement de la règle *ne bis in idem* à un autre principe qu'à celui de l'autorité de la chose jugée, de manière tout à fait bénéfique pour la fonction de protection de l'individu.

⁴¹⁹ Voir *supra*, p. 112 et 114.

⁴²⁰ Voir *supra*, p. 110.

⁴²¹ Nous rejoignons sur ce point une conclusion tirée du chapitre précédent, voir *supra*, p. 117.

Après avoir passé en revue les enseignements donnés par les fondements, nous en restons donc au constat que le principe de l'autorité de la chose jugée a pour seule fonction d'assurer la protection du crédit du juge. Or, de toute évidence, cette fonction n'a rien à voir avec la protection de l'individu qui a fait l'objet d'une décision répressive définitive contre l'engagement de nouvelles poursuites pour les mêmes faits.

182. Ainsi le décalage entre la fonction de l'autorité de la chose jugée, la protection du crédit du juge, et la fonction à caractère individuel de la règle *ne bis in idem*, la garantie de la sécurité juridique individuelle, est flagrant. Les auteurs qui rattachèrent l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits à la « *théorie générale de l'autorité de la chose jugée* »⁴²², ne s'y trompèrent pas. Ils s'abstinrent, en présentant la règle, de toute référence à une quelconque protection de l'individu⁴²³. Comme l'avait déjà relevé M. Gassin, ils ne donnèrent plus à la règle *ne bis in idem* « *qu'un fondement de paix sociale* »⁴²⁴. Du reste, le principe de l'autorité de la chose jugée ayant pris forme en droit privé – plus précisément en droit civil comme en témoigne l'article 1351 du Code civil – son faible égard pour la protection de l'individu face à la puissance publique n'est guère surprenant. Le droit privé général n'a pas, à l'instar du droit public ou du droit pénal, parmi ses soucis premiers celui de protéger l'individu contre les éventuels abus de l'Etat.

En somme, la démarche des auteurs précités était conséquente. En prolongeant leur analyse, nous pouvons affirmer sans réserve que le principe de l'autorité de la chose jugée est tout simplement indifférent à l'objectif de protection de l'individu poursuivi par la règle *ne bis in idem*. Dans ces conditions, on comprend mal comment l'autorité de la chose jugée pourrait constituer un point de rattachement adéquat pour la règle *ne bis in idem*.

183. Consciente des difficultés posées par l'indifférence du principe de l'autorité de la chose jugée à la protection de l'individu, la doctrine se démarqua d'une conception puriste de l'autorité de la chose jugée et l'adapta aux besoins de la matière répressive. Cependant, les adaptations opérées masquent mal leur incongruité.

⁴²² Voir *supra*, p. 109.

⁴²³ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, n° 1550 ; G. VIDAL et J. MAGNOL, *op. cit.*, n° 665 ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *op. cit.*, n° 1529.

⁴²⁴ R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain », n° 3 (p. 242), note de bas de page n° 4.

§ 2 *L'incongruité des adaptations de la théorie « pénale » de l'autorité de la chose jugée*

184. Dès le XIX^{ème} siècle, l'idée fut avancée qu'il convenait de reconnaître à l'autorité de la chose jugée « au criminel sur le criminel » un certain particularisme par rapport à la théorie générale de l'autorité de la chose jugée. Tout en admettant la similitude des « éléments constitutifs de la chose jugée » en droit civil et en droit pénal, Ortolan précisait : « *mais ils revêtent, en s'appropriant à la spécialité du droit pénal, un tel caractère particulier et ils y reçoivent des applications tellement distinctes, qu'il y aurait fréquemment une cause d'erreur à les confondre entre eux et à étendre des uns aux autres les mêmes manières de décider* »⁴²⁵.

L'auteur explicita sa pensée à propos de la condition d'identité de cause. Selon la théorie générale dégagée de l'article 1351 du Code civil, l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, c'est-à-dire des faits envisagés sous une certaine qualification légale. Par conséquent, les mêmes faits peuvent être appréhendés sous une autre qualification légale lors d'un second procès⁴²⁶. Selon Ortolan, « *ceux qui veulent importer [ce raisonnement en droit pénal] en seraient bien embarrassés si on les contraignait à l'appliquer logiquement, conséquents avec eux-mêmes, en toute occasion où il se*

⁴²⁵ J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 1780 *in fine* (p. 297).

⁴²⁶ H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.* 1968, chr. n° 1, p. 1-14, n° 1 : « *il va de soi, en effet, que lorsqu'on s'interroge sur „ce qui a été jugé“, on ne peut qu'entendre par là „ce qui a été jugé en fait et en droit“* » et n° 9, à propos de la notion de cause : « la question est (...) de savoir si le fondement – *de fait et de droit* – de la demande nouvelle peut être tenu pour avoir déjà été jugé par la décision dont l'autorité doit être définie » (c'est nous qui soulignons) ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 27^{ème} éd., 2003, n° 179-3° : « *si un seul élément de fait ou de droit est modifié, il n'y a pas autorité de la chose jugée* » (c'est nous qui soulignons) ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2000, n° 1469 : pour cet auteur, la question de l'identité de cause renvoie à celle d'identité de « *fondement juridique* » ; H. CROZE, Ch. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2005, n° 139 : les auteurs discutent la question de savoir si la survenance d'un nouvel élément de droit crée une cause nouvelle se heurtant à la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée et concluent qu'une réponse négative devrait être retenue au regard du droit positif ; F. TERRE, *op. cit.*, n° 614 ; *contra* X. LAGARDE, note sous Cass. ass. plén., 3 juin 1994, JCP 1994.II.22309, n° 11 : pour cet auteur, « [l]a cause de la demande se constitue des allégations, propositions, de fait dont la reconnaissance est nécessaire pour permettre l'accueil des prétentions ». L'absence d'identité de cause entre deux actions tendant à l'application de règles de droit différentes tout en étant fondées sur les mêmes allégations de fait peut être illustrée par l'absence d'autorité de la chose jugée d'une action en responsabilité civile pour faute (art. 1382 du Code civil) sur une action en responsabilité du fait des choses (art. 1384 du Code civil) : voir sur ce point H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 8 ; X. LAGARDE, note précitée, n° 12. De même, un jugement fondé sur le fondement de la responsabilité délictuelle n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard de nouvelles prétentions fondées sur la responsabilité contractuelle, Civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, Bull. civ. I, n° 18. Voir cependant Civ. 2^{ème}, 4 mars 2004, Bull. civ. II, n° 84, *D.* 2004, Sommaires commentés p. 1204-1205, obs. N. FRICERO : dans cet arrêt, la deuxième Chambre civile considère que l'allégation d'un fondement juridique nouveau ne s'analyse pas comme une cause nouvelle, mais comme de simples moyens nouveaux, de sorte que la nouvelle action se heurte à l'autorité de la chose jugée. Comme le remarque justement N. FRICERO, la Cour retient une conception peu commune de la cause (« *L'orthodoxie juridique pourrait conduire à regretter cette solution* »), mais « [l]e souci d'effectivité de la justice, de sécurité juridique, amène au contraire à l'approuver ».

présente (...). Ils sont donc obligés d'y faire des distinctions, des restrictions, mus par un sentiment d'équité qui marche sans gouvernail, qui oscille en des voies multiples suivant des appréciations variables, et qui arrive, en définitive, contre leur gré, à la violation de la chose jugée, quelquefois même au mensonge judiciaire convenu et évident »⁴²⁷.

Ortolan proposa donc de détacher quelque peu l'autorité « pénale » de la chose jugée du principe général « suivant la science rationnelle, en y apportant la modification suivante : *“L'autorité de la chose jugée n'a lieu, en droit pénal, qu'à l'égard de ce qui a fait et de tout ce qui aurait dû faire l'objet du jugement”* »⁴²⁸. En somme, cela revenait à permettre à l'autorité de la chose jugée et à son aspect négatif de s'appliquer dès lors qu'il était question d'engager de nouvelles poursuites pour les mêmes faits matériels – autrement dit, à appliquer la règle *ne bis in idem* dans sa conception pure. Ce tour d'adresse est certainement très efficace pour faire remplir au principe de l'autorité de la chose jugée la fonction de protection de l'individu qu'il ne possède pas. Pourtant, il n'est pas sans prix. Par définition, « *ce qui aurait dû faire l'objet du jugement* » n'en a pas fait l'objet et n'est donc pas « chose jugée ». Ainsi, le principe semble être appliqué au-delà de la « chose jugée », c'est-à-dire au-delà de l'objet dont il tend à assurer l'autorité⁴²⁹. En d'autres termes, ce n'est qu'en contournant la notion de chose jugée qu'Ortolan parvient à faire remplir au principe une fonction pour laquelle il n'est pas conçu.

185. Un autre détachement de la notion de chose jugée a été récemment proposé par un auteur. Pour aborder la question de l'autorité des décisions répressives sans exclure les décisions rendues par des instances non juridictionnelles, comme l'administration fiscale, Mme Audrey Guinchard propose d'utiliser la notion d'autorité de la « chose décidée »⁴³⁰. L'auteur considère en effet qu'il serait choquant d'utiliser les termes « autorité de la chose jugée » à propos de décisions d'organes ne comportant que de très faibles qualités d'indépendance et d'impartialité. Après avoir mis en garde contre la confusion avec l'autorité de la chose décidée, traditionnellement attachée aux décisions administratives, elle prend donc

⁴²⁷ J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 1793, p. 303.

⁴²⁸ J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 1795, p. 304, c'est Ortolan qui souligne.

⁴²⁹ C'est délibérément que nous avançons que « le principe *semble être* appliqué au-delà de la « chose jugée », car nous verrons plus loin que le fait de poursuivre des faits déjà jugés sous une autre qualification juridique peut, dans certaines circonstances, porter atteinte au crédit du premier juge qui s'est prononcé, voir *infra*, p. 306 et s.

⁴³⁰ A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 897-900, en particulier n° 899.

le parti d'abandonner l'expression « autorité de la chose jugée » pour la remplacer simplement par les termes « autorité de la chose décidée »⁴³¹.

L'harmonisation terminologique s'accompagne dans la thèse de Mme Guinchard de la revendication d'une extension de l'effet de l'autorité de la chose jugée aux décisions définitives répressives rendues par des autorités non juridictionnelles. L'auteur appelle de ses vœux l'application de la règle *ne bis in idem* à l'ensemble de la matière répressive, sans distinction en fonction de l'organe ayant rendu la première décision⁴³². A cette conclusion, nous donnons notre entière approbation. Mais est-il véritablement possible de la justifier à partir de l'extension du mécanisme de l'autorité de la chose jugée aux décisions de l'administration ? Nous le savons, la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée est de protéger le crédit de l'organe qui a rendu la décision. Cette protection est nécessaire pour garantir la confiance des citoyens en la justice. Elle s'applique donc aux juges, aux organes juridictionnels qui disent le droit et tranchent les litiges. Les administrations, qui possèdent un pouvoir de sanction sans pour autant revêtir les qualités matérielles d'un juge méritent-elles véritablement de voir leurs décisions couvertes par le principe de l'autorité de la chose jugée et de bénéficier ainsi de la protection de leur crédit en tant que juge ? N'observe-t-on pas là un détournement total des fonctions du principe de l'autorité de la chose jugée ?

On le voit, l'adaptation du principe de l'autorité de la chose jugée aux nécessités de la matière répressive n'est pas sans revers. De ce phénomène, il peut être donné un dernier exemple, qui porte non plus sur la nécessité de mettre en œuvre l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits, mais de la mettre à l'écart.

186. Dans son étude publiée en 1957, Gavalda s'interrogea sur le particularisme de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel par rapport à la théorie générale de l'autorité de la chose jugée, qu'il préféra qualifier « *d'autonomie interne* » de la théorie pénale de la chose jugée dans le cadre de la théorie générale⁴³³. Selon cet auteur, la nuance est particulièrement visible à l'observation du pourvoi en révision, institution permettant de contourner l'interdiction de rejurer une affaire, qui a la particularité de n'exister – en droit français du moins⁴³⁴ – qu'en faveur du condamné⁴³⁵. Derrière l'institution de la révision *in favorem*

⁴³¹ A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 899.

⁴³² *Ibidem*, n°s 918, 922, 923, 928 et 930.

⁴³³ Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 2 *in fine* et titre de la première partie de l'étude.

⁴³⁴ En droit allemand, la révision est plus largement ouverte lorsque elle est à la faveur du condamné (§ 369 StPO) mais elle existe également en défaveur de tout individu déjà jugé (§ 362 StPO).

transparaît l'idée de « faveur à la liberté » bénéficiant à l'individu condamné – *favor liberationis (in odium accusationis)* – qui vient compenser la rigueur de l'autorité de la chose jugée et fait son particularisme en matière pénale⁴³⁶.

A nouveau, l'adaptation propre à la matière pénale permet que soit pris en compte le souci de protection de l'individu. Pourtant, la possibilité de révision *in favorem* seulement signifie, indirectement, que toutes les « choses jugées » n'ont pas la même autorité. Notamment, le jugement de relaxe et l'arrêt d'acquiescement qui, par hypothèse, ne peuvent faire l'objet d'une révision, sortent dotés d'une autorité renforcée. En outre, accepter de re-juger lorsque cela est en faveur de la personne définitivement jugée mais s'y refuser dans le cas contraire n'est pas conforme à l'exigence de neutralité de la justice, donc peu favorable au crédit du juge. Il y a là une contradiction avec la fonction même du principe de l'autorité de la chose jugée. Précédemment, nous avons vu qu'une fois supprimée la référence à l'autorité de la chose jugée, il était tout à fait aisé de justifier la mise à l'écart de la règle *ne bis in idem*⁴³⁷. Celle-ci ayant pour fonction de protéger l'individu, il devient absurde de la mettre en œuvre lorsque cela est néfaste à l'individu. C'est, en quelque sorte, l'exception qui confirme la règle.

187. On le voit, pour permettre au principe de l'autorité de la chose jugée de remplir la fonction de protection de l'individu contre le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits, la « théorie pénale » de l'autorité de la chose jugée en est réduite à déformer la notion de chose jugée ou à détourner le principe de sa fonction première, la protection du crédit du juge. Si l'on nous pardonne la familiarité des termes, cela s'apparente à du « bricolage juridique ».

En somme, nous ne partageons pas l'opinion de Gavalda selon laquelle « *la notion d'acte juridictionnel maintient, avec un rare bonheur, au double degré de l'instruction et du jugement, une théorie juridique harmonieuse et unitaire de la chose jugée* »⁴³⁸. Il semble au contraire plus conséquent de penser, avec Mme Rassat, qu'il est « *inexact de ne considérer l'autorité pénale que sous cet aspect comme l'a fait longtemps la doctrine analysant l'autorité au pénal comme une application particulière de l'article 1351 du Code civil ou comme une conséquence de la notion d'acte juridictionnel* »⁴³⁹. Mais nous irons plus loin que

⁴³⁵ Voir l'art. 622 CPP : « La révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit (...) » (c'est nous qui soulignons).

⁴³⁶ Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n^{os} 6 et 13 : « Il conviendra, dès lors, d'adoucir par la notion de faveur à la liberté, les conséquences juridiques rationnelles de l'autorité de la chose jugée » (c'est Gavalda qui souligne).

⁴³⁷ Voir *supra*, p. 136.

⁴³⁸ Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n^o 13.

⁴³⁹ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n^o 516 (p. 833).

cet auteur en nous demandant si, dans ces circonstances, il est encore justifié de parler d'« *autorité pénale* », terme qui continue d'indiquer l'existence d'un lien étroit avec le principe de l'autorité de la chose jugée. Sans doute vaut-il mieux tirer toutes les conséquences des constatations faites et se rendre à l'évidence : l'autorité négative de la chose jugée en matière de justice répressive est une notion dont on pourrait se séparer.

188. L'étude menée dans cette section montre que le principe de l'autorité de la chose jugée, qui n'a pas pour fonction de protéger l'individu contre le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits, ne parvient à remplir cette fonction qu'après avoir subi des adaptations qui le déforment profondément. Il semble ne s'opposer au cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels qu'au prix d'un contournement de la notion de chose jugée. En outre, il faut lui aménager des exceptions qui heurtent de front sa fonction première de renforcement du crédit du juge pour l'empêcher d'œuvrer en contradiction complète avec la protection de l'individu. Le contraste par rapport à l'aisance avec laquelle la règle *ne bis in idem* parvient, seule, à mettre en œuvre la sécurité juridique individuelle, est frappant.

Conclusion du chapitre

189. Le but de ce chapitre était de montrer que le décalage de fonctions entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée, identifié à propos des fonctions à caractère collectif, se retrouve à propos de la fonction à caractère individuel.

Après examen de l'effectivité de la fonction protectrice de l'individu, attribuée indifféremment à la règle *ne bis in idem* et au principe de l'autorité de la chose jugée par la doctrine, nous constatons que, sur ce point encore, il existe bien un décalage de fonctions entre les deux institutions.

D'un côté, la règle *ne bis in idem* contribue assurément à la protection de l'individu. En prohibant toute nouvelle poursuite pour les mêmes faits matériels, elle lui confère la sécurité que son sort juridique ne sera pas altéré et qu'il n'aura pas à subir en sa personne la contrainte d'un nouveau procès. Cette garantie de la sécurité juridique individuelle assurée par la règle *ne bis in idem* est sans aucun doute à l'origine de la constitutionnalisation de la règle. En somme, c'est en raison de sa fonction protectrice de l'individu que la règle s'est vue conférée par plusieurs systèmes juridiques le rang de droit de l'homme.

De l'autre côté, contrairement aux affirmations de la doctrine, le principe de l'autorité de la chose jugée n'a pas pour *fonction* de garantir la sécurité juridique individuelle, bien que son aspect négatif lui confère parfois cet *effet*. La seule fonction effective du principe consiste en réalité en la protection du crédit du juge – nous rejoignons sur ce point les conclusions de M. Lagarde, pour qui le principe de l'autorité de la chose jugée constitue un mécanisme de légitimation des décisions de l'institution judiciaire⁴⁴⁰.

Le décalage de fonctions entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée est donc très important en ce qui concerne la protection de l'individu, puisque la règle *ne bis in idem* possède ostensiblement cette fonction alors qu'il n'en est rien pour le principe de l'autorité de la chose jugée.

⁴⁴⁰ X. LAGARDE, *op. cit.*, n° 257 (p. 403).

190. En concluant le chapitre précédent, nous avons observé qu'au regard de la fonction de préservation de la paix sociale et en ce qui concerne notre terrain d'étude – la justice répressive – l'autorité négative de la chose jugée n'avait plus guère de raison d'être. En effet, tant pour la préservation de la sécurité juridique que pour la protection du crédit du juge – qui relève pourtant de sa fonction – celle-ci s'avère moins efficace que la règle *ne bis in idem*.

Ce constat de l'inutilité de l'aspect négatif de l'autorité de la chose jugée en matière répressive est confirmé à l'issue du présent chapitre. Le principe de l'autorité de la chose jugée n'ayant pas, fût-ce dans son aspect négatif, pour fonction de protéger l'individu, sa pertinence intrinsèque disparaît. La règle *ne bis in idem* peut parvenir à remplir cette fonction à elle seule, si bien que son rattachement au principe de l'autorité de la chose jugée n'a plus d'intérêt.

Conclusion du titre

191. L'objectif de ce titre était de montrer que le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée pose problème au plan théorique. Il s'agissait, plus précisément, de montrer qu'il existe un décalage de fonctions entre la règle et le principe auquel la règle est reliée. Pour ce faire, il fallait étudier les fonctions de l'une et de l'autre.

192. En ce qui concerne la règle *ne bis in idem*, comprise ainsi que l'énonce l'article 368 du Code français de procédure pénale comme l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits, même sous une autre qualification, l'on observe que sa fonction à caractère social est d'assurer non seulement la stabilité des décisions de justice, mais encore *la stabilité des situations juridiques* issues de ces décisions. En cela, elle contribue très efficacement à la sécurité juridique. En outre, sans qu'il s'agisse là de sa fonction première, la règle participe à la protection du crédit du juge, dans la mesure où la stabilité des décisions de justice a pour effet de renforcer ce crédit.

Quant à la fonction à caractère individuel de la règle, elle consiste en la protection de l'individu ayant déjà fait l'objet d'une décision répressive définitive à propos des faits qui lui sont reprochés, contre toute nouvelle poursuite pour les mêmes faits. Cette protection se décompose d'une part en la garantie de la stabilité de sa situation juridique telle que fixée par la décision définitive et, d'autre part, en l'assurance qu'il n'aura pas à subir la contrainte d'un nouveau procès. Nous avons regroupé ces deux aspects sous le terme « sécurité juridique individuelle ».

En définitive, qu'il s'agisse des fonctions à caractère social ou individuel de la règle, il est toujours question de garantie de la sécurité juridique.

193. En revanche, le principe de l'autorité de la chose jugée a pour seule fonction effective d'assurer la protection du crédit du juge, de préserver son autorité dans la société en entretenant aux yeux de tous l'idée selon laquelle il remplit parfaitement sa mission de juger.

En effet, derrière l'aspect négatif de l'autorité de la chose jugée, qui provoque l'irrévocabilité des décisions de justice, se cache la volonté d'éviter toute remise en question de la parole du juge. Cette irrévocabilité a certes pour effet d'assurer une certaine stabilité juridique, mais elle

n'est pas suffisante au regard de l'exigence générale de sécurité juridique. En effet, les situations juridiques issues des décisions de justice peuvent être modifiées par d'autres décisions répressives, rendues notamment par des autorités exerçant une compétence différente du juge de la première décision. Le principe de l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle à ces décisions puisqu'elles ne portent pas atteinte à la parole du premier juge. D'ailleurs, derrière l'aspect positif du principe, on trouve le même souci de servir le crédit du juge, cette fois par l'assurance de la cohérence de la jurisprudence.

194. Le décalage de fonctions entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée est donc double. En ce qui concerne l'aspect social des fonctions, ce décalage est plutôt discret puisque, sur le long terme, la règle et le principe contribuent tous deux à la préservation de la paix sociale. Il est en revanche radical pour l'aspect individuel, le principe de l'autorité de la chose jugée ne possédant pas de fonction protectrice de l'individu.

Au vu de ce décalage de fonctions, l'on devine que la règle *ne bis in idem* éprouvera des difficultés à remplir ses propres fonctions tant que son application sera subordonnée aux conditions de mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée, qui a des fonctions différentes. Ainsi, du seul point de vue théorique, le rattachement de la règle *ne bis in idem* à l'autorité de la chose jugée présente une grave incohérence. De là à affirmer que ce rattachement est à bannir, il n'y a qu'un pas. Nous pourrions le franchir plus loin, après avoir observé le droit positif.

Enfin, la question plus générale de l'utilité de l'autorité négative de la chose jugée en matière répressive, espèce d'îlot servant de relais entre le principe général de l'autorité de la chose jugée et la règle *ne bis in idem*, se pose avec une particulière acuité. Dans les développements qui suivront, nous verrons que la réalité est plus préoccupante encore. En étudiant le droit positif, nous constaterons qu'en matière de justice répressive, l'autorité négative de la chose jugée n'est pas seulement inutile, elle est aussi nocive. En effet, elle provoque une restriction considérable de la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*.

Titre 2

**La restriction de la règle *ne bis in idem*
par le principe de l'autorité de la chose jugée**

195. L'objet de ce titre est de vérifier si les conclusions tirées de l'étude théorique menée précédemment, et laissant à penser que le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée est inadéquat, sont confortées par l'analyse du droit positif. En d'autres termes, il s'agit de voir si le recours aux conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* provoque effectivement la mise à l'écart de la règle⁴⁴¹, c'est-à-dire l'admission du cumul des poursuites à l'encontre de la même personne pour les mêmes faits. Dans l'affirmative, nous aurons démontré que la subordination de la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* aux conditions de reconnaissance d'une autorité à la chose jugée entraîne une restriction de la règle.

196. L'analyse de l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée sur l'application de la règle *ne bis in idem* en droit positif sera effectuée à partir d'exemples tirés des cinq systèmes juridiques retenus pour notre étude : les droits français et allemand, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit communautaire et extracommunautaire de l'Union européenne⁴⁴². Ces différents systèmes juridiques permettront d'étudier les trois dimensions de la règle : son application interne, prohibant le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits au sein d'un même Etat, son application internationale, relative au cas où les poursuites successives sont envisagées dans des Etats différents – de l'Union européenne –, ainsi que sa mise en œuvre dans les rapports de supranationalité, s'opposant à ce que des poursuites nationales soient menées après qu'une autorité supranationale s'est prononcée sur les faits et vice-versa.

L'objectif ne sera pas d'exposer de façon systématique et exhaustive la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* dans ces différents systèmes juridiques, mais plutôt d'identifier les points repérables de restriction de la règle dont on peut penser que le principe de l'autorité de la chose jugée est la cause. Réciproquement, il sera intéressant de constater l'absence de restriction à la mise en œuvre de la règle lorsque le recours au principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas pratiqué.

197. Le phénomène de la restriction de la règle *ne bis in idem* par le principe de l'autorité de la chose jugée est repérable en droit positif de deux manières. L'on observe, d'une part, une restriction de son *champ d'application* due à la prise en compte de considérations propres au

⁴⁴¹ Voir *supra*, p. 63.

⁴⁴² Ce dernier étant principalement exprimé par les articles 54 et suivants de la Convention d'application de l'accord de Schengen

principe de l'autorité de la chose jugée (chapitre 1). L'on perçoit, d'autre part, une restriction de la *portée* de la règle qui, à son tour, paraît affaiblie en raison de l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée (chapitre 2).

CHAPITRE 1 LA RESTRICTION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM*

198. Dans ce chapitre, nous allons nous intéresser au champ d'application de la règle *ne bis in idem*. Plus précisément, il s'agira de rechercher si, comme le laisse présager le constat du décalage de fonctions entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée, le rattachement de la première au second provoque la restriction du champ d'application de la règle.

199. Quelques exemples de la restriction du champ d'application de la règle *ne bis in idem* ont été relevés en introduction⁴⁴³. Avait ainsi été mentionnée la tenue à l'écart de la règle en droit français entre les poursuites pénales et les poursuites administratives pour les mêmes faits. Il avait également été observé que la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* dans les relations internationales connaissait des limites par rapport à son application au sein d'un même Etat et, enfin, que la règle *ne bis in idem* n'était pas applicable dans les rapports de supranationalité au sein de l'Union européenne, c'est-à-dire entre une poursuite nationale et une poursuite communautaire.

L'on peut classer ces différents points de restriction du champ d'application de la règle *ne bis in idem* en deux catégories. Le premier exemple d'échec de la mise en œuvre de la règle se rapporte à la restriction du champ *matériel* d'application de la règle. En raison de la différence de nature des poursuites engagées, la règle n'est pas applicable.

Les deux autres exemples de restriction mentionnés en introduction sont relatifs au champ *géographique* d'application de la règle. Cela est très net en ce qui concerne son application entre des poursuites engagées dans des Etats différents. Mais il faut également placer sous cet angle la question de la mise en œuvre de la règle entre des poursuites nationales et des poursuites engagées par les organes de l'Union européenne, puisque la différence de

⁴⁴³ Voir *supra*, p. 63.

compétence entre les autorités nationales et supranationale est avant tout géographiquement distincte.

200. Nous envisagerons en premier lieu la restriction du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* (section 1) puis, en second lieu, la restriction de son champ géographique d'application (section 2).

Section 1 **La restriction du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem***

201. Pour constater l'existence d'une restriction du champ d'application de la règle *ne bis in idem*, il faut pouvoir établir une comparaison entre le champ *utile* d'application de la règle et son champ *effectif* d'application. Par « champ utile d'application », nous entendons le champ dans lequel la règle doit déployer ses effets pour mener à bien la mission qui lui incombe. En d'autres termes, il s'agit du champ en deçà duquel la règle ne peut remplir ses fonctions de manière complète et satisfaisante. Lorsque le champ effectif d'application d'une règle juridique – c'est-à-dire le champ d'application que lui réserve le droit positif – est délimité plus étroitement que son champ utile d'application, la règle agit en dessous de ses moyens et le phénomène de restriction est bien présent.

L'objectif de cette section étant de montrer que le champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* subit une restriction due à l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée, il conviendra de comparer le champ matériel utile de la règle et son champ matériel effectif, pour vérifier ensuite que le second est plus étroit que le premier et que le phénomène de restriction ainsi mis en lumière est lié au principe de l'autorité de la chose jugée.

202. Dans un premier paragraphe, nous identifierons le champ matériel utile d'application de la règle *ne bis in idem*, dont nous verrons qu'il n'est autre que le domaine de la répression (§ 1). Puis, dans un second paragraphe, nous pourrions constater que, de façon particulièrement nette pour le droit français, le champ effectif d'application de la règle est souvent réduit au domaine dans lequel l'autorité répressive de la première poursuite est matériellement compétente. Plus étroit que celui de la répression, ce domaine répond, en réalité, au souci d'assurer la protection du crédit du juge – ou de l'autorité répressive – ayant définitivement statué sur les faits au terme de la première poursuite, fonction première du principe de l'autorité de la chose jugée (§ 2).

§ 1 *Le champ utile d'application de la règle ne bis in idem*

203. Pour être utile, le champ d'application d'une règle juridique doit être conçu de façon suffisamment large pour que la règle puisse remplir ses fonctions. La reconnaissance d'un champ d'application trop étroit pourrait aboutir, en fin de compte, à la remise en cause de l'existence même de la règle. En effet, lorsqu'une règle juridique ne remplit pas son rôle dans des domaines pour lesquels il serait cependant opportun qu'elle le fasse, l'on est amené à se poser la question de son utilité fondamentale. Est-il pertinent de maintenir en vie une règle juridique dont on parvient à se passer des effets dans certains domaines, quand bien même les effets qu'elle produit sont aussi importants dans ces domaines là que dans d'autres ? Ne pourrait-on pas plutôt se dispenser de la règle de façon générale ? Pour éviter un tel glissement, il est indispensable de déterminer le champ d'application des règles juridiques à la mesure du rôle qu'elles ont à jouer.

Depuis le titre précédent, nous savons que les fonctions de la règle *ne bis in idem* consistent en la préservation de la sécurité juridique, collective et individuelle. Le champ utile d'application de la règle *ne bis in idem* doit donc être déterminé en fonction du domaine dans lequel la règle a vocation à assurer ces deux aspects de la sécurité juridique, lequel englobe en réalité toutes les formes de répression (A).

Or, le domaine de la répression ne se résumant pas au droit pénal au sein duquel la règle *ne bis in idem* s'applique traditionnellement, la nécessité s'est fait sentir d'élargir le champ d'application de cette dernière aux nouvelles formes de répression, de sorte qu'elle agisse dans son champ utile d'application. Ce besoin d'adaptation du droit positif a été bien perçu outre-Rhin et par la Cour européenne des droits l'homme, de sorte que le droit allemand et le droit européen des droits de l'homme constituent deux illustrations de l'application de la règle *ne bis in idem* au-delà du droit pénal (B).

A. La vocation de la règle à assurer la sécurité juridique pour toute forme de répression

204. A partir des fonctions de la règle *ne bis in idem*, il est possible de déterminer son champ utile d'application.

L'étude des fonctions de la règle *ne bis in idem* a montré que celles-ci tendent à la préservation de la sécurité juridique collective et individuelle. La préservation de la sécurité juridique collective pouvant être repérée avec certitude dès l'Antiquité, elle présente une plus grande ancienneté que la fonction de garantie de la sécurité juridique individuelle, dont l'éclat n'apparaît nettement qu'au siècle des Lumières. Aussi avons-nous, jusqu'à présent, envisagé la sécurité juridique à caractère collectif avant la sécurité juridique à caractère individuel.

Pourtant, si l'on considère la logique de l'Etat de droit, reposant sur une conception libérale et démocratique de la société et dominant la pensée juridique contemporaine, il faut se départir, pour l'approche des deux aspects de la sécurité juridique, de l'ordre chronologique de leur apparition. Dans un Etat de droit, c'est la protection de l'individu qui se voit octroyer la priorité⁴⁴⁴. C'est elle qui est déterminante par rapport aux intérêts de la collectivité et qui, de ce fait, doit passer au premier plan. Si cela ne mène pas systématiquement à la primauté des intérêts de l'individu sur ceux de la collectivité en cas de conflit, cela engage au moins à donner aux intérêts de l'individu une importance marquée par rapport à ceux de la collectivité.

De façon concrète pour notre propos, l'importance suprême de la protection de l'individu invite à renverser l'ordre dans lequel nous avons mené le travail d'identification des fonctions de la règle *ne bis in idem*. Pour déterminer le champ utile d'application de la règle, nous envisagerons d'abord la vocation de la règle à garantir la sécurité juridique individuelle, puis sa fonction de préservation de la sécurité juridique collective. Nous constaterons que le besoin

⁴⁴⁴ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1999, p. 55 : « *L'Etat de droit implique (...) une certaine conception des rapports entre l'individu et l'Etat, qui sous-tend tout l'édifice juridique : non seulement la puissance de l'Etat trouve ses limites dans les droits fondamentaux reconnus aux individus, ce qui crée ainsi la possibilité d'une „opposition au pouvoir fondée sur le droit“, mais encore elle a pour finalité même, pour justification ultime la garantie de ces droits ; l'Etat de droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique (...). C'est précisément cet aspect qui justifie la condamnation radicale par Carl Schmitt de la théorie de l'Etat de droit : celle-ci serait en effet l'expression même de la „pensée libérale bourgeoise“, qui privilégie systématiquement la défense de l'individu par rapport à la collectivité ; prétendant supprimer la composante proprement „politique“ de l'Etat, elle tendrait à la négation et à la destruction de celui-ci. La critique de l'Etat de droit aboutit dès lors tout naturellement à l'apologie de la Raison d'Etat ».*

de sécurité juridique se fait sentir quelle que soit la forme de répression exercée, qu'il s'agisse de la sécurité juridique individuelle (1) ou de la sécurité juridique collective (2).

1. Le besoin de sécurité juridique individuelle pour toute forme de répression

205. La fonction de garantie de la sécurité juridique individuelle se décompose, nous l'avons vu, en deux aspects. L'individu doit, d'une part, pouvoir compter sur la pérennité de sa situation juridique en rapport avec les faits qu'il a commis dès lors qu'une décision répressive définitive a été rendue à leur propos⁴⁴⁵. D'autre part, lorsqu'un individu a été poursuivi pour un comportement fautif et que la poursuite s'est achevée par une décision définitive, cet individu doit bénéficier de la certitude qu'il ne devra pas répondre à nouveau des mêmes faits devant la justice, c'est-à-dire à supporter le poids d'une nouvelle poursuite avec toutes les contraintes que cela implique pour sa personne⁴⁴⁶.

Ici encore, il apparaît nécessaire de renverser l'ordre d'appréhension des deux aspects. Lors de l'identification des fonctions de la règle *ne bis in idem*, nous avons d'abord envisagé l'aspect relatif à la stabilité de la situation juridique de l'individu, parce qu'il présentait la plus grande proximité avec la sécurité juridique collective que nous venions d'exposer. Pourtant, l'aspect concernant la protection de l'individu contre la charge d'une nouvelle poursuite pour les mêmes faits revêt une plus grande importance. En effet, il ne s'agit plus ici seulement de garantir la stabilité de la situation juridique de l'individu, mais de protéger ce dernier en sa personne contre les contraintes de la répression. Aussi aborderons-nous, pour la suite de l'analyse, d'abord l'aspect relatif à la sécurité de l'individu, puis l'aspect relatif à sa sécurité juridique proprement dite.

206. En ce qui concerne la protection de l'individu contre la réitération de sa mise en cause pour les mêmes faits et contre la menace d'un tel recommencement, il apparaît que la sécurité juridique doit jouer quelle que soit la forme de répression appliquée – pénale ou extra-pénale. En effet, dans la mesure où toute nouvelle poursuite répressive a pour objet de conduire à une décision sur la responsabilité de l'individu pour les faits qui lui sont reprochés, elle replace ce dernier dans la situation de celui qu'on accuse, avec les contraintes qui en découlent. Après avoir subi les mesures d'enquête, il faut se présenter devant les représentants de la justice, supporter le poids de l'accusation, se défendre, attendre le résultat de la décision.

⁴⁴⁵ Voir *supra*, p. 132.

⁴⁴⁶ Voir *supra*, p. 133.

Aussi ne partageons-nous pas l'opinion de M. Pralus qui, après avoir noté que la règle *ne bis in idem* est « destinée, et alors elle doit être strictement respectée, à empêcher une redondance de répression qui serait contraire à l'équité et à la sécurité juridique », considère qu' « il serait absurde (...) de prétendre faire jouer [la règle *ne bis in idem*] dans les rapports entre toutes formes de répression »⁴⁴⁷. Pour cet auteur en effet, « compte tenu de ce que chaque ordre a des intérêts qui lui sont propres et que chaque autorité peut prétendre punir par les sanctions spécifiques dont elle dispose les atteintes qui y sont portées, les cumuls de répression ne peuvent être regardés comme tous condamnables, même s'ils contredisent toujours l'expression *non bis in idem* prise à la lettre. La règle [*ne bis in idem*] (...) ne peut se voir accorder de valeur universelle mais seulement relative »⁴⁴⁸. L'auteur semble admettre le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits tant que le but précis de la poursuite envisagée n'a pas déjà été atteint par une première poursuite – auquel cas la nouvelle poursuite perdrait sa légitimité⁴⁴⁹.

Cette prise de position n'emporte pas la conviction. Dans la mesure où toute poursuite répressive – tendant, par définition, à l'application d'une sanction – implique la mise en cause de l'individu auquel elle s'adresse, elle l'affecte nécessairement dans sa personne. Elle touche par conséquent à sa sécurité juridique. Il n'y a donc pas de raison, pour l'application de la règle *ne bis in idem*, de différencier selon la nature de la poursuite tant que celle-ci revêt un caractère répressif. Certes, il est des procédures répressives plus contraignantes que d'autres, à commencer par le procès criminel précédé d'une instruction obligatoire et mené devant la Cour d'assises. En contraste, les procédures répressives administratives écrites peuvent paraître anodines. Cela dit, la différence réside dans l'intensité de la contrainte, qui est d'ailleurs directement liée à la gravité des faits. Elle ne se retrouve pas dans l'existence de cette contrainte, que l'on décèle, aussi légère puisse-t-elle parfois paraître, dans toutes les procédures répressives.

Comme le remarquait Combaldieu à propos de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits : « [l'] unique souci [est] d'éviter que l'accusé puisse subir une série d'épreuves différentes devant des juridictions successives, tant que le fait, à raison duquel il est poursuivi, n'a pas été dépouillé de toutes les qualifications dont peut le gratifier l'ingénieuse

⁴⁴⁷ M. PRALUS, « A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : *non bis ?* », n° 2 (p. 38), c'est nous qui soulignons.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

et subtile érudition du juriste »⁴⁵⁰. Or, de nos jours, les qualifications répressives envisageables pour un même fait ne relèvent pas toutes du droit pénal.

207. Quant à l'aspect de la sécurité juridique individuelle relatif à la stabilité de la situation juridique de l'individu, il faut souligner que toute nouvelle poursuite répressive tend à provoquer un changement de la situation juridique de l'individu à propos des faits qui lui sont reprochés. En effet, c'est précisément le but d'une nouvelle poursuite que de déboucher sur le prononcé d'une sanction, en l'occurrence pour les mêmes faits, donc d'apporter une modification de la situation juridique de l'individu par rapport à ces faits. Il importe peu, à cet égard, qu'il s'agisse d'une poursuite de nature juridique différente ou que la poursuite soit exercée dans un ordre juridique différent, ou encore par une autorité répressive différente. En tout état de cause, l'individu voit, dès l'engagement d'une nouvelle poursuite répressive pour les mêmes faits, sa situation juridique relative à ces faits remise en question.

Aussi, sur ce point encore, l'individu n'a-t-il que faire de l'argument tiré de la différence de forme de la répression. Il aspire à voir son sort juridique définitivement réglé quelle que soit la forme de répression mise en œuvre dans les différentes poursuites, d'autant que la nature non pénale de la poursuite n'est pas toujours synonyme de légèreté de la sanction prononcée. On peut certes argumenter que certains intérêts sont supérieurs à la sécurité juridique individuelle, ce qui inviterait parfois à la sacrifier. Mais, en dehors de cette hypothèse sur laquelle nous reviendrons⁴⁵¹, dans la mesure où la sécurité juridique individuelle est atteinte toutes les fois qu'un renouvellement des poursuites a lieu, on ne saurait considérer qu'il est « absurde » de faire jouer la règle *ne bis in idem* entre toutes les formes de répression, ni que la règle est de valeur nécessairement relative⁴⁵².

En outre, plus nettement encore que l'aspect de la sécurité juridique individuelle relatif à la personne de l'individu doublement poursuivi, pour lequel la légèreté de la contrainte de certaines procédures peut faire douter de la réalité de l'atteinte à la sécurité juridique, l'aspect strictement relatif à la situation juridique de l'individu est toujours concerné par l'exercice

⁴⁵⁰ R. COMBALDIEU, *op. cit.*, dernière phrase de l'article.

⁴⁵¹ Voir *infra*, p. 531 et s.

⁴⁵² M. PRALUS, « A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : *non bis ?* », n° 2 (p. 38). A l'inverse, la sécurité juridique n'est pas atteinte lorsqu'au sein d'une poursuite unique, deux qualifications juridiques sont envisagées cumulativement pour les mêmes faits. En effet, il n'est rendu dans ce cas qu'une seule décision à propos des deux qualifications juridiques, ce qui ne comporte aucun risque de modification de la situation juridique de l'individu d'une qualification à l'autre. Voir les interrogations de M. PRALUS sur la question de savoir s'il est porté atteinte à la règle *ne bis in idem* dans ce cas, *ibidem*, n° 15 (p. 45) – nous répondons, pour notre part, par la négative (voir également *supra*, p. 33).

d'une nouvelle poursuite répressive. De fait, rappelons-le, toute nouvelle procédure répressive tend précisément au changement de la situation juridique de l'individu en rapport avec les faits poursuivis. Pour la même raison, la collectivité aspire également à la sécurité juridique indépendamment de la forme de répression exercée.

2. Le besoin de sécurité juridique collective pour toute forme de répression

208. Comme la dimension individuelle, la dimension collective de la sécurité juridique est atteinte par le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits quelle que soit la forme de répression mise en œuvre dans les différentes poursuites. En effet, la sécurité juridique collective implique que les personnes entretenant des relations sociales ou économiques avec celui qui a fait l'objet d'une décision répressive définitive ne soient pas surprises par un changement brutal, inattendu de sa situation juridique. Si une décision de justice a été rendue et qu'il y a tout lieu de penser qu'elle règle définitivement la situation de l'individu vis-à-vis de la société, alors la situation juridique issue de cette décision doit rester valable, ce qui implique qu'elle ne soit pas remise en cause par une autre décision relative aux mêmes faits. L'intérêt de la collectivité rejoint en quelque sorte celui de l'individu.

209. En somme, au regard des fonctions de la règle *ne bis in idem*, il n'existe guère de doute quant aux contours de son champ matériel utile d'application. Dès lors qu'une poursuite répressive est engagée à l'encontre d'un individu, une certaine dose de contrainte s'exerce contre lui et sa situation juridique devient incertaine, envers lui comme envers la collectivité qui l'entoure. Seule l'impossibilité absolue d'appliquer toute nouvelle forme répression pour les mêmes faits garantit véritablement la sécurité juridique. Le champ utile d'application de la règle *ne bis in idem* est donc assurément le domaine de la répression dans son ensemble. De nombreux auteurs se prononcent d'ailleurs en faveur de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* pour l'ensemble du domaine répressif sans s'arrêter à l'argument de la différence de nature de la répression exercée. Ils n'argumentent pas nécessairement leur propos en s'appuyant sur la fonction de garantie de la sécurité juridique de la règle, mais parviennent à des conclusions tout à fait semblables aux nôtres⁴⁵³. Nous allons constater de suite que

⁴⁵³ A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 902 : « [l'] interdiction [d'engager de nouvelles poursuites pour les mêmes faits], formulée à l'origine à l'encontre des juridictions pénales, doit aussi être respectée par les autres autorités exerçant le pouvoir de répression : l'ordre répressif ne s'arrête pas aux juridictions pénales mais est constitué de toutes les autorités auxquelles le législateur a attribué un pouvoir de répression » ; voir également n°s 908, 918 (*in fine*, p. 509) et 930 (*in fine*) ; N. RONTCHEVSKY, note sous CA Paris 26 oct. 1999, *Bulletin Joly Bourse* mars-avril 2000, p. 153-162, spéc. n° 11 (p. 159) ; F. STASIAK, « Les cumuls de sanctions en droit boursier »,

certaines systèmes juridiques ont bien pris conscience de ces exigences et ne limitent plus l'application la règle *ne bis in idem* au domaine du droit pénal dans lequel elle a pris naissance.

B. L'applicabilité de la règle au-delà du droit pénal

210. Si le noyau dur de la répression reste incarné par le droit pénal, ce dernier ne recouvre pas, on le sait, toute la répression.

Ainsi, il n'est pas rare qu'un comportement fautif puisse être retenu à la fois comme infraction pénale et comme infraction disciplinaire, et qu'il donne lieu à un cumul de répression. Ce type de cumul ne semble pas émouvoir particulièrement la communauté scientifique internationale. Celle-ci estima, lors du Congrès international de droit pénal de Pékin des 12-19 septembre 2004, que « *lorsqu'en cas de connexion entre la poursuite disciplinaire et la poursuite pénale [hypothèse relativement rare !] une sanction disciplinaire s'ajoute à la sanction pénale, le condamné au pénal ne pourra pas être soumis à un doublement de sanctions qui ne serait pas justifié par la spécificité des intérêts respectivement protégés par les sanctions disciplinaires et les sanctions pénales. En ce cas, en principe, aucune sanction du même type ne doit être imposée* »⁴⁵⁴. En somme, le cumul de poursuites pénale et disciplinaire est parfaitement admis. Par ailleurs, il arrive également que plusieurs poursuites disciplinaires, mises en œuvre par la même autorité disciplinaire ou par des autorités disciplinaires distinctes, s'appliquent cumulativement à un même fait matériel.

L'essor de la répression administrative – en dehors de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'Etat – constitue l'autre part importante du droit répressif non pénal. Dès le Congrès international de droit pénal de Vienne de 1989, la communauté scientifique internationale s'est interrogée sur le problème de la redondance de répression par l'utilisation cumulative des voies pénale et administrative. Mais dans les résolutions adoptées par le Congrès, seul le cumul de *punitions* est dénoncé ouvertement, le cumul de *poursuites* répressives pour les

Bulletin Joly Bourse, mars-avril 1997, p. 181-199, spéc. p. 190-191 ; J.-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », *AJDA* 1995, numéro spécial, p. 76-81, spéc. p. 79.

⁴⁵⁴ Association internationale de droit pénal (A.I.D.P.), Lettre d'information 2005/1, Résolutions relatives au thème de la Section III « La mise en œuvre des principes de procédure pénale dans les procédures disciplinaires », p. 27.

mêmes faits restant en revanche admis⁴⁵⁵. Il aura fallu attendre le Congrès de Pékin de 2004, dont l'un des thèmes de réflexions était « Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe „*ne bis in idem*“ » pour que soit adoptée la résolution suivante : « *considérant que les sanctions pénales peuvent ne pas constituer l'unique moyen de sanctionner les violations de la loi, les poursuites et les sanctions de nature non pénale revêtant un effet punitif équivalent devraient également empêcher une nouvelle poursuite* »⁴⁵⁶. On le voit, la prudence est de mise.

Pendant ce temps, le droit positif n'est pas demeuré en reste. En Allemagne, le législateur a étendu le champ d'application de la règle *ne bis in idem* au-delà du droit pénal (1). Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme applique désormais l'article 4 du Protocole n° 7 dans le domaine de la « matière pénale », qui dépasse sans aucun doute la répression qualifiée pénale par les droits nationaux (2).

1. L'applicabilité au-delà du droit pénal en Allemagne

211. L'étude du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* en droit allemand part nécessairement de l'analyse de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale. Ce dernier prohibe le cumul de répression « *pour le même fait sur la base des lois pénales générales* » (*aufgrund der allgemeinen Strafgesetzen*).

En vertu de cette disposition, la règle *ne bis in idem* s'applique sans restriction au sein du droit pénal. Ainsi, à l'issue d'une procédure pénale achevée par une décision répressive définitive, toute nouvelle poursuite pénale pour les mêmes faits matériels est exclue. Il importe peu que les différentes poursuites soient de nature criminelle ou correctionnelle⁴⁵⁷, autrement dit qu'elles ressortissent de la même autorité pénale ou non. Nous verrons plus loin que cela n'est pas aussi net en France⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Résolutions du XIV^{ème} Congrès international de droit pénal, Vienne, 2-7 oct. 1989, Section 1, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal », *op. cit.*, p. 89 : « *Dans le cas où un acte relève des deux qualifications, pénale et administrative, le délinquant ne devrait pas être puni deux fois. En cas de poursuites successives il devrait être pleinement tenu compte de toute sanction déjà prononcée pour le même acte* » (c'est nous qui soulignons).

⁴⁵⁶ Association internationale de droit pénal (A.I.D.P.), Lettre d'information 2005/1, Résolutions relatives au thème de la Section IV « Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe „*ne bis in idem*“ », p. 29, c'est nous qui soulignons.

⁴⁵⁷ Il n'existe plus de contraventions en Allemagne depuis leur dépénalisation par la réforme de 1974.

⁴⁵⁸ Voir *infra*, p. 202.

Mais, par la référence aux « lois pénales générales », la disposition constitutionnelle limite clairement le champ d'application de la règle *non bis in idem* à la répression pénale. Aussi la Cour constitutionnelle fédérale considère-t-elle que l'article 103 alinéa 3 n'a pas vocation à sanctionner les cumuls mettant en jeu des poursuites répressives d'une autre nature⁴⁵⁹.

Cependant, en organisant la répression des infractions administratives (*Ordnungswidrigkeiten*), le législateur allemand a abordé le problème du cumul des poursuites destinées à réprimer la commission de ces infractions. Désormais, outre-Rhin, l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* s'étend, dans une large mesure, à la répression administrative.

212. Les origines de la construction d'un véritable « droit pénal administratif » en Allemagne remontent à l'adoption en 1949 d'une loi simplifiant le droit pénal économique (*Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts*)⁴⁶⁰. Peu après, la première loi sur les infractions administratives (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, ci-après « OWiG ») adoptée en 1952⁴⁶¹ mit en place un régime général substantiel et procédural, encore rudimentaire certes, applicable à toutes les infractions administratives. Cette loi fut modifiée par une autre en 1968⁴⁶², qui procéda à une recodification des règles procédurales de la matière et en améliora considérablement le contenu. Enfin, les infractions pénales les moins graves – correspondant aux contraventions (*Übertretungen*) – furent dépénalisées par une loi de 1969⁴⁶³, qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1975, et rattachées aux infractions administratives. La loi sur les infractions administratives est aujourd'hui publiée dans sa version du 19 février 1987⁴⁶⁴. Aux termes de son premier paragraphe, une infraction administrative est une « *action illégale et répréhensible qui réalise les éléments constitutifs d'une incrimination, laquelle en permet la répression par une sanction pécuniaire* ». On trouve des infractions administratives dans des domaines très variés, allant de l'économie à la circulation routière en passant par les atteintes à l'ordre public et aux symboles de l'Etat. La loi sur les infractions administratives traite de

⁴⁵⁹ La décision de principe est celle du 2 mai 1967, *BverfGE* vol. n° 21, p. 378 et s. ; voir également la décision du même jour, *BverfGE* vol. n° 21, p. 391 et s. ; 9 nov. 1976, *BverfGE* vol. n° 43, p. 101 et s., spéc. p. 105 ; J. BOHNERT, « Einleitung » in *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, C.H. Beck, 2^{ème} éd., 2000, n°s 134 et 135, p. 30.

⁴⁶⁰ Loi du 26 juil. 1949, *Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebiets* 1949, p. 193.

⁴⁶¹ Loi du 25 mars 1952, *Bundesgesetzblatt* 1952, I, p. 177 et s.

⁴⁶² Loi du 24 mai 1968, *Bundesgesetzblatt* 1968, I, p. 481 et s.

⁴⁶³ Loi du 4 juil. 1969, *Bundesgesetzblatt* 1969, I, p. 717 et s.

⁴⁶⁴ Loi du 19 fév. 1987, *Bundesgesetzblatt* 1987, I, p. 602 et s.. Pour une présentation générale de la loi sur les infractions administratives, voir E. GÖHLER, « Einführung », in *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, Beck-Texte im dtv, 16^{ème} éd., 2002, p. IX-XX ; en français, voir J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ?...*, p. 593-612 (l'auteur consacre un chapitre entier à « La décriminalisation des contraventions : les „Ordnungswidrigkeiten“ ») ou, en anglais, T. WEIGEND, « The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law », *R.I.D.P.* 1988 (vol. 59) p. 67-93.

façon très complète le problème du cumul des poursuites pour les mêmes faits, qu'il s'agisse du cumul de poursuites administratives entre elles ou du cumul d'une poursuite administrative et d'une poursuite pénale.

213. En premier lieu, la loi sur les infractions administratives aborde le risque du cumul des poursuites administratives pour les mêmes faits. Les autorités compétentes pour prononcer des sanctions administratives sont, aux termes du paragraphe 35 de la loi, les autorités administratives (*Verwaltungsbehörden*). Il peut résulter de l'application conjuguée des divers chefs de compétence de ces autorités, compétence matérielle (§ 36 OWiG)⁴⁶⁵, compétence territoriale (§ 37 OWiG)⁴⁶⁶ et compétence pour les infractions connexes (§ 38 OWiG)⁴⁶⁷, que plusieurs autorités administratives soient compétentes pour appréhender le même fait matériel. Cependant, la loi prévient le risque évident de cumuls des poursuites en désignant une seule autorité. Son paragraphe 39 dispose : « [s]i plusieurs autorités administratives sont compétentes en application des paragraphes 36 à 38, la priorité revient à l'autorité qui a entendu en premier l'individu concerné, l'a fait interroger en premier par la police ou à laquelle le dossier a été envoyé en premier à la suite de l'interrogatoire par la police ». Ce paragraphe permet également, en son deuxième alinéa, que les différentes autorités compétentes s'accordent pour confier les poursuites à l'une d'entre elles lorsque cela permet d'accélérer ou de simplifier la procédure.

Cette organisation des compétences, déjà très propice à ce qu'une seule poursuite administrative soit exercée pour les mêmes faits, est assortie de l'interdiction de poursuivre à nouveau ces derniers lorsque la décision issue de la première poursuite revêt l'autorité de la chose jugée. Son paragraphe 84 alinéa 1^{er} prévoit en effet que « lorsque la condamnation pécuniaire a acquis l'autorité de la chose jugée (*materielle Rechtskraft*) (...), le même fait ne peut plus être appréhendé comme infraction administrative »⁴⁶⁸. L'on assiste ici à une

⁴⁶⁵ L'autorité administrative matériellement compétente est celle que désigne la loi ou, à défaut, la plus haute autorité régionale compétente dans le domaine de l'infraction en cause ou, à défaut, le ministre fédéral compétent.

⁴⁶⁶ L'autorité géographiquement compétente est l'autorité du lieu de commission ou de découverte de l'infraction ou le lieu de résidence de l'auteur de l'infraction.

⁴⁶⁷ En cas d'infractions connexes, pour lesquelles plusieurs autorités administratives sont territorialement compétentes, toutes les autorités administratives compétentes pour l'une des infractions connexes sont compétentes pour l'ensemble des infractions reliées par la connexité.

⁴⁶⁸ En principe, ce fait ne peut pas davantage être poursuivi à nouveau sous une qualification pénale. En effet, dans les cas de concours de qualifications entre une infraction pénale et une infraction administrative, la loi organise le regroupement du travail de qualification et de poursuite dans les mains d'une autorité unique : en application des § 40 et s. de la loi, lorsque qu'un cas de concours de qualifications se présente, le dossier doit être d'emblée transmis dans son ensemble au Parquet et éventuellement renvoyé à l'autorité administrative compétente si le procureur n'engage pas de procédure pénale.

véritable transposition à la matière administrative du principe de procédure pénale selon lequel l'autorité de la chose jugée a pour effet d'empêcher le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits. Au fond, cela n'est pas très surprenant, étant donné que de nombreuses règles pénales ont été reprises pour les infractions administratives, dont il ne faut pas oublier qu'elle englobent les anciennes contraventions.

En étendant l'application du principe de l'autorité de la chose jugée au cas de décisions rendues non par un juge, mais par une autorité administrative, le droit allemand parvient donc à empêcher que la pluralité d'autorités administratives susceptibles de réprimer les faits ne provoque la multiplication des poursuites. Ainsi, si des auteurs expliquent qu'en application des principes généraux de l'Etat de droit, l'esprit de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale souffle sur le droit des infractions administratives bien que ce dernier ne lui soit pas directement applicable⁴⁶⁹, c'est bien sur le principe de l'autorité de la chose jugée que le législateur s'est fondé pour étendre l'interdiction du cumul des poursuites à la répression administrative.

214. En second lieu, la loi sur les infractions administratives s'efforce d'obtenir qu'une seule poursuite soit exercée pour le même fait matériel lorsque celui-ci constitue à la fois une infraction administrative et une infraction pénale. D'une part, le paragraphe 40 OWiG prévoit que le ministère public, auquel il revient en temps normal de poursuivre les infractions pénales, est en principe compétent pour poursuivre un fait matériel sous une qualification de nature administrative. Ainsi, il est possible qu'une seule et même autorité envisage l'affaire sous toutes ses qualifications juridiques. D'autre part, selon le paragraphe 41 OWiG, l'autorité administrative saisie de l'affaire doit transmettre le dossier au ministère public s'il existe des éléments permettant de penser que le fait constitue une infraction pénale. Si le ministère public n'engage pas de procédure pénale, il est tenu de renvoyer l'affaire à l'administration initialement compétente (§ 43 OWiG). Ce système permet une répartition rigoureuse des compétences destinée à éviter en amont les conflits positifs de compétence entre les autorités pénale et administrative de poursuite.

⁴⁶⁹ Déc. du 9 nov. 1976, *BVerfGE* vol. n° 43, p. 101 et s., spéc. p. 105 ; E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, n° 289 ; E. GÖHLER, P. KÖNIG et H. SEITZ, « § 84 », *Kurzkommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, C.H. Beck, 2002, n° 1 (p. 884). *Contra* B. PIEROTH, « Art. 103 al. 3 » in *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Kommentar), dir. B. Pieroth et H.-D. Jarass, München, C.H. Beck, 2002, n° 59. Un auteur estime même que la réglementation prévue au § 84 OWiG est superflue car il serait, d'après lui, possible de fonder sur les « principes généraux » et sur l'art. 103 al. 3 GG pour connaître l'étendue de l'application de l'autorité de la chose jugée, J. STEINDORF, « § 84 », in *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, précité, n° 1, p. 1213.

S'y ajoute l'interdiction de poursuivre à nouveau des faits matériels ayant donné lieu à une décision revêtant l'autorité de la chose jugée, quelle que soit la nature des deux poursuites. Le paragraphe 84 OWiG prévoit que lorsqu'un tribunal a statué sur un fait matériel en tant qu'infraction administrative ou pénale par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée, ce fait ne peut plus être poursuivi ni en tant qu'infraction administrative (alinéa 1) ni en tant qu'infraction pénale (alinéa 2). Afin de parfaire ce mécanisme, la loi prévoit que l'interdiction d'engager des poursuites sévit également lorsque le fait a été jugé par un tribunal par ordonnance⁴⁷⁰ ou par une juridiction d'appel (§ 84 alinéa 2, 2^{ème} phrase OWiG).

215. Ainsi, le seul cas de cumul entre une poursuite administrative et une poursuite pénale qui n'est pas expressément prohibé par le paragraphe 84 OWiG est celui dans lequel une poursuite pénale serait exercée après qu'une autorité administrative a infligé une sanction pécuniaire pour le même fait matériel. Certes, si la loi est appliquée comme il se doit, ce cas de figure ne peut pas se rencontrer en pratique puisqu'aux termes du paragraphe 41, une autorité administrative *doit* transmettre le dossier au parquet s'il existe des éléments permettant de penser que le fait constitue une infraction pénale. Néanmoins, la « soupape de sécurité » que constituerait la règle *ne bis in idem* pour le cas où l'affaire n'aurait pas été transmise au ministère public n'existe pas. Le paragraphe 86 alinéa 1^{er} OWiG prévoit simplement qu'au cas où l'individu concerné par une sanction pécuniaire serait condamné postérieurement pour les mêmes faits au terme d'une procédure pénale, la sanction pécuniaire doit être annulée. Il en va de même lorsque la procédure pénale ne débouche pas sur une condamnation, mais aboutit « *à des constatations qui contredisent le prononcé de la sanction pécuniaire* ».

L'on observe donc que, dans ce cas qui présente la particularité de mettre en jeu des poursuites exercées par des autorités répressives différentes, l'interdiction du cumul des poursuites n'est pas applicable. Ce constat est important pour notre recherche, car nous retrouverons le même phénomène lors de l'étude du droit français⁴⁷¹. Or, l'on peut se demander si le maintien à l'écart de la règle *ne bis in idem* dans cette hypothèse n'est pas lié au fait que l'élargissement de son applicabilité est réalisée par le biais de l'extension de l'application du principe de l'autorité de la chose jugée à la répression administrative. L'on sait que la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée est de protéger le crédit du juge

⁴⁷⁰ C'est-à-dire au terme d'une procédure écrite, sans audience.

⁴⁷¹ Voir *infra*, p. 202.

et de la justice en général⁴⁷². Or, lorsque deux autorités répressives exerçant une compétence matérielle différente – c'est le cas pour une autorité répressive administrative et une juridiction pénale – appréhendent les mêmes faits, elles le font nécessairement sous l'angle de dispositions juridiques différentes. Par conséquent, elles ne risquent guère de se contredire l'une l'autre. Or, la contradiction entre autorités répressives à propos d'une même affaire est sans doute l'hypothèse discréditant le plus fortement la justice répressive dans sa capacité à remplir sa mission. En somme, la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée apparaît comme inutile entre deux autorités répressives exerçant des compétences matérielles différentes⁴⁷³.

L'observation du droit positif à travers le prisme de la fonction protectrice du crédit du juge du principe de l'autorité de la chose jugée permet également de comprendre pourquoi le législateur prend la précaution, lorsque le principe ne s'applique pas, de prévoir une solution pour le cas où une contradiction entre les décisions des différentes autorités répressives apparaîtrait malgré tout : la règle de l'annulation de la décision administrative au cas où l'autorité pénale aboutirait « *à des constatations qui contredisent le prononcé de la sanction pécuniaire* » du paragraphe 86 alinéa 1^{er} OWiG reçoit ici une justification toute particulière.

216. Par ailleurs, il faut mentionner que les prévisions du paragraphe 84 OWiG sont assorties d'une exception significative prévue au paragraphe 85 alinéa 3. Aux termes de cette disposition, « *la réouverture de la procédure en défaveur de l'intéressé en application du paragraphe 362 StPO n'est permise que dans le but de la condamnation en application d'une loi pénale. Dans ce but, elle est également permise quand des faits nouveaux ou des charges nouvelles sont versés au dossier et sont susceptibles, seuls ou en liaison avec les autres preuves prédéjà rapportées, d'entraîner la condamnation de l'intéressé pour la commission d'un crime* ».

La possibilité de rouvrir la procédure pour des charges nouvelles attire plus particulièrement notre attention, car elle est une source importante d'insécurité juridique. Elle montre également que l'extension de l'application de la règle *ne bis in idem* en matière de répression administrative n'est pas complète. Là encore, peut-être le fait que cette extension résulte de la projection du principe de l'autorité de la chose jugée à la répression administrative n'y est-il

⁴⁷² Voir *supra*, p. 111.

⁴⁷³ Nous reviendrons plus en détails sur cette réflexion après avoir étudié le droit positif français, qui est plus net encore en ce sens, voir *infra*, p. 216.

pas indifférent. En effet, lorsque des charges nouvelles apparaissent, par hypothèse, la première autorité qui s'est prononcée ne les connaissait pas. Il ne nuit donc nullement à son crédit qu'il soit postérieurement statué sur ces preuves⁴⁷⁴.

217. Avant d'achever l'étude de l'extension de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* au-delà du droit pénal, il faut préciser que dans le domaine de la répression disciplinaire, la règle reste inapplicable. En effet, il n'existe pas, comme pour la répression administrative, de loi unifiant le régime de la répression. Le législateur est certes intervenu ponctuellement pour réglementer certaines procédures disciplinaires⁴⁷⁵, mais force est de constater qu'il s'est abstenu d'étendre le principe de l'autorité de la chose jugée à cette matière comme il s'y est appliqué pour le domaine des infractions administratives.

218. Ainsi, le cumul de plusieurs procédures disciplinaires pour les mêmes faits est en principe possible. En effet, lorsqu'il se saisit de la question, le législateur n'exclut pas catégoriquement ce cumul, préférant en aménager les conséquences⁴⁷⁶. Quant à la Cour constitutionnelle, elle en reste à une interprétation littérale de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale, qui ne vise que la répression pénale⁴⁷⁷.

219. En ce qui concerne le cumul d'une poursuite pénale et d'une poursuite disciplinaire, le législateur ne s'est pas départi de l'idée selon laquelle les procédures pénales et disciplinaires poursuivent des objectifs différents⁴⁷⁸. Elles peuvent être appliquées parallèlement aux mêmes faits en tout conformité avec l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale, comme en juge la Cour constitutionnelle⁴⁷⁹. Seul le prononcé de sanctions disciplinaires après une sanction

⁴⁷⁴ Nous reviendrons plus en détails sur cette question dans le chapitre suivant, voir *infra*, p. 273.

⁴⁷⁵ Voir notamment la loi fédérale disciplinaire (*Bundesdisziplinalggesetz*) du 9 juil. 2001, applicable aux fonctionnaires, *Bundesgesetzblatt* I, p. 1510.

⁴⁷⁶ Voir par exemple le § 35 de la loi fédérale disciplinaire.

⁴⁷⁷ La décision la plus nette en ce sens est celle du 26 mai 1970, *BVerfGE* vol. n° 28, p. 264 et s., spéc. p. 276 et s. La jurisprudence est constante depuis cet arrêt.

⁴⁷⁸ H.-J. BAUSCHKE et A. WEBER, « § 14 » in *Bundesdisziplinalggesetz Kommentar*, Stuttgart, Kohlhammer, 2003, n° 2, p. 137 ; E. SCHMIDT-ABMANN, *op. cit.*, n° 288. Pour une approche critique, voir G. DÜRIG, *op. cit.*, n° 128 et G. NOLTE, *op. cit.*, n° 212 et 213.

⁴⁷⁹ Ce principe est bien établi depuis la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 2 mai 1967, voir *supra*, 459. Pour un exemple particulièrement net, voir la décision du 4 avr. 1984, *BVerfGE* vol. n° 66, p. 337 et s., spéc. p. 356 et s.

pénale qui heurterait le principe de proportionnalité est exclu⁴⁸⁰. En revanche, une procédure pénale est toujours possible après une procédure disciplinaire.

En somme, si la règle *ne bis in idem* est applicable au-delà du droit pénal en Allemagne, cela ne concerne pas la répression disciplinaire. Voyons à présent ce qu'il en est dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

2. L'applicabilité au sein de la « matière pénale » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

220. Aux termes de l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* »⁴⁸¹. Le terme « *pénalement* » figurant dans le premier fragment de la phrase n'est pas anodin. Il est de ceux qui démarquent la stipulation européenne de l'article 14-7 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966, dont l'article 4 du Protocole n° 7 est largement inspiré et qui prévoit simplement que « *nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* ». En complément à l'insertion du terme « *pénalement* » dans la stipulation européenne, certains Etats estimèrent utile de formuler des réserves à l'application du Protocole n° 7 – adopté le 22 novembre 1984 – lors du dépôt de leur instrument de ratification. Ainsi, l'Autriche et la France précisèrent que seules les poursuites qualifiées de pénales dans leur ordre juridique seraient concernées par l'interdiction de cumul⁴⁸². Cette prudence doit être replacée dans son contexte. L'arrêt

⁴⁸⁰ Voir par exemple le § 14 de la loi fédérale disciplinaire.

⁴⁸¹ C'est nous qui soulignons.

⁴⁸² Aux termes de la déclaration autrichienne, « *les articles 3 et 4 [du protocole n° 7] se réfèrent uniquement aux procédures pénales dans le sens du Code pénal autrichien* », tandis que la réserve française est formulée dans les termes suivants : « *Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole* ». On pourrait également citer les réserves de l'Allemagne et de l'Italie. La déclaration allemande stipule que « *par „infraction pénale“ et „infraction“ aux articles 2 à 4 du présent Protocole, la République fédérale d'Allemagne ne comprend que les actes qui sont des infractions pénales selon son droit* » mais elle est d'importance toute relative étant donné que l'Allemagne n'a pas ratifié le protocole n° 7. Enfin, pour l'Italie : « *La République italienne déclare que les articles 2 à 4 du présent Protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne* ».

Oztürk⁴⁸³, dans lequel la Cour européenne condamna l'Allemagne pour avoir violé l'article 6 de la Convention, applicable aux accusations « *en matière pénale* », dans le cadre d'une procédure expressément qualifiée par le droit allemand d'administrative, venait d'être rendu quelques mois auparavant.

La Cour européenne des droits de l'Homme pouvait-elle s'affranchir non seulement des termes précis de l'article 4 du Protocole n° 7, désignant expressément le droit pénal comme domaine d'application de la règle *ne bis in idem*, mais encore des réserves étatiques précisant avec insistance que ce domaine ne pouvait être élargi aux poursuites répressives d'une autre nature ?

221. Elle le fit sans hésiter dès sa première confrontation à la question, dans l'arrêt Gradinger contre Autriche du 23 octobre 1995. Dans cette affaire, le requérant avait provoqué un accident de la circulation après avoir consommé de l'alcool et causé la mort d'un cycliste. Il fit l'objet d'une première poursuite au terme de laquelle il fut condamné pour homicide par imprudence (article 80 du code pénal autrichien) mais le tribunal ne retint pas la peine aggravée prévue par l'article 81 § 2 du code pénal concernant l'infraction d'homicide par imprudence commis sous l'effet de l'alcool. En effet, selon les juges, le taux d'alcoolémie de M. Gradinger n'était pas suffisant pour entraîner l'application de cette disposition (la prise de sang avait révélé un taux de 0,8 g/l au moment du prélèvement). Deux mois plus tard, une nouvelle poursuite fut engagée contre lui, aboutissant à sa condamnation par l'administration du district pour conduite en état d'ébriété en vertu des articles 5 §1 et 99 § 1 a) du Code de la route. En effet, selon une expertise, compte tenu de la période séparant la collision de la prise de sang, le taux d'alcoolémie de l'intéressé au moment de l'accident devait avoir atteint 0,95 g/l au minimum.

Les juges de Strasbourg conclurent à l'unanimité à la violation de l'article 4 du Protocole n° 7 à l'issue d'un raisonnement en deux temps. Ils statuèrent, en premier lieu, sur l'incidence de la réserve formulée par l'Autriche, selon laquelle « *les articles 3 et 4 [du Protocole n° 7] se réfèrent uniquement aux procédures pénales au sens du Code pénal autrichien* ». Ils écartèrent l'application de cette réserve en excipant de sa non conformité aux exigences de l'article 64 qui dispose, d'une part, que « *les réserves de caractère général ne sont pas autorisées* » et, d'autre part, que « *toute réserve émise conformément au présent article*

⁴⁸³ Arrêt Oztürk c. Allemagne, 21 fév. 1984, série A, n° 73.

comporte un bref exposé de la loi en cause ». Dans la réserve autrichienne, aucun exposé n'était annexé. Il était certes renvoyé au code de procédure pénale, mais la Cour jugea dans des termes très clairs que cette vague référence ne pouvait suffire au regard de l'article 64 § 2 : « *munie d'une telle désignation, non exhaustive, la déclaration n'offre pas à un degré suffisant la garantie qu'elle ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'Autriche. Par conséquent, elle méconnaît l'article 64 § 2* »⁴⁸⁴.

En second lieu, les juges se prononcèrent sur l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7 à un cas de cumul d'une poursuite pénale et d'une poursuite administrative pour les mêmes faits. Pris à la lettre, l'article 4 n'est pas applicable aux poursuites qui ne relèvent pas de la procédure pénale. En effet, au-delà du terme « *pénalement* » sur lequel nous avons insisté plus haut, l'article 4 prohibe le renouvellement des poursuites « *en raison d'une infraction pour laquelle [l'individu] a été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* »⁴⁸⁵.

Toutefois, la Cour européenne ayant fait de la « *matière pénale* » de l'article 6 de la Convention une notion autonome⁴⁸⁶ couvrant un domaine nettement plus vaste que celui du droit pénal traditionnel, l'on pouvait s'attendre à ce qu'elle s'inspire de sa propre jurisprudence pour englober dans le champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7 les procédures administratives. Elle ne le fit qu'implicitement. Sans même évoquer la question de l'applicabilité de l'article 4 au cumul de poursuites dont avait fait l'objet M. Gradinger, elle se consacra directement à son application : « *La Cour n'ignore pas que les dispositions en cause se distinguent non seulement sur le plan de l'appellation des infractions mais aussi sur celui, plus fondamental, de leur nature et de leur but. Elle relève en outre que l'infraction punie par l'article 5 du code de la route ne présente qu'un aspect du délit sanctionné par l'article 81 § 2 du code pénal. Néanmoins, les deux décisions litigieuses se fondent sur le même comportement. Partant, il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 7* »⁴⁸⁷.

Très protectrice de la sécurité juridique du justiciable face à la multiplication des poursuites répressives pour les mêmes faits, cette jurisprudence prenant, il est vrai, quelque liberté avec la lettre de l'article 4 risquait de provoquer de grands remous dans les droits nationaux. Elle

⁴⁸⁴ § 51 de l'arrêt.

⁴⁸⁵ C'est nous qui soulignons.

⁴⁸⁶ Sur les notions autonomes développées par la Cour européenne des droits de l'homme, voir F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2003, p. 32 et s.

⁴⁸⁷ § 55 de l'arrêt.

obligeait en effet à repenser l'articulation des systèmes répressifs pénaux et extra-pénaux entre eux, imposant leur mise en œuvre alternative⁴⁸⁸.

222. Dans la deuxième grande affaire relative à la règle *ne bis in idem* dont connut la Cour, l'affaire Oliveira contre Suisse⁴⁸⁹, les deux poursuites engagées successivement étaient l'une comme l'autre de nature pénale⁴⁹⁰. La question de l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7 hors du domaine du droit pénal n'était donc pas à l'ordre du jour.

223. Par la suite, la Cour fut amenée à statuer sur la recevabilité de différentes requêtes relatives à des cumuls de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits. La première d'entre elles fut présentée par MM. Ponsetti et Chesnel contre la France⁴⁹¹ et déférée à la troisième section de la Cour.

Les requérants n'avaient pas déclaré leurs impôts régulièrement et firent l'objet de contrôles fiscaux. Dans un premier temps, des pénalités fiscales leur furent infligées par l'administration fiscale en application de l'article 1728 du Code général des impôts (majoration de 10, 40 ou 80 % pour omission de déclaration dans les délais impartis). Puis, dans un second temps, ils furent condamnés pénalement par les juridictions judiciaires pour avoir contrevenu à l'article 1741 du même Code réprimant la fraude fiscale à des peines d'emprisonnement avec sursis et d'amende.

Plusieurs arguments furent avancés par le Gouvernement en faveur de l'irrecevabilité de la requête. Il argua, d'une part, de la limitation de l'applicabilité de l'article 4 Protocole n° 7 aux seules poursuites qualifiées de pénales en droit interne, citant à l'appui le rapport explicatif relatif au Protocole n° 7⁴⁹² et, subsidiairement, la réserve émise par la France sur les articles 2

⁴⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, p. 154 et s.

⁴⁸⁹ Arrêt Oliveira c. Suisse, 30 juil. 1998.

⁴⁹⁰ Les faits avaient d'abord été poursuivis pour l'infraction pénale de défaut de maîtrise du véhicule en raison de la non adaptation de la vitesse aux conditions de circulation (art. 31 et 32 de la loi sur la circulation routière) puis pour lésions corporelles par négligence (art. 125 du Code pénal).

⁴⁹¹ Décision du 14 sept. 1999 sur la recevabilité des requêtes n° 36855/97 (Ponsetti) et n° 41731/98 (Chesnel) dirigées contre la France.

⁴⁹² Le rapport précise en son point 28 : « *il n'est pas apparu nécessaire de qualifier (...) l'infraction de „pénale“. En effet, le libellé de l'article 4, qui contient déjà les termes „pénalement“ et „procédure pénale“, rend cette précision inutile dans le texte même de l'article* ». En outre, au point 32 du rapport, il est indiqué : « *L'article 4 ne s'applique qu'au jugement et à la condamnation d'une personne dans le cadre d'un procès pénal. Il n'empêche donc pas que cette personne fasse, pour le même acte, l'objet de poursuites pénales et d'une action d'un caractère différent (par exemple d'une procédure disciplinaire, dans le cadre d'un fonctionnaire)* » (<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/117.htm>).

à 4 du Protocole⁴⁹³. D'autre part, le Gouvernement fit valoir que les deux infractions en cause étaient différentes de par leurs éléments constitutifs. Par conséquent, les requérants ne pouvaient prétendre avoir été poursuivis et sanctionnés « *en raison d'une infraction pour laquelle [ils avaient] déjà été acquitté[s] ou condamné[s]* » comme le prohibe l'article 4⁴⁹⁴.

La Cour décida que la requête était manifestement mal fondée sur la seule constatation que les articles 1728 et 1741 du Code général des impôts constituent des infractions différentes quant à leurs éléments constitutifs, en particulier en raison de l'intention de l'agent requise par l'infraction pénale tandis qu'elle n'est pas nécessaire pour caractériser l'infraction administrative. Elle n'aborda ni la question de l'éventuelle limitation du champ d'application de l'article 4 aux poursuites pénales, ni celle de la validité de la réserve française.

De cette décision, on peut déduire que la Cour considère que l'article 4 du Protocole n° 7 est applicable à l'hypothèse du cumul d'une poursuite administrative et d'une poursuite pénale pour les mêmes faits. En effet, dans le cas contraire, elle n'en serait pas arrivée au stade de la comparaison entre les deux infractions en cause pour savoir si celles-ci étaient identiques ou non. D'ailleurs, si les juges avaient voulu s'opposer à l'applicabilité de l'article 4 au-delà des poursuites qualifiées pénales par les droits nationaux – et remettre ainsi en question la jurisprudence Gradinger de 1995 –, ils étaient en présence d'une occasion idéale pour le faire. Or, ils ne la saisirent pas. En réalité, par leur silence, ils entérinèrent simplement la solution de la jurisprudence Gradinger. Certes, on peut se demander pourquoi ils n'affirmèrent pas clairement l'irrecevabilité de l'argument du Gouvernement relatif à l'inapplicabilité de l'article 4 aux procédures administratives. De même, il est étonnant qu'ils se soient abstenus de se prononcer sur la réserve française, dont l'invalidité paraissait pourtant évidente⁴⁹⁵. Simple négligence de leur part ou souci de se réserver la possibilité d'infléchir la jurisprudence de 1995 ?

224. Depuis les décisions Freunberger contre Autriche du 8 février 2000⁴⁹⁶ et Edelmayer contre Autriche du 21 mars 2000⁴⁹⁷, le doute quant à la position de la troisième section de la

⁴⁹³ Le texte de la réserve est le suivant : « *Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole* ».

⁴⁹⁴ § 3 de la décision.

⁴⁹⁵ Au vu de la jurisprudence Gradinger, il est certain que la réserve française, qui ne renvoie même pas à un texte général comme le fait la réserve autrichienne, n'est pas conforme à l'art. 64 de la Convention. Si la Cour de Strasbourg était amenée à se prononcer sur la réserve française, il est plus que probable qu'elle l'invaliderait aussi rapidement que la réserve autrichienne.

⁴⁹⁶ Requête n° 34186/96.

Cour n'est plus permis. Dans ces deux affaires, les requérants avaient été poursuivis et sanctionnés pour les mêmes faits une première fois sur le fondement d'une infraction administrative et une seconde fois pour avoir enfreint une disposition pénale. Les juges de la troisième section déclarèrent les deux requêtes recevables – mais elles ne furent pas examinées au fond en raison de leur radiation du rôle par une décision du 19 décembre 2000 suite à un accord entre les parties. La nature administrative de l'une des poursuites ne constitue donc pas un obstacle à la mise en œuvre de l'article 4 du Protocole n° 7.

225. Dans un premier temps cette position ne fit pas l'unanimité au sein de la Cour européenne des droits de l'Homme. Peu après les décisions Edelmayer et Freunberger contre Autriche, la deuxième section de la Cour fut amenée à se prononcer sur la recevabilité d'une requête tout à fait semblable à celles qui furent soumises à la troisième section. Il s'agit de l'affaire R.T. contre Suisse, tranchée le 30 mai 2000⁴⁹⁸. La deuxième section releva que les deux sanctions avaient été prononcées par des autorités différentes, l'une de nature pénale et l'autre de nature administrative. Elle estima qu'il ne pouvait donc être affirmé que des procédures *pénales* avaient été renouvelées en violation de l'article 4 du Protocole n° 7. Elle déclara la requête manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et, par conséquent, irrecevable.

226. De son côté, la troisième section réitéra sa position dans ses décisions sur la recevabilité des requêtes Hangl contre Autriche (20 mars 2001)⁴⁹⁹ et G.S. contre Autriche (10 mai 2001)⁵⁰⁰.

La décision Hangl contre Autriche est particulièrement intéressante car pour la première fois, les juges dévoilèrent, prudemment certes, la démarche empruntée pour résoudre la question de l'applicabilité de l'article 4. Comme dans l'affaire Gradinger, il s'agissait d'un accident de la circulation causé par le requérant alors qu'il était en état d'ivresse. L'accident provoqua des dommages physiques au passager de M. Hangl. L'engagement de la première poursuite, de nature pénale, déboucha sur la condamnation du requérant à une amende de 3000 Schilling autrichiens pour excès de vitesse. La seconde poursuite, administrative, aboutit quant à elle au retrait temporaire du permis de conduire, imposé au requérant pendant deux semaines pour avoir dépassé de plus de 40 km/h la limite de vitesse. La troisième section de la Cour examina

⁴⁹⁷ Requête n° 33979/96.

⁴⁹⁸ Requête n° 31982/96.

⁴⁹⁹ Requête n° 38716/97.

⁵⁰⁰ Requête n° 38237/97.

« si les poursuites pour le retrait temporaire du permis de conduire du requérant constituaient des poursuites pénales au sens de l'article 4 du Protocole n° 7 ou de l'article 6 de la Convention »⁵⁰¹. La référence à l'article 6 vise incontestablement la notion de « matière pénale ». C'est donc en s'affranchissant des termes rigoureux de l'article 4 du Protocole n° 7 et en y substituant implicitement la notion de matière pénale que la troisième section a procédé pour trancher la question de l'applicabilité de l'article 4 du Protocole n° 7.

En l'espèce, la Cour estima que le retrait pour deux semaines du permis de conduire ne constituait qu'une mesure préventive prise dans le but d'assurer la sécurité des usagers de la route. Par conséquent, on ne pouvait considérer que le requérant avait été jugé ou puni deux fois pour une infraction au sens de l'article 4 du Protocole n° 7. Ainsi, la requête fut déclarée irrecevable car manifestement mal fondée. Néanmoins, cette décision confirme que la troisième section s'inspire de la jurisprudence de la Cour sur la matière pénale à appliquer l'article 4 aux situations de cumuls entre poursuites administratives et pénales.

227. Puis, la troisième section de la Cour eut l'occasion de statuer, au fond cette fois, sur un problème de cumul de poursuites administrative et pénale pour les mêmes faits, dans l'affaire Fischer contre Autriche qu'elle trancha par un arrêt du 29 mai 2001⁵⁰². Ayant pris le volant de son véhicule en état d'ivresse, M. Fischer heurta mortellement un cycliste. La similitude factuelle avec l'affaire Gradinger de 1995, une fois encore, est frappante. Pourtant, dans l'affaire Fischer, ce fut d'abord la poursuite administrative qui fut engagée en premier lieu. Elle aboutit à la condamnation du requérant à une amende de 22010 Schillings – ou 20 jours d'emprisonnement à défaut – pour s'être rendu coupable de la violation d'un certain nombre d'infractions routières, dont 9000 Schillings – ou 9 jours d'emprisonnement à défaut – pour avoir conduit en état d'ivresse. Peu après, M. Fischer fut condamné par la Cour régionale de St Pölten pour homicide involontaire « *commis après s'être intoxiqué lui-même (...) par la consommation d'alcool (...)* » à six mois d'emprisonnement par application de l'article 81 § 2 du Code pénal.

Sans lâcher un mot sur les raisons de l'applicabilité de l'article 4 Protocole 7 aux procédures en cause – là encore, la similitude avec l'arrêt Gradinger vaut d'être soulignée –, la troisième section de la Cour européenne des droits de l'homme conclut à l'unanimité à la violation de la

⁵⁰¹ C'est nous qui soulignons.

⁵⁰² Arrêt Franz Fischer c. Autriche du 29 mai 2001, requête n° 37950/97, *JDI* 2002, obs. BACHELET ; *RSC* 2003, p. 413-417 obs. MASSIAS.

disposition en cause. Elle confirma ensuite sa position dans deux arrêts dont les faits d'espèce étaient très proches de ceux de l'affaire Fischer⁵⁰³.

228. Depuis l'arrêt Fischer, la deuxième section semble vouloir se rallier à la position de la troisième section. Dans sa décision J.-R. Storck contre France du 9 septembre 2003⁵⁰⁴, elle constata l'irrecevabilité de la requête sans exciper de la nature non pénale des poursuites en cause, alors que celles-ci avaient été exercées par l'Administration fiscale. Elle se contenta de relever que les faits poursuivis successivement différaient dans leur matérialité.

Par ailleurs, la deuxième section se prononça le 28 septembre 2004 dans sa décision M. Maszni contre la Roumanie⁵⁰⁵ pour la recevabilité d'une requête dans laquelle étaient en jeu une poursuite pénale et le prononcé d'une sanction par la police pour les mêmes faits, alors que le Gouvernement défendeur l'invitait à s'en remettre à sa jurisprudence R. T. contre Suisse⁵⁰⁶.

229. Le nombre des affaires portées devant la Cour dans lesquelles une poursuite pénale et une poursuite disciplinaire sont effectuées pour les mêmes faits est beaucoup plus modeste que celui des affaires présentant des cas de redondance de répression pénale et administrative. Aussi la jurisprudence est-elle moins fournie à propos de la question de l'impact de l'article 4 du Protocole n° 7 sur les poursuites disciplinaires qu'à propos de son applicabilité aux poursuites administratives.

L'on peut néanmoins citer une décision intéressante rendue par la troisième section de la Cour le 21 novembre 2000 dans l'affaire Luksch contre Autriche⁵⁰⁷. Le requérant, M. Luksch, agent comptable, avait d'abord dû répondre d'une accusation pénale pour fraude aggravée, laquelle conduisit à sa condamnation, puis d'une mise en cause disciplinaire diligentée pour les mêmes faits par la Chambre des agents comptables. Il résulta de cette seconde poursuite une suspension du droit du requérant à exercer sa profession pendant un an, fondée sur la constatation que celui-ci avait porté atteinte à la réputation de la profession au sens de l'article 47 § 1 du règlement de la profession des agents comptables (*Wirtschaftsreuhänder-*

⁵⁰³ Arrêt W. F. c. Autriche, 30 mai 2002, requête n° 38275/97 ; arrêt Sailer c. Autriche, 6 juin 2002, requête n° 38237/97. Voir également les observations de F. MASSIAS à propos de l'arrêt Fischer c. Autriche, citées à la note précédente.

⁵⁰⁴ Requête n° 73804/01.

⁵⁰⁵ Requête n° 59892/00.

⁵⁰⁶ Voir *supra*, p. 189.

⁵⁰⁷ Requête n° 37075/97.

Berufordnung). La Cour considéra qu'« en application des critères établie par [sa] jurisprudence⁵⁰⁸, (...) l'article 47 de la *Wirtschaftsreuhänder-Berufordnung* ne tombe pas dans le domaine d'application de la matière pénale ; l'infraction en cause – atteinte à la réputation de la profession – est de nature disciplinaire, ainsi que les sanctions que le requérant encourait en vertu de l'article 48 de cette *Wirtschaftsreuhänder-Berufordnung*. Ainsi, la poursuite disciplinaire ne constituait pas une „accusation en matière pénale“ ». Cette décision confirme encore la détermination de la troisième section à utiliser la notion de « matière pénale » pour trancher la question de l'applicabilité de l'article 4 aux procédures exercées.

230. Le droit allemand et le droit européen des droits de l'homme fournissent donc deux exemples d'élargissement du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* par rapport au champ dans lequel elle est traditionnellement mise en œuvre, le droit pénal.

Toutefois, l'on observe que l'extension de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* s'opère différemment en Allemagne et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Une première différence consiste dans le fait que l'évolution est orchestrée par le législateur en Allemagne et par le juge dans le système européen de protection des droits de l'homme. Mais, plus intéressante, une deuxième différence se profile. En Allemagne, sous l'impulsion du législateur, certains pans du droit répressif sont rattachés au champ d'application de la règle *ne bis in idem* – la répression administrative –, tandis que d'autres en restent exclus – la répression disciplinaire. Le critère de la distinction réside dans la nature de la répression exercée. La méthode de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est tout autre. C'est l'intensité du caractère répressif de la mesure qui permet de la considérer comme relevant de la « matière pénale », donc par ricochet de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem*. Enfin, une troisième différence doit être relevée. En Allemagne, où l'extension du champ d'application de la règle passe par l'extension de celui du principe de l'autorité de la chose jugée, l'applicabilité de la règle au-delà du droit pénal connaît des exceptions. Ainsi, dans certains cas, une poursuite pénale reste possible après une poursuite administrative pour les mêmes faits (§ 84 al. 1^{er} OWiG). De même que, de façon générale, une nouvelle poursuite est toujours recevable après une poursuite administrative en présence de charges nouvelles (§ 85 al. 3 OWiG).

⁵⁰⁸ La Cour renvoie à son arrêt *Ravnsborg c. Suède* du 23 mars 1994, Série A n° 238-B, points 47-63.

Quoi qu'il en soit, en Allemagne comme dans le système européen de protection des droits de l'homme, la sécurité juridique – individuelle et collective – se voit garantie au-delà des frontières du droit pénal, c'est-à-dire dans un champ matériel rejoignant, à des degrés différents, le champ utile d'application de la règle *ne bis in idem*. En contraste, le champ effectif d'application de la règle *ne bis in idem* en droit français paraît bien étroit et, du même coup, très éloigné de son champ utile d'application. L'étude qui va suivre tentera de montrer que le champ effectif d'application de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits en droit français est, en réalité, limité au domaine de compétence de l'autorité répressive qui a statué la première sur les faits matériels en cause.

§ 2 *Le champ effectif d'application de la règle ne bis in idem en droit français*

231. L'application de la règle *ne bis in idem* en France n'est pas gouvernée par un texte la consacrant pour l'ensemble des poursuites pénales, tel l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande. En effet, ni le bloc de constitutionnalité ni le Code de procédure pénale ne contiennent d'interdiction générale du cumul des poursuites pour les mêmes faits même sous une qualification différente – la seule qui garantisse véritablement la sécurité juridique⁵⁰⁹. La règle *ne bis in idem* est certes consacrée à l'article 368 du Code de procédure pénale, mais celui-ci n'est applicable qu'à l'issue d'une décision définitive rendue par une cour d'assises.

En son article 6, le Code de procédure pénale prévoit bien que l'action publique est éteinte par la chose jugée, quelle que soit la nature de la juridiction qui a rendu la décision définitive. Mais l'objectif de notre recherche étant précisément de montrer que le cantonnement de l'interdiction du cumul des poursuites aux cas d'application du principe de l'autorité de la chose jugée ne permet pas une mise en œuvre satisfaisante de la règle *ne bis in idem* – c'est-à-dire une mise en œuvre permettant de garantir la sécurité juridique –, nous ne pouvons logiquement nous fonder sur l'article 6 qui consacre l'autorité de la chose jugée en matière pénale, pour étudier le champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem*. Au contraire, il faut observer méticuleusement la jurisprudence pour identifier le champ dans lequel la règle *ne bis in idem* trouve application dans sa conception pure, c'est-à-dire telle qu'elle est

⁵⁰⁹ Voir *supra*, p. 116 et p. 158.

exprimée à l'article 368 du Code de procédure pénale, prohibant le cumul des poursuites pour les mêmes faits « *même sous une qualification différente* ».

232. En l'absence d'une disposition légale consacrant la règle *ne bis in idem* dans ces termes de façon générale, le champ matériel d'application de cette dernière est particulièrement étroit (A). Or, parce que cette étroitesse est cohérente avec la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée, elle semble trouver son origine dans le recours à ce principe pour l'application de la règle *ne bis in idem* (B).

A. L'étroitesse du champ d'application de la règle *ne bis in idem* en droit français

233. Si l'on avait à parier sur les manifestations de l'étroitesse du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem*, l'on s'avancerait volontiers à dire que, comme la plupart des garanties du procès pénal, la règle s'applique généreusement dans le domaine traditionnel d'exercice de la répression qui est le droit pénal ; mais qu'en revanche, elle peine à s'appliquer dans les formes extra-pénales de répression. C'est, du reste, le constat que l'on peut tirer de l'observation du droit allemand. En France, la réalité est plus complexe.

Une chose est sûre. Grâce à l'article 368 du Code de procédure pénale, lorsque des faits matériels ont été portés devant la cour d'assises et que celle-ci s'est définitivement prononcée, ils ne peuvent plus être poursuivis à nouveau sous une autre qualification pénale, qu'elle soit criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle (1).

Pour le cas de faits matériels ayant fait l'objet d'une première décision répressive d'une autre nature – correctionnelle, contraventionnelle ou extra-pénale –, la question de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* est plus subtile. L'examen de la jurisprudence conduit néanmoins à formuler le postulat suivant : plutôt que la distinction courante entre répression pénale et répression extra-pénale, il semble que ce soit la distinction entre, d'une part, le cas de plusieurs poursuites effectuées pour les mêmes faits devant des autorités répressives exerçant la même compétence matérielle – pénale ou extra-pénale – (2) et, d'autre part, le cas opposé de plusieurs poursuites mises en œuvre devant des autorités exerçant des compétences répressives matériellement différentes (3), qui permette de refléter la réalité du droit positif.

1. L'applicabilité après un arrêt rendu par une cour d'assises

234. Aux termes de l'article 368 du Code de procédure pénale, « aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente »⁵¹⁰.

Le texte de la disposition donne deux indications permettant d'identifier son champ d'application. La première porte sur la décision issue de la première poursuite. Comme le révèle l'utilisation du terme « acquittée », cette décision doit avoir été rendue par une cour d'assises – la jurisprudence considère que la règle *ne bis in idem* est également applicable en cas de condamnation⁵¹¹.

La seconde indication ressort des termes « reprise ou accusée à raison des mêmes faits ». Il faut en déduire que le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits est prohibé à la fois devant la même ou une autre cour d'assises, et devant toute autre juridiction répressive connue du code de procédure pénale. Ainsi, le « repêchage en correctionnelle »⁵¹² de l'accusé qui a été acquitté aux assises, jadis couramment pratiqué⁵¹³, n'est plus d'actualité. Un bel exemple en est le célèbre arrêt Chevalot, rendu par la Cour de cassation le 20 mars 1956⁵¹⁴. M. Chevalot avait été acquitté par la Cour d'assises de l'Aisne des crimes d'homicide volontaire sur la personne de son fils et de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner. Puis, des poursuites correctionnelles furent intentées contre lui du chef du délit d'homicide involontaire, poursuites que la Cour d'appel d'Amiens jugea irrecevables dans un arrêt du 12 juillet 1954⁵¹⁵ pour violation de la règle *ne bis in idem*, à l'époque consacrée par l'article 359 du Code d'instruction criminelle. La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt.

235. Ainsi, en droit français, la règle *ne bis in idem* est applicable avec certitude lorsque la décision ayant mis fin à la première poursuite émane d'une cour d'assises, peu important la nature des nouvelles poursuites envisagées par la suite pour les mêmes faits tant que celles-ci restent de la compétence du code de procédure pénale, c'est-à-dire tant qu'elles sont de nature

⁵¹⁰ Sur l'historique de cette disposition, voir *infra*, p. 310.

⁵¹¹ Cass. crim. 8 oct. 1959, Bull. n° 418, *JCP* 1959.II.11324, note LARGUIER.

⁵¹² L. HUGUENEY, note sous Cass. crim. 20 fév. 1931, *Sirey* 1932, p. 273-274.

⁵¹³ Ch. réunies 25 nov. 1841, *Sirey* 1942.I.93 ; Cass. crim. 23 juil. 1863, et 29 août 1863, *Sirey* 1864.I.198 ; Ch. réunies 7 juil. 1875, *D.* 1876.I.47.

⁵¹⁴ Cass. crim. 20 mars 1956, *D.* 1957, J., p. 33-34, note HUGUENEY ; *JCP* 1956.II.9251.

⁵¹⁵ CA Amiens, 12 juil. 1954, *D.* 1955, J., p. 317-318, note HUGUENEY, *JCP* 1954.II.8384, note GRANIER.

pénale. De façon purement théorique, il serait intéressant de voir si, en cas de faits matériels constituant à la fois un crime et une infraction extra-pénale – hypothèse dont nous n’avons pas trouvé d’exemple en jurisprudence –, la règle *ne bis in idem* serait appliquée par l’autorité compétente pour la mise en œuvre de l’infraction extra-pénale. En l’état de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d’Etat⁵¹⁶, il est probable que le cumul des poursuites pour les mêmes faits serait pratiqué.

En l’absence d’une disposition similaire à l’article 368 du Code de procédure pénale pour les individus jugés par un tribunal correctionnel, un tribunal de police ou une autorité répressive extra-pénale, la question de l’applicabilité de la règle *ne bis in idem* dans ces cas de figure est beaucoup plus complexe. C’est ici qu’il nous semble pertinent de distinguer selon que la nouvelle poursuite envisagée pour les mêmes faits est effectuée devant la même autorité répressive, ou au contraire devant des autorités répressives différentes. Nous allons commencer par la première hypothèse, pour laquelle le principe semble être celui de l’applicabilité de la règle *ne bis in idem*.

2. L’applicabilité entre des poursuites soumises à des autorités exerçant la même compétence matérielle

236. L’objet des développements qui vont suivre est de montrer que, lorsque plusieurs poursuites répressives sont exercées, pour les mêmes faits matériels, successivement devant des autorités répressives exerçant la même compétence matérielle – le tribunal correctionnel étant compétent pour les délits, le tribunal de police pour les contraventions, les autorités administratives pour les infractions qui relèvent spécialement de leur compétence –, la règle *ne bis in idem* est applicable.

Certes, dans leur jurisprudence, la Cour de cassation et le Conseil d’Etat s’arrêtent à la question de l’applicabilité de la règle uniquement lorsque les deux poursuites relèvent d’une forme différente de répression, par exemple, une poursuite pénale et une poursuite administrative. En cas de renouvellement des poursuites devant la même autorité répressive, les deux juridictions suprêmes ne passent pas, dans leur raisonnement, par l’étape de l’applicabilité de la règle *ne bis in idem*. Elles se posent directement la question de son application. Cela étant, si la règle est appliquée, c’est-à-dire si le renouvellement des

⁵¹⁶ Voir *infra*, p. 203.

poursuites pour les mêmes faits matériels est exclu, cela n'atteste-t-il pas avec certitude qu'elle est applicable ?

C'est donc le constat selon lequel la règle *ne bis in idem* est très généralement appliquée lorsque la nouvelle poursuite est portée devant la même autorité, que celle-ci soit une juridiction appliquant le droit pénal (a) ou qu'elle intervienne dans une autre branche du droit répressif (b), qui nous permettra d'affirmer que son applicabilité est incontestée dès lors que le cumul envisagé se situe au sein du domaine de compétence d'une seule et même autorité répressive.

a. *L'applicabilité au sein du droit pénal*

237. La jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle l'exclusion de nouvelles poursuites pour les mêmes faits matériels devant la même juridiction pénale – devant le même tribunal exactement ou devant un tribunal exerçant la même compétence matérielle dans un autre ressort géographique – atteste de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* au sein du droit pénal. Ainsi, pour ce type de situations – il s'agit essentiellement de cas de renouvellement de poursuites devant le tribunal correctionnel⁵¹⁷ –, la jurisprudence semble avoir comblé l'inexistence d'une disposition similaire à l'article 368 du Code de procédure pénale pour les poursuites pénales ne relevant pas de la matière criminelle. En quelque sorte, elle a étendu l'application de l'article 368 aux hypothèses d'une première poursuite s'étant achevée par un jugement des tribunaux correctionnels ou de police. Le fragment de phrase de l'article 368 aux termes duquel la reprise de l'individu est exclue « *même sous une qualification différente* », qui donne à la règle *ne bis in idem* les moyens d'assurer ses fonctions de préservation de la sécurité juridique individuelle et collective, ne remontant qu'à 1958 – date d'entrée en vigueur du code de procédure pénale –, nous ne citerons à l'appui que des arrêts postérieurs à cette date⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Nous n'avons pu relever de jurisprudence confirmant ce constat pour la matière contraventionnelle, mais les dispositions applicables étant les mêmes que pour la matière correctionnelle (art. 6 CPP), il n'existe aucune raison pour que les juges statuent différemment.

⁵¹⁸ Avant 1958, l'état du droit quant à la question de savoir si l'interdiction du cumul des poursuites s'appliquait pour les mêmes faits matériels ou s'il était nécessaire, au-delà de la condition d'identité des faits, que la qualification juridique invoquée dans les différentes poursuites soit la même, était incertain. Certes, une loi du 25 nov. 1941 avait modifié la rédaction de l'art. 359 du Code d'instruction criminelle afin de permettre l'application de l'interdiction du renouvellement des poursuites même sous une autre qualification. Mais la jurisprudence est restée sourde à cette adaptation législative jusqu'à l'arrêt Chevalot, rendu par la Chambre criminelle le 20 mars 1956. Peu après, le Code de procédure pénale entérinait définitivement la jurisprudence Chevalot en précisant en

Le premier arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation ayant nettement condamné la tenue de nouvelles poursuites pour les mêmes faits matériels sous une autre qualification pénale devant la même juridiction répressive date du 8 octobre 1959⁵¹⁹. L'affaire dont était saisie la haute juridiction peut être résumée comme suit. Un individu ayant provoqué un accident par imprudence avait été condamné par le tribunal correctionnel pour coups et blessures involontaires. Par la suite, la victime décéda de ses blessures. Ses héritiers se constituèrent alors partie civile contre l'auteur de l'accident, argumentant qu'il s'était rendu coupable d'un homicide involontaire. Les faits matériels qui lui étaient reprochés étant les mêmes dans les deux poursuites⁵²⁰, la Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel qui avait retenu sa condamnation pour homicide involontaire, arguant expressément de la violation de la règle *ne bis in idem*. Il est intéressant de noter qu'elle mentionna dans son visa l'article 368 du Code de procédure pénale, pourtant réservé à la matière criminelle. Elle montra ainsi sa détermination à appliquer l'interdiction de poursuivre à nouveau des faits matériels « *même sous une qualification différente* » au-delà du cas d'une première poursuite s'étant achevée par un arrêt d'assises. De plus, la Haute juridiction introduisit un « chapeau » à sa décision, affirmant « qu'un même fait ne peut donner lieu à deux actions pénales distinctes ». Cette formule nettement détachée des termes de l'article 6, qui en réfèrent à l'autorité de la chose jugée, témoigne encore de la volonté de la Cour de s'appuyer sur l'interdiction de cumuler les poursuites pour les mêmes faits en tant que telle – comme c'est le cas dans l'article 368 – plutôt qu'en tant qu'effet de l'autorité de la chose jugée.

Cette solution semble avoir été bien accueillie par les juges du fond⁵²¹. Elle a également été confirmée par plusieurs arrêts récents de la Chambre criminelle, dont deux arrêts inédits rendus les 7 et 20 janvier 2004⁵²² et un arrêt du 19 janvier 2005 publié au bulletin⁵²³. Dans l'affaire ayant donné lieu à ce dernier arrêt, dont les faits étaient proches de ceux qui conduisirent à l'arrêt du 7 janvier 2004, un individu avait été relaxé par un jugement correctionnel devenu définitif du chef de harcèlement sexuel. Puis, il avait été cité directement par la victime devant la même juridiction pour agressions sexuelles aggravées, sans que les faits matériels invoqués à l'appui de cette seconde procédure différassent de ceux qui avaient

son article 368 qu'était exclue la reprise de l'individu déjà jugé pour les mêmes faits « *même sous une qualification différente* ». Pour plus de détails, voir *infra*, p. 310.

⁵¹⁹ Cass. crim. 8 oct. 1959, Bull. crim. n° 418 ; *Gaz. Pal.* 1959, 2^{ème} semestre, p. 323-324.

⁵²⁰ Le décès ultérieur de la victime n'est qu'une conséquence nouvelle des actes de l'auteur de l'infraction.

⁵²¹ TGI Bordeaux, 19 nov. 1959, *Gaz. Pal.* 1960, 1^{er} semestre, p. 146 ; CA Paris 26 mai 1965, *JCP* 1966.II.14725, note BOUZAT.

⁵²² Cass. crim. 7 janv. 2004, inédit, pourvoi n° 03-80681 ; Cass. crim. 20 janv. 2004, inédit, n° 03-84360.

⁵²³ Cass. crim. 19 janv. 2005, Bull. crim. n° 25, *RSC* 2005, p. 934-935, obs. RENUCCI.

fondé la première. La Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel qui avait condamné l'individu poursuivi pour atteintes sexuelles avec contrainte et surprise, mentionnant au visa tant l'article 4 alinéa 1^{er} du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'article 6 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale et précisant en tête de sa décision que, « *selon ces textes, l'action publique s'éteint par la chose jugée ; qu'un même fait ne peut donner lieu contre le même prévenu à deux actions pénales distinctes* ». Si l'argumentation juridique s'éloigne quelque peu de celle de l'arrêt du 8 octobre 1959 – mais en 1959, le Protocole n° 7 à la CEDH n'existait pas encore –, elle aboutit au même résultat : après un jugement définitif, les faits matériels ayant fait l'objet du jugement ne peuvent fonder une nouvelle action pénale sous une autre qualification devant la même juridiction ou devant une juridiction exerçant la même compétence matérielle.

238. Cependant, dans d'autres arrêts de la Cour de cassation, la règle *ne bis in idem* n'a pas été appliquée alors que les différentes poursuites en cause avaient été exercées devant la même juridiction pénale⁵²⁴. On pourrait donc penser qu'ils infirment notre analyse selon laquelle l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels est applicable dans cette situation. Mais une étude minutieuse de ces décisions montre qu'il n'en est rien. De fait, comme le soulignent MM. Merle et Vitu, les qualifications juridiques invoquées à l'appui des différentes poursuites exercées n'étaient pas fondées sur les mêmes faits matériels⁵²⁵. Ces derniers étaient donc nécessairement distincts d'une poursuite à l'autre, ce qui justifiait que la règle *ne bis in idem* ne s'appliquât pas.

Raisonnons à partir des faits ayant donné lieu à l'arrêt du 3 juin 1985. D'abord, il fut reproché au prévenu d'avoir émis de fausses factures. Par conséquent, dans la première poursuite, sa responsabilité fut recherchée pour faux, mais il fut relaxé. Par la suite, on le soupçonna d'avoir utilisé frauduleusement les factures qu'on avait d'abord prises pour fausses, afin de commettre une escroquerie. Le prévenu invoqua l'exception de chose jugée pour faire obstacle à la seconde poursuite. La Cour de cassation approuva cependant la Cour d'appel d'avoir écarté l'application de la règle *ne bis in idem*, dans la mesure où « *les faits sur lesquels étaient fondés la seconde poursuite pour escroquerie n'étaient pas identiques, dans leurs éléments tant légaux que matériels*⁵²⁶, à ceux qui avaient motivé la première poursuite

⁵²⁴ Cass. crim. 31 mai 1976, Bull. crim. n° 190, *Gaz. Pal.* 1976, 2^{ème} semestre, p. 778-779 ; Cass. crim. 21 juin 1978, Bull. crim. n° 207 ; 27 déc. 1984, Bull. crim. n° 404 ; 3 juin 1985, Bull. crim. n° 211 ; 2 avril 1990, Bull. crim. n° 141 ; 2 juin 1992, Bull. n° 215.

⁵²⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 894.

⁵²⁶ C'est nous qui soulignons.

du chef de faux ». Les juges du fond avaient en effet relevé que « *pour que la présentation des factures litigieuses puisse être analysée comme une manœuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie, il n'est pas nécessaire que ces documents soient reconnus comme étant des faux* ». Ils mettaient ainsi en évidence que les faits matériels qui avaient fondé la première poursuite – le fait d'avoir émis des fausses factures – n'avaient pas été réexaminés lors de la seconde poursuite. Ainsi, les deux poursuites n'avaient pas pour objet les mêmes faits matériels et la seconde pouvait être exercée sans entraîner la violation de la règle *ne bis in idem*. On peut certes déplorer dans cette jurisprudence une conception un peu étroite du « fait matériel ». De fait, les juges procèdent à un découpage élément de fait par élément de fait plutôt que d'envisager les divers éléments factuels formant un tout cohérent comme un ensemble à appréhender en une seule fois. Le raisonnement par ensemble factuel – pratiqué en Allemagne et préconisé par certains auteurs français⁵²⁷ – serait sans doute plus propice à la sécurité juridique. Nous y reviendrons plus loin⁵²⁸. Pour l'heure, il nous importe de noter que, dans cette décision, ce n'est pas la seule différence de qualification juridique qui a motivé la mise à l'écart de la règle *ne bis in idem*. Elle ne peut donc, pas plus que les autres arrêts mentionnés, infirmer les conclusions précédemment tirées selon lesquelles la règle *ne bis in idem* est applicable lorsque la nouvelle poursuite pour les mêmes faits matériels est engagée devant la même juridiction pénale.

Enfin, l'arrêt du 15 octobre 1963⁵²⁹, dans lequel la Cour de cassation admet une nouvelle poursuite pour les mêmes faits matériels devant une juridiction exerçant la même compétence, ne saurait non plus infirmer notre analyse. En effet, dans cette espèce, la première poursuite avait débouché sur une décision d'incompétence, qu'on ne saurait qualifier de décision répressive définitive.

Il ne fait donc guère de doute, en particulier depuis les arrêts des 7 et 20 janvier 2004 et du 19 janvier 2005, que la règle *ne bis in idem* est applicable sous sa forme garantissant la sécurité juridique – c'est-à-dire prohibant le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits même sous une qualification différente – dès lors que la nouvelle poursuite est portée devant une juridiction pénale exerçant la même compétence matérielle. Cette constatation se vérifie également en dehors du droit pénal.

⁵²⁷ Ainsi L. HUGUENEY, note Cass. Crim. 20 février 1931, *Sirey* 1932, 1^{ère} partie, p. 273.

⁵²⁸ Voir *infra*, p. 506.

⁵²⁹ Bull. crim. n° 281, *D.* 1964, J., p. 54.

b. *L'applicabilité au sein des autres branches du droit répressif*

239. En matière de répression extra-pénale, il n'existe pas en France de règles de procédure regroupées dans un ensemble comparable à la loi allemande sur les infractions administratives. La mise en œuvre de la répression est organisée de manière extrêmement disparate et le problème du cumul des poursuites pour les mêmes faits n'est pas réglé par les textes. Pourtant, il peut tout à fait advenir que plusieurs poursuites disciplinaires – ou plusieurs poursuites administratives n'ayant pas de vocation disciplinaire – soient engagées pour les mêmes faits matériels. La jurisprudence a donc dû trancher la question de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* au sein de ces formes de répression⁵³⁰.

240. Le problème du cumul de répression disciplinaire fut soumis au Conseil d'Etat dès 1958⁵³¹. Pour la même tentative d'escroquerie, un agent communal s'était vu infliger un blâme par le maire, qui avait ensuite prononcé sa révocation. Le Conseil d'Etat valida l'annulation par les premiers juges de l'arrêté de révocation, excipant d'un « *principe général du droit dont le respect s'imposait au maire même en l'absence d'un texte exprès* »⁵³², selon lequel un fait déjà sanctionné ne peut « *servir de base à une nouvelle sanction disciplinaire* ». Certes, le cumul des sanctions est ici mis en cause, et non celui des poursuites. Mais comme le pouvoir disciplinaire du maire s'exerce sans que la poursuite de l'infraction et le prononcé de la sanction soient séparés, la question du cumul des poursuites se confond avec celle du cumul des sanctions⁵³³. Il faut encore préciser que, dans cette affaire, le cumul de répression était l'œuvre d'une autorité unique⁵³⁴. Nous verrons par la suite que l'application de la règle *ne bis in idem* en droit disciplinaire se limite à ce cas de figure très particulier⁵³⁵.

241. La Cour de cassation a également été amenée à se prononcer sur le cumul de poursuites disciplinaires. Comme le Conseil d'Etat, la juridiction judiciaire suprême sanctionne le cumul de répression lorsque celui-ci émane de la même autorité. Ainsi, un employeur ne peut-il d'abord procéder à des avertissements écrits envers un employé puis, plus tard, en l'absence

⁵³⁰ L'on pourra également se rapporter aux analyses de J. MOURGEON, *op. cit.*, n^{os} 203 et s. (p. 298 et s.), G. DELLIS, *op. cit.*, n^o 348 et s. (p. 250 et s.) et M. DEGOFFE, *op. cit.*, n^o 112 (p. 78-79).

⁵³¹ CE 23 avril 1958, *Commune de Petit-Quevilly*, *AJDA* 1958 II, p. 383-384.

⁵³² C'est nous qui soulignons.

⁵³³ Ce serait différent si les sanctions n'étaient pas prononcées simultanément, car l'on pourrait analyser le cas comme un cumul de poursuites.

⁵³⁴ Pour un autre exemple, voir CE 15 juin 1960, *Sieur Stock*, *AJDA* 1960, p. 316-317.

⁵³⁵ Voir *infra*, p. 208.

de nouveaux griefs, prononcer son licenciement⁵³⁶. Mais, là encore, la condition d'identité d'autorité répressive dans les différentes poursuites en cause est primordiale⁵³⁷.

242. C'est encore la même logique qu'adopte la Cour de justice des communautés européennes face au cumul d'actions disciplinaires pour les mêmes faits pratiqué des fonctionnaires européens, ainsi qu'en témoigne l'arrêt Gutmann rendu le 15 mars 1967⁵³⁸. M. Gutmann, fonctionnaire de la Communauté européenne de l'énergie atomique, avait fait réparer un appareil photographique personnel et passé des communications téléphoniques privées aux frais de la Communauté. Il s'était d'abord vu infliger un blâme par la Commission, puis fut suspendu et muté au cours de l'année 1964. Enfin, par une décision des 20 et 21 janvier 1965, la Commission décida de poursuivre l'instruction « sur le terrain disciplinaire ». M. Gutmann excipa de la règle *ne bis in idem* pour demander l'annulation de cette dernière décision et le juge communautaire lui donna satisfaction.

243. En somme, l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* semble établie lorsque la même autorité répressive – ou une autorité répressive exerçant la même compétence matérielle – est saisie à plusieurs reprises pour statuer sur les faits, que cela découle d'une application combinée des articles 6 et 368 du Code de procédure pénale pour les poursuites pénales, ou que la jurisprudence en décide ainsi pour les autres poursuites répressives. En revanche, lorsque les différentes poursuites sont exercées tour à tour devant des autorités différentes, la règle *ne bis in idem* peine grandement à s'imposer.

3. L'inapplicabilité entre des poursuites soumises à des autorités exerçant des compétences matérielles différentes

244. Le renouvellement des poursuites devant une autorité répressive exerçant une compétence matérielle différente de l'autorité qui a connu des faits la première n'est généralement pas exclu. De fait, un problème d'applicabilité de la règle *ne bis in idem* surgit. Cela est particulièrement net à propos du cumul de poursuites de natures différentes, pénales et extra-pénales notamment, hypothèse dans laquelle les juridictions françaises affirment expressément l'inapplicabilité de la règle (a).

⁵³⁶ Cass. soc. 16 juin 1988, Bull. civ. V, n° 367 ; Cass. soc. 31 oct. 1989, Bull. civ. V, n° 629 ; Cass. soc. 3 fév. 2004, inédit, pourvoi n° 01-45989.

⁵³⁷ M. PRALUS met également ce critère en évidence in « A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : *non bis ?* », n°s 10 et 11 (p. 42) ; voir également J. PRALUS-DUPUY, « Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire », D. 1993, chron., p. 135-140, spéc. p. 136.

⁵³⁸ CJCE 15 mars 1967, Affaire C- 18 et 35-65, Recueil p. 76.

En ce qui concerne le cas de plusieurs poursuites exercées devant des juridictions pénales différentes, l'une devant le tribunal correctionnel et l'autre devant le tribunal de police par exemple, la jurisprudence ne justifie jamais l'admission du cumul en excipant de l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem*. Et pour cause, puisqu'elle raisonne à partir du principe de l'autorité de la chose jugée qui, au vu de la position de l'article 6 au début du Code de procédure pénale, est applicable à l'ensemble des poursuites pénales. Cependant, on constate que la mise à l'écart de la règle est fréquente dans ce type de situations et qu'elle est justifiée par des arguments auxquels la jurisprudence ne recourt pas quand la même juridiction est sollicitée lors des différentes poursuites. S'agit-il d'un pur hasard ? Ou est-il permis de risquer une analyse plus osée, selon laquelle l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* serait en cause dans l'hypothèse du cumul de poursuites devant des juridictions pénales n'exerçant pas la même compétence matérielle (b) ?

a. L'inapplicabilité entre des poursuites soumises à des autorités exerçant des répressions de nature différente

245. Les trois plus hautes juridictions françaises affirment d'une seule voix l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* entre des poursuites soumises à des autorités exerçant une répression de nature différente. De fait, la différence de nature de répression exercée cache derrière elle le fait que les autorités impliquées sont dotées de compétences répressives matérielles distinctes. Chronologiquement, c'est d'abord la Cour de cassation qui s'est prononcée, puis le Conseil d'Etat et, plus récemment, le Conseil constitutionnel.

246. De longue date, la Cour de cassation valide le cumul de poursuites pénales et disciplinaires⁵³⁹ comme le cumul de poursuites pénales et administratives⁵⁴⁰ pour les mêmes faits. Souvent, le cumul des poursuites est d'ailleurs considéré comme une évidence et seul le cumul des peines est contesté par les justiciables touchés par le cumul de répression – en vain également⁵⁴¹.

247. Face à cette jurisprudence inflexible, les plaideurs se tournèrent vers les textes internationaux. Ils tentèrent d'abord la voie de l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la

⁵³⁹ Cass. Crim. 26 mai 1905, Bull. crim. n° 269. Pour des exemples plus récents, voir notamment Cass. crim. 6 fév. 2002, inédit, pourvoi n° 01-85625 ; Cass. crim. 26 oct. 2004, inédit, de pourvoi n° 02-17903.

⁵⁴⁰ Cass. crim. 9 janv. 1969, Bull. crim. n° 20.

⁵⁴¹ La Cour de cassation refuse d'imposer le non cumul des peines que les deux poursuites aient été effectuées par deux autorités différentes (Cass. crim. 27 mars 1997, Bull. crim. n° 128) ou par la même autorité (Cass. crim. 14 déc. 1960, Bull. crim. n° 588 et Cass. crim. 29 juil. 1970, Bull. crim. n° 251).

CEDH. Mentionnons l'arrêt du 20 juin 1996⁵⁴², dans lequel l'application de la stipulation européenne fut examinée pour la première fois par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. L'auteur du pourvoi, poursuivi et condamné par l'Administration fiscale puis par les juridictions pénales pour les mêmes faits, excipait de la violation de la règle *ne bis in idem* et invoquait l'article 4 du Protocole n° 7 à l'appui de son argumentation. La Chambre criminelle se dispensa purement et simplement de répondre au pourvoi sous l'angle du droit interne, confirmant de la manière la plus expéditive qui soit que la règle *ne bis in idem* n'a pas de place en droit français entre des poursuites administrative et pénale pour les mêmes faits.

En ce qui concerne l'article 4 du Protocole n° 7, la juridiction suprême se trouvait confrontée à la réserve formulée par la France lors de la ratification du Protocole n° 7, selon laquelle « *seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole* ». Partant du principe de la validité de cette réserve en dépit d'une jurisprudence très nette en sens inverse de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁴³, elle s'interrogea sur la nature des poursuites en cause, rappelant pour cela les motifs de la cour d'appel de Grenoble : « *les poursuites pénales du chef de fraude fiscale, qui visent à réprimer des comportements délictueux tendant à la soustraction à l'impôt, ont une nature et un objet différents de ceux poursuivis par l'Administration dans le cadre du contrôle fiscal et qui tend au recouvrement des impositions éludées* »⁵⁴⁴. C'est dans cette différence de nature et d'objet que la Cour suprême puisa sa réponse à la question de la violation de l'article 4 du Protocole n° 7 : « (...) *la règle non bis in idem consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7, additionnel à la CESDH, ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce Protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale et n'interdit pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux sanctions infligées par le juge répressif* »⁵⁴⁵. Ainsi, l'article 4 du Protocole n° 7 restait sans effet sur les cumuls français de répressions pénale et extra-pénale. A la suite de cette

⁵⁴² Cass. crim. 20 juin 1996, Bull. crim. n° 268, D. 1997.249, note TIXIER et LAMULLE.

⁵⁴³ Voir *supra*, p. 185 et s.

⁵⁴⁴ C'est nous qui soulignons.

⁵⁴⁵ La solution retenue dans cet arrêt n'est pas isolée. Dans un arrêt du 4 juin 1998. Dans une affaire dont les circonstances de fait étaient proches de la précédente, la Chambre criminelle rejeta l'application de l'art. 4 du protocole n° 7 dans les mêmes termes que dans son arrêt du 20 juin 1996 (Cass. crim. 4 juin 1998, Bull. crim. n° 186).

décision, un recours fut introduit auprès des organes du Conseil de l'Europe chargés de l'application de la Convention⁵⁴⁶.

248. Mais avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne se prononce⁵⁴⁷, un arrêt fut rendu par la Cour de cassation dans lequel le pourvoi s'en référait non plus à l'article 4 du Protocole n° 7, mais à l'article 14-7 du Pacte international sur les droits civils et politiques, entré en vigueur à l'égard de la France le 4 février 1981⁵⁴⁸. Cette stipulation consacre la règle *ne bis in idem* dans les termes suivants : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* ». Rappelons qu'à la différence de l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la CEDH, l'article 14-7 du Pacte international ne précise pas que « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison (...)* ». Une interprétation de cette stipulation lui accordant un domaine d'application plus large que celui des seules poursuites pénales n'était donc pas à exclure, d'autant qu'il n'existe pas de réserve française limitant le champ d'application de l'article 14-7 aux poursuites pénales telles qu'elles sont définies par le droit interne⁵⁴⁹, comme c'est le cas pour l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, le renvoi au droit pénal n'est pas complètement absent de la stipulation du Pacte international, puisqu'on y retrouve à la fin « (...) *pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* ». Cela dit, on aurait pu imaginer l'élaboration d'une jurisprudence permettant au juge répressif de se saisir d'une affaire ayant déjà fait l'objet de poursuites administratives – comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 20 juin 1996 –, mais prohibant en revanche la tenue de poursuites administratives à la suite de poursuites pénales⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Requête n° 36855/97, Ponsetti c. France, déclarée irrecevable par la Cour dans sa décision du 14 sept. 1999.

⁵⁴⁷ Voir *supra*, p. 187.

⁵⁴⁸ Cass. crim., 6 nov. 1997, Bull. crim. n° 397, pourvoi n° 96-86 127, *Droit fiscal* 1998, comm. n° 521 (p. 768-770), note M. CLIQUENNOIS.

⁵⁴⁹ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relativement à la notion de matière pénale n'étant qu'à ses balbutiements au moment de la ratification du Pacte par la France, la question de la formulation d'une telle réserve n'était pas encore d'actualité.

⁵⁵⁰ C'est en ce sens que c'est prononcé le Tribunal administratif de Strasbourg le 19 avr. 1994, *Mme Oster c. Office des migrations internationales*, req. n° 92-2829, cité par J.-M. W., « Le juge administratif français et les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme relatives aux accusations en „matière pénale“ », *RFDA*. 1994, p. 414 et s., spéc. p. 420, et par M. CLIQUENNOIS, note sous Cass. crim., 6 nov. 1997, précitée, spéc. p. 769.

Il n'en fut rien. Dans l'affaire tranchée le 6 novembre 1997⁵⁵¹ par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le prévenu avait omis de tenir la comptabilité et d'établir les déclarations d'impôts auxquelles il était astreint en raison de ses différentes activités. Il fit l'objet d'une première poursuite de nature administrative et se vit infliger des pénalités fiscales sur le fondement des articles 1728 et 1729 du Code général des impôts (ci-après « CGI »). Parallèlement, des poursuites pénales furent engagées sur le fondement de l'article 1741 et 1743 du CGI pour fraude fiscale, aboutissant à la condamnation par la Cour d'appel de Colmar à une peine d'emprisonnement avec sursis, une amende et des peines accessoires. Se sachant bloqués, en vertu de la jurisprudence du 20 juin 1996, par la réserve française au Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, les plaideurs tentèrent une autre voie, celle de l'article 14-7 du Pacte.

Or, passant sous silence l'absence de réserve à l'article 14-7 et du terme « pénalement » dans sa rédaction, la Chambre criminelle reprit rigoureusement le raisonnement suivi dans l'arrêt du 20 juin 1996. Elle mit d'abord en évidence la différence de nature et d'objet des deux poursuites : *« les poursuites pénales du chef de fraude fiscale, qui visent à réprimer des comportements délictueux tendant à la soustraction à l'impôt, ont une nature et un objet différents de ceux des poursuites exercées par l'Administration dans le cadre du contrôle fiscal, qui tendent au recouvrement des impositions éludées »*. Puis, elle décida, sur le modèle de la formule de 1996, que la règle de l'article 14-7 *« ne trouve à s'appliquer que dans le cas où une même infraction pénale, ayant déjà donné lieu à un jugement définitif de condamnation ou d'acquittement, ferait l'objet d'une nouvelle poursuite et, le cas échéant, d'une condamnation devant ou par une juridiction répressive »*. Ainsi, l'article 14-7 ne peut s'opposer au cumul de poursuites pour des infractions fiscales et pénales.

249. Par la suite, la Cour de cassation confirma l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* entre des poursuites exercées par des autorités répressives de natures différentes à propos d'infractions boursières, poursuivies parallèlement par la Commission des opérations de bourse et les juridictions répressives. Dans un arrêt du 1^{er} mars 2000⁵⁵², la Cour adapta sa

⁵⁵¹ Cass. crim., 6 nov. 1997, précité. Voir également Cass. crim. 10 nov. 1999, *Droit pénal* 2000, comm. n° 46, J.-H. ROBERT.

⁵⁵² Cass. crim. 1^{er} mars 2000, Bull. crim. n° 98, *Bulletin Joly Bourse*, sept.-oct. 2000, p. 446 note N. RONTCHEVSKY, *Droit pénal* 2000, comm. n° 75, J.-H. ROBERT. Voir également CA Paris, 26 oct. 1999, *Bulletin Joly Bourse* mars-avr. 2000, p. 153, note N. RONTCHEVSKY, *Rev. Droit bancaire et financier*, juillet 2000, comm. n° 177, p. 245. Cf. DUCOULOUX-FAVARD, « En application de la loi du 2 août 1989, deux sentences pour une seule infraction d'initié », *Les petites affiches*, 1994, n° 8 (19 janv. 1994), p. 8-9 ; du même auteur,

formule au cas d'espèce : « *Attendu (...) que la règle non bis in idem consacrée par l'article 4 du Protocole 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, ne trouve à s'appliquer, selon les réserves faites par la France en marge de ce Protocole, que pour les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale, (...) qu'elle n'interdit pas l'exercice de poursuites devant le juge répressif parallèlement à une procédure conduite devant la COB aux fins de sanctions administratives* ». Cette jurisprudence est en opposition avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier avec la décision Ponsetti et Chesnel contre France⁵⁵³. Pourtant, la Cour de cassation n'hésita pas à la réitérer⁵⁵⁴.

Précisons que la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003⁵⁵⁵, modernisant le contrôle des marchés financiers et instaurant l'Autorité des Marchés Financiers, n'a guère amélioré la situation. Elle a certes unifié le régime des procédures de sanctions administratives et disciplinaires⁵⁵⁶, attribuant l'ensemble des pouvoirs de répression en ces matières à la nouvelle Autorité des marchés financiers, si bien que les cumuls de procédures répressives administratives et disciplinaires pour les mêmes faits devraient être évitées⁵⁵⁷. Cependant, la double répression pénale et administrative du délit d'initié et des autres délits boursiers prévus par les articles L. 465-1 et L. 465-2 du code monétaire et financier est maintenue, contrairement à ce qu'un projet de loi de février 2001 préconisait⁵⁵⁸.

250. Le Conseil d'Etat est totalement en phase avec la Cour de cassation : quand les autorités répressives successivement sollicitées n'exercent pas la même compétence matérielle, la règle *ne bis in idem* n'est pas applicable. Ainsi, le Conseil d'Etat admet le cumul des poursuites en

« La double peine pour les infractions boursières », *Banque et droit*, juillet-août 2001, p. 20-23 ; F. STASIAK, « Les cumuls de sanctions en droit boursier ».

⁵⁵³ Voir *supra*, p. 187.

⁵⁵⁴ Voir notamment l'arrêt Cass. crim. 7 sept. 2004, Bull. crim. n° 200 : « *Attendu qu'en cet état, le demandeur ne saurait reprocher à l'arrêt confirmatif d'avoir méconnu les dispositions de l'article 4-1 eu protocole n° 7 (...) dès lors que, selon les réserves formulées par la France en marge de ce protocole, l'interdiction d'une double condamnation en raison des mêmes faits ne s'applique qu'aux infractions relevant des tribunaux statuant en matière pénale et ne fait pas obstacle au prononcé de mesures disciplinaires parallèlement aux sanctions pénales* » (c'est nous qui soulignons).

⁵⁵⁵ Loi n° 2003-706, J.O. 2 août 2003, p. 1320.

⁵⁵⁶ Sur le cumul de répressions administrative et boursière avant cette loi, voir F. STASIAK, « Les cumuls de sanctions en droit boursier ».

⁵⁵⁷ Parmi les nombreux commentaires de cette loi, voir : Ch. GOYET, N. RONTCHEVSKY et M. STORCK, chronique « Droit des marchés financiers », *RTDCom.* 2003, p. 758-781, spéc. p. 764.

⁵⁵⁸ *Ibidem* (Les procédures de répressions administratives et disciplinaires sont prévues aux articles L-621-15 et s. du code monétaire et financier).

cas d'intervention d'autorités disciplinaires distinctes⁵⁵⁹. Le cumul est également possible lorsque le même fait constitue à la fois une infraction relevant de la compétence du juge judiciaire et une contravention de grande voirie dépendant des juridictions administratives⁵⁶⁰. De même, une relaxe au terme de poursuites pénales ne s'oppose en rien à la tenue de poursuites administratives⁵⁶¹.

La solution semblait si profondément ancrée que, comme devant les juridictions judiciaires, les plaideurs déplacèrent le débat vers les textes de droit international. Certains d'entre eux connurent le succès. Ainsi, dans un jugement du 19 avril 1994, le tribunal administratif de Strasbourg appliqua l'article 14-7 du Pacte international pour décharger de la contribution spéciale de l'Office des migrations internationales une personne qui avait été relaxée par un tribunal correctionnel⁵⁶². Quant au Tribunal administratif de Rennes, il préféra saisir le Conseil d'Etat pour avis.

Le Conseil d'Etat fut donc amené à se prononcer sur l'étendue du champ d'application de l'article 14-7, dans un avis du 4 avril 1997⁵⁶³. Plus précisément, il lui était demandé de dire si les stipulations de l'article 14-7 « *font obligation au juge administratif de prononcer la décharge des pénalités pour manœuvres frauduleuses, pour mauvaise foi ou pour défaut de déclaration, infligées par l'Administration à un contribuable qui a été condamné, pour fraude fiscale, à des sanctions pénales devenues définitives, sur le fondement des articles 1741, 1743 et 1745 du CGI* ». Pour le Conseil d'Etat, l'article 14-7 du Pacte international « *ne trouve à s'appliquer que dans le cas où une même infraction pénale ayant déjà donné lieu à un jugement définitif de condamnation ou d'acquittement ferait l'objet d'une nouvelle poursuite*

⁵⁵⁹ CE 25 avr. 1941, *Valette*, Rec. Lebon p. 68 ; CE 4 mai 1962, *Lacombe*, Rec. p. 300 (dans cette espèce, le Conseil d'Etat fait remarquer que les faits sur lesquels sont fondées les deux poursuites ne sont pas les mêmes dans leur matérialité, mais seulement après avoir posé pour principe que « *la circonstance que le sieur Lacombe avait été l'objet de la part du général commandant la 5^{ème} région militaire d'un abaissement d'échelon ne pouvait faire obstacle à ce qu'il fut ultérieurement frappé de révocation par le secrétaire d'Etat aux forces armées* » ; il ne fait donc pas de la différence de faits matériels la raison du rejet de la requête de M. Lacombe). Voir sur cette jurisprudence J. PRALUS-DUPUY, « Cumul et non cumul des sanctions en droit disciplinaire », spéc. p. 138-139 ; G. DELLIS, *op. cit.*, n° 349 (p. 252). Voir également J. MORET-BAILLY, *Les institutions disciplinaires*, Mission de recherche Droit et Justice, 2003, p. 78-79. Pour un exemple récent de cumul de répression disciplinaire pour les mêmes faits, voir la décision de la Commission des sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers du 21 avr. 2005, Dubus (les mêmes faits ont été sanctionnés par la Commission bancaire puis par l'Autorité des Marchés Financiers), http://cob.fr/documents/general/6156_1.pdf, *Banque et Droit*, sept.-oct. 2005, p. 49, obs. H. de VAUPLANE et J.-J. DAIGRE.

⁵⁶⁰ CE 5 juil. 1968, *Le Rollé*, Rec. Lebon p. 420.

⁵⁶¹ CE 24 mars 1978, *La Quinoléine*, Rec. Lebon, p. 155.

⁵⁶² TA Strasbourg, 19 avr. 1994, *Mme Oster c. Office des migrations internationales*, req. n° 92-2829, précité.

⁵⁶³ CE, Avis, 9^{ème} et 8^{ème} sous-sect., 4 avr. 1997, req. n° 183 658, M. Jammet, *Droit fiscal* 1997, n° 660 (p. 794).

et, le cas échéant, d'une condamnation devant ou par une juridiction répressive ». La formule ressemble étrangement à celle de la Cour de cassation...

251. Le Conseil constitutionnel, enfin, n'est pas demeuré en reste sur la question de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* au-delà du droit pénal. Sa jurisprudence s'est d'abord limitée à la question du cumul des sanctions pénales et administratives qui, on le sait, résulte nécessairement d'un cumul de poursuites devant les deux types d'autorités compétentes. Sur ce point, selon le dernier état de sa jurisprudence, « *lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »⁵⁶⁴. Implicitement, le cumul des poursuites pénales et administratives pour les mêmes faits matériels est validé.

Ce n'est qu'en 2004, lorsqu'il fut saisi de la question de savoir si l'autorisation de ratifier le traité établissant une Constitution pour l'Europe devait être précédé d'une révision de la Constitution, que le Conseil constitutionnel se prononça explicitement sur le cumul des poursuites pénales et extra-pénales pour les mêmes faits. Se référant à l'article II-110 du Traité constitutionnel (article 50 de la Charte), aux termes duquel « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pénale pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif* », la juridiction suprême déclara : « *il résulte des termes mêmes de cet article, comme le confirment les explications du præsidium, que cette disposition concerne exclusivement le droit pénal et non les procédures administratives et disciplinaires* »⁵⁶⁵. Elle en déduit quelques lignes plus loin que « *ni par le contenu de ses articles, ni (...), la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne] n'appelle de révision de la Constitution* »⁵⁶⁶. Faut-il comprendre qu'*a contrario*, si l'article II-110 s'appliquait au-delà des procédures pénales⁵⁶⁷, il ne serait pas conforme avec la Constitution ? En tous les cas, la décision du 19 novembre 2004 est cohérente avec la jurisprudence antérieure du Conseil, s'arrangeant fort bien du cumul des poursuites pénales et administratives pour les mêmes faits.

⁵⁶⁴ Déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, Rec. p. 333-343, cons. n° 41, p. 341. Cette jurisprudence résulte d'une évolution sinueuse, voir *infra*, p. 410 et s.

⁵⁶⁵ Décision n° 2004-505 DC du 19 nov. 2004, cons. n° 20.

⁵⁶⁶ Cons. n° 22.

⁵⁶⁷ Il n'est d'ailleurs pas exclu, contrairement à ce qu'affirme le Conseil constitutionnel, qu'il en soit ainsi ; voir *infra*, p. 414.

252. En somme, les juridictions françaises n'ont pas encore reçu, loin s'en faut, la jurisprudence européenne élargissant l'application de l'article 4 du Protocole n° 7 à la matière pénale. On décèle ici un premier symptôme de l'étroitesse du champ effectif d'application de la règle *ne bis in idem* par rapport à son champ utile d'application. Par ailleurs, de façon assez surprenante, l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au cumul entre poursuites strictement pénales cette fois, autorise l'observateur à émettre un soupçon. L'applicabilité de la règle *ne bis in idem* entre poursuites menées devant différentes juridictions pénales n'exerçant pas la même compétence matérielle – tribunal de police, tribunal correctionnel et cour d'assises – semble également poser problème.

b. L'inapplicabilité entre des poursuites pénales soumises à des juridictions exerçant une compétence matérielle différente ?

253. En contraste avec l'applicabilité avérée de la règle *ne bis in idem* lorsque les différentes poursuites sont exercées devant la même juridiction pénale⁵⁶⁸, il est surprenant de constater que, dans l'hypothèse où les poursuites sont exercées devant des tribunaux se distinguant par leur compétence matérielle, la jurisprudence admet le cumul de poursuites pénales pour les mêmes faits matériels. Ici encore, nous ne relèverons que les décisions postérieures à 1958, soit à la date d'entrée en vigueur du Code de procédure pénale ayant consacré l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits *même sous une qualification juridique différente* en son article 368.

Le premier arrêt dans lequel la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'exprime nettement en ce sens est celui du 6 novembre 1963⁵⁶⁹. Les faits étaient les suivants. Un entrepreneur avait fait circuler un camion dont le chargement dépassait de plus de 10 % le poids autorisé. Des poursuites eurent d'abord lieu devant le tribunal de police, lequel condamna le chauffeur du camion – employé de l'entrepreneur – pour contravention au code de la route et déclara l'entrepreneur civilement responsable. Puis de nouvelles poursuites furent engagées contre l'entrepreneur en correctionnelle, cette fois pour infraction à la législation relative à la coordination des transports. La Cour de cassation sanctionna l'arrêt d'appel qui avait relaxé le prévenu au motif que le chauffeur avait déjà été condamné pour les mêmes faits. Alors qu'il lui aurait suffi de relever que la première condamnation concernait une autre personne que celle qui faisait l'objet de la seconde poursuite pour écarter

⁵⁶⁸ Voir *supra*, p. 197.

⁵⁶⁹ Cass. crim. 6 nov. 1963, Bull. crim. n° 313.

l'application de la règle *ne bis in idem*, la Chambre criminelle énonça « *que si [l'entrepreneur] avait été pénalement poursuivi devant le Tribunal de police pour contravention au code de la route, il n'en était pas moins également passible de poursuites correctionnelles (...)* ». La Haute juridiction prit donc le soin de souligner que le même fait matériel peut donner lieu à plusieurs poursuites devant des juridictions différentes, en contradiction flagrante avec son arrêt du 8 octobre 1959⁵⁷⁰ et alors même que cela n'était pas nécessaire pour trancher l'affaire ! Pourtant, elle était bien consciente de l'inutilité de son affirmation pour résoudre le litige. De fait, elle ajouta immédiatement : « *que d'ailleurs [l'entrepreneur] n'avait été attiré devant le juge de police que comme civilement responsable* ».

Dans le sillage de cette jurisprudence, les juges du fond saisirent à leur tour l'occasion d'écarter l'application de la règle *ne bis in idem* quand la poursuite déjà exercée pour les mêmes faits l'avait été par une juridiction répressive de compétence matérielle distincte de la leur⁵⁷¹.

On peut encore citer le tristement célèbre arrêt de la Chambre criminelle du 22 juin 1994, rendu dans l'affaire dite du sang contaminé⁵⁷². Des responsables du Centre national de la Transfusion Sanguine (CNTS) avaient été condamnés en correctionnelle pour tromperie envers les acquéreurs de produits sanguins. Saisie d'un pourvoi qui comportait divers moyens réfutant la compétence des juridictions correctionnelles et tendant à ce que les prévenus soient poursuivis en Cour d'assises pour empoisonnement, la Cour de cassation les rejeta tous. Mais elle en releva un autre d'office, auquel elle apporta la réponse suivante : « *qu'étant saisis de la prévention de tromperie dont ils ont à bon droit déclaré [le prévenu] coupable, [les juges correctionnels] ne pouvaient, sans ajouter à cette prévention, retenir une qualification criminelle d'empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts, au regard notamment de l'intention coupable essentiellement différente, et qui serait susceptible de poursuites séparées* »⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Voir *supra*, p. 198.

⁵⁷¹ Trib. Pol. Mâcon, 28 juin 1966, *Gaz. Pal.* 1966.2.256, *RSC* 1967, p. 646, note LEGAL.

⁵⁷² Cass. crim. 22 juin 1994, *JCP* 1994.II.22310, note RASSAT ; *D.* 1995, J. p. 65-71 pour les conclusions de l'avocat général et l'arrêt, p. 85-88 pour la note d'A. Prothais ; Y. MAYAUD, « *Bis in idem* (De l'arrêt de la Chambre criminelle du 22 juin 1994 relatif à l'affaire du sang contaminé) », *Justices – Revue générale de droit processuel*, n° 1, 1995, p. 262-273.

⁵⁷³ C'est nous soulignons.

Enfin, dans un arrêt du 4 septembre 2001⁵⁷⁴, la Chambre criminelle cassa l'arrêt par lequel la cour d'appel avait retenu l'exception de chose jugée pour faire obstacle à la seconde poursuite. Un débitant de boisson, qui avait donné à boire à une personne « *manifestement ivre* », avait d'abord été condamné par le tribunal de police pour contravention à l'article R-6 code des débits de boisson. Puis, comme cette personne avait provoqué un accident de la route dans lequel elle disparut et d'autres personnes furent blessées, le débitant de boissons fut poursuivi à nouveau devant le tribunal correctionnel pour homicide involontaire et contravention de blessures involontaires. Après avoir précisé que « *les faits, objet des deux poursuites [différent] en leurs éléments constitutifs* », la Chambre criminelle estima que les juges du fond avaient « *méconnu le sens et la portée* » de l'article 6 Code de procédure pénale.

Ces diverses décisions, dans lesquelles la Cour de cassation admet le cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels, sont difficilement conciliables avec la jurisprudence précédemment citée qui sanctionnait ce cumul – notamment les arrêts de la Chambre criminelle des 8 octobre 1959 et du 19 janvier 2005⁵⁷⁵. Précisons que dans toutes ces espèces, la poursuite exercée en second lieu tendait à l'application d'une qualification plus élevée. La divergence de jurisprudence ne saurait donc s'expliquer par l'ordre dans lequel les différentes poursuites de plus ou moins grande sévérité ont été exercées. A vrai dire, la seule différence notable entre la série des arrêts des 8 octobre 1959 et 19 janvier 2005, d'une part, et des 6 novembre 1963, 22 juin 1994 et 4 septembre 2001, d'autre part, consiste dans la différence de compétence matérielle des juridictions sollicitées lors des deux poursuites. Aussi soupçonnons-nous que la règle *ne bis in idem* souffre d'un problème d'applicabilité lorsqu'elle est invoquée à l'occasion de poursuites exercées devant des juridictions pénales exerçant une compétence matérielle différente.

254. Pour conforter ce soupçon, nous pourrions également mentionner deux arrêts célèbres par lesquels la Cour de cassation a validé l'exercice d'une poursuite devant la cour d'assises à la suite d'une poursuite correctionnelle. Il s'agit des arrêts Thibaut du 25 mars 1954⁵⁷⁶ et

⁵⁷⁴ Cass. crim. 4 sept. 2001, inédit, pourvoi n° 01-82160, *Droit pénal* fév. 2002, chron. 6, obs. Cl. MARSAT ; voir également les remarques de S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1480 (p. 1198).

⁵⁷⁵ Voir *supra*, p. 198 et 198.

⁵⁷⁶ Cass. crim. 25 mars 1954 (Thibaut), Bull. crim. n° 121 ; *D.* 1955, J. p. 318, note HUGUENEY ; *Sirey* 1955.1. 39 note BROUCHOT, *JCP* 1954.II.8272, note VERDIER ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, précité, n° 43, p. 382-387, obs. PRADEL.

Laurent du 19 mai 1983⁵⁷⁷, dont les faits, très ressemblants, présentaient en outre une particularité commune. Dans les deux affaires, des faits nouveaux avaient en effet été découverts entre les deux poursuites. Dans la première, l'on découvrit que Thibaut, qui avait été condamné par le tribunal correctionnel pour homicide involontaire de sa femme décédée brûlée vive dans son lit, avait en réalité volontairement mis feu à sa chevelure pendant son sommeil. Il fit donc l'objet d'une seconde poursuite pour homicide volontaire devant la Cour d'assises. Dans l'affaire Laurent, le prévenu avait d'abord été condamné pour homicide involontaire de son épouse, décédée des suites d'un coup de feu. Par la suite, l'on s'aperçut qu'il lui avait donné volontairement la mort. Si, d'une part comme de l'autre, il s'agit bien de nouvelles poursuites pour les mêmes faits sous une autre qualification devant des juridictions exerçant une compétence matérielle différente, il apparaît évident que la survenance des faits nouveaux donne à ces affaires un relief particulier⁵⁷⁸. En raison de cette particularité, nous laisserons ces deux arrêts en dehors de la présente analyse.

255. Dans les arrêts mentionnés précédemment, la Cour de cassation justifie la non application de la règle *ne bis in idem* par l'absence d'identité des faits dans leurs éléments légaux. Ce serait donc une condition d'application qui ferait défaut, la condition d'identité de cause. Pour notre part, nous suggérons plutôt que, malgré les apparences, l'échec de la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* dans ces cas de figure relève d'une question d'applicabilité de la règle. Deux raisons nous incitent à ce postulat.

La première découle de la comparaison entre les arrêts que nous venons d'analyser et la jurisprudence étudiée plus haut, relative à la mise en œuvre de la règle lorsque les différentes poursuites sont exercées devant la même juridiction pénale. Tandis qu'alors, la condition d'identité de faits se limitait à l'exigence que les faits soient matériellement différents, ici, la même condition ne suffit plus. Il lui est soudainement ajouté une exigence d'identité de qualification juridique des faits poursuivis. Or, la seule différence entre les deux hypothèses tient à ce que, dans la première, les différentes poursuites sont soumises à la même juridiction alors que, dans la seconde, elles sont portées devant des juridictions exerçant une compétence matérielle distincte. Cette différence ne révèle-t-elle pas un problème d'applicabilité de la

⁵⁷⁷ Cass. crim. 19 mai 1983, Bull. crim. n° 149 ; *JCP* 1985.II.20385, note JEANDIDIER ; *D.* 1984, J. p. 51, note CHAPAR ; *Gaz. Pal.* 1983, 2^{ème} sem., p. 225, note DOUCET.

⁵⁷⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 894, *in fine* ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, n° 1033, p. 889-890, W. JEANDIDIER et J. BELOT, *op. cit.*, spéc. p. 234.

règle entre des poursuites soumises à des juridictions pénales différentes, plutôt que le défaut d'une condition d'application proprement dite ?

Une seconde raison nous amène à envisager l'exigence d'identité de qualification juridique comme une question d'applicabilité de la règle *ne bis in idem* en ce qui concerne notre seconde hypothèse. Dès lors que différentes poursuites sont exercées devant des autorités exerçant une compétence matérielle différente, les qualifications juridiques invoquées sont nécessairement distinctes. Il ne saurait en être autrement, sauf dans l'hypothèse saugrenue où les juridictions statueraient en dehors de leur champ de compétence. L'argument du défaut d'identité des faits juridiques ne touche donc pas, à notre sens, à un simple problème d'application de la règle. Au contraire, dans cette situation précise, il a tout l'air d'une cause d'inapplicabilité. En effet, une condition d'application qui n'est jamais remplie dans une constellation procédurale très précise n'est-elle pas en réalité une condition d'applicabilité ? En un mot, la condition d'« identité de faits tant légaux que matériels » n'est-elle pas, lorsque les autorités sollicitées exercent des compétences matérielles différentes, une condition d'applicabilité déguisée ?

256. Certes, il est des contre-exemples à la jurisprudence constatant l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* en cas de poursuites exercées devant des autorités différentes. Ainsi, le 3 mars 1959, la Cour de cassation invalida une poursuite pour *délict* de blessures involontaires portée devant un tribunal correctionnel alors que l'auteur des faits avait déjà été sanctionné pour la *contravention* de blessures involontaires⁵⁷⁹. De la même manière, dans un arrêt du 9 mai 1961, elle s'opposa à ce que des faits d'abord poursuivis par un tribunal de simple police du chef de violences légères fussent ensuite déférés devant le tribunal correctionnel sous la qualification de coups et blessures involontaires⁵⁸⁰. En somme, bien que les juridictions sollicitées diffèrent dans les deux poursuites, la règle *ne bis in idem* fut appliquée, ce qui témoigne à l'évidence que la Cour de cassation la considéra comme applicable. Cependant, une particularité apparaît dans ces deux affaires. Elle tient à ce que les qualifications successivement invoquées étaient incompatibles entre elles. Pour reprendre les faits à l'origine de l'affaire du 3 mars 1959, la contravention de blessures involontaires, qui avait fondé la première poursuite en l'espèce, n'était constituée qu'en la présence d'une incapacité de travail de la victime inférieure à six jours, tandis que le délit du même nom, faisant l'objet de la seconde poursuite, requérait l'existence d'une incapacité de travail de plus de six jours.

⁵⁷⁹ Cass. crim. 3 mars 1959, Bull. crim. n° 143.

⁵⁸⁰ Cass. crim. 9 mai 1961, *JCP* 1961.II.12223, note Chambon.

Or, l'on ne peut se rendre coupable à la fois d'une infraction de blessures volontaires ayant entraîné une incapacité de travail de plus de six jours et d'une même infraction ayant immobilisé la victime moins de six jours – une incompatibilité similaire apparaissait dans les faits de l'arrêt du 9 mai 1961. Si la seconde poursuite avait eu lieu, un risque évident de contradiction entre les deux décisions surgissait. Cette particularité explique très certainement que la Cour de cassation se soit prononcée contre le renouvellement des poursuites. Aussi ces deux arrêts ne nous semblent-ils pas constituer de contre-exemples sérieux à la jurisprudence excluant la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* lorsque les juridictions invitées à juger successivement les faits diffèrent par leur compétence matérielle.

257. En somme, la thèse selon laquelle la règle *ne bis in idem* souffre d'un défaut d'applicabilité lorsqu'elle est invoquée entre des poursuites pénales soumises à des juridictions se distinguant par leur compétence matérielle, est plausible. Naturellement, en l'absence d'indication expresse de la jurisprudence en ce sens, nous ne pouvons être sûre qu'elle est juste. Sans doute la jurisprudence elle-même n'est-elle pas consciente de sa propre inclination à ne pas envisager la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* dans les mêmes termes selon que les différentes poursuites sont exercées ou non devant la même juridiction. Mais, en tout état de cause, cette thèse est la seule qui fournisse une explication aux incohérences relevées par la doctrine⁵⁸¹ quant à la question de savoir si l'application de l'article 6 du Code de procédure pénale nécessite uniquement que les deux poursuites soient exercées pour les mêmes faits matériels ou s'il est également nécessaire que les faits soient pareillement qualifiés.

Cette lecture de la jurisprudence pénale rejoint en outre les conclusions tirées pour le reste du droit répressif : lorsque la même autorité répressive est sollicitée plusieurs fois pour les mêmes faits, la règle *ne bis in idem* est applicable ; en revanche, elle ne l'est plus entre des poursuites exercées devant des autorités différentes, exerçant des compétences matérielles distinctes. De façon générale, il semble donc que le champ d'application de l'interdiction du

⁵⁸¹ P. CHAMBON, note sous Cass. crim. 9 mai 1961, spéc. IV : « *Quant à la jurisprudence de la Cour de cassation sur le point qui nous occupe, toute rigoureuse et méthodique qu'elle soit, il nous semble qu'elle conserve un certain caractère empirique. Parfois, certaines séries d'arrêts paraissent mal s'accorder avec certaines autres, l'interprète ne connaissant pas les raisons précises – qui généralement ne sont pas exprimées – qui ici font pencher la Cour suprême dans un sens, et là dans un autre* » ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 895 in fine : « *la Cour de cassation, dans ses arrêts les plus récents, paraît encore hésitante* » ; J.-H. ROBERT, « Application ou non-application de la règle *non bis in idem* entre les sanctions pénales, civiles et administratives », p. 137-138 : « *Malheureusement, la jurisprudence n'est pas encore fixée sur le point de savoir si l'article 368 doit être appliquée après [une relaxe] prononcé[e] par un tribunal correctionnel ou de police. La Chambre criminelle a adopté des solutions divergentes (...)* ».

cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels, même sous une autre qualification juridique – la seule conception de la règle *ne bis in idem* qui, rappelons-le, permette de préserver véritablement la sécurité juridique –, s'identifie avec le domaine de compétence de l'autorité répressive qui s'est déjà prononcée sur les faits. En quelque sorte, la règle *ne bis in idem* se trouve enfermée dans le domaine de compétence de l'autorité qui a rendu la première décision définitive sur les faits matériels doublement poursuivis, d'où la restriction de son champ d'application. Cette constatation quelque peu surprenante de prime abord n'est-elle pas, à la vérité, parfaitement cohérente avec la logique du principe de l'autorité de la chose jugée ?

B. Une étroitesse cohérente avec la logique de l'autorité de la chose jugée

258. L'étroitesse du champ d'application de la règle *ne bis in idem* repérée dans les développements précédents peut être caractérisée comme suit.

D'une part, elle ne s'affirme qu'en l'absence d'une disposition textuelle consacrant l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits, même sous une autre qualification juridique. Cela est très net en droit français, où l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* ne pose aucune difficulté dans le domaine concerné par l'article 368 du Code de procédure pénale. En revanche, des restrictions à la mise en œuvre de la règle surgissent dans tous les autres domaines du droit répressif, y inclus ceux qui tombent sous le coup de l'article 6 du Code de procédure pénale, dont il faut rappeler qu'il prévoit uniquement que « *l'action publique (...) s'éteint par (...) la chose jugée* ». Mais nous pouvons tirer le même constat de l'observation du droit allemand. Ce n'est qu'en dehors du champ d'application de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale et de celui des dispositions de la loi sur les infractions administratives que l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* est problématique – en somme, principalement en droit disciplinaire et entre des poursuites pénales et disciplinaires.

D'autre part, cette étroitesse se manifeste par l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* lorsque le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits est envisagé devant une autorité répressive différente de la première autorité en ce qu'elle n'exerce pas la même compétence matérielle. Le champ d'application de la règle a, en somme, les mêmes frontières que le domaine de compétence de l'autorité répressive qui a statué sur les faits en premier lieu.

259. Cette situation est très préjudiciable à la sécurité juridique. Dans son aspect individuel comme dans son aspect collectif, la sécurité juridique n'est vraiment garantie, nous l'avons vu, que lorsque toute nouvelle poursuite répressive à propos des mêmes faits matériels est exclue⁵⁸². Si l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* est réduite au cas, finalement assez rare, dans lequel la même autorité ou une juridiction exerçant la même compétence matérielle est à nouveau saisie des faits, la sécurité juridique n'est que très partiellement protégée. Et la règle manque à l'évidence de remplir sa fonction. Quelle peut être la logique d'une telle délimitation du champ d'application de la règle *ne bis in idem* ?

260. Pour justifier l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* dans l'hypothèse où les mêmes faits sont appréhendés cumulativement par les juridictions pénales et par une autre autorité répressive, la jurisprudence avance l'argument de la différence de nature et d'objet des deux poursuites. Reprenons les motifs de l'arrêt du 20 juin 1996, dans lequel la Cour de cassation a déclaré admissibles des poursuites pénales pour fraude fiscale alors que les faits avaient déjà fait l'objet de sanctions fiscales. Pour affirmer que la règle *ne bis in idem* ne s'appliquait pas entre des poursuites fiscales et pénales, la Cour s'appuie sur l'argumentation de la Cour d'appel de Grenoble, selon laquelle « *les poursuites pénales du chef de fraude fiscale, qui visent à réprimer des comportements délictueux tendant à la soustraction à l'impôt, ont une nature et un objet différents de ceux poursuivis par l'Administration dans le cadre du contrôle fiscal et qui tend au recouvrement des impositions éludées* »⁵⁸³. Dans son arrêt du 6 novembre 1997, Chambre criminelle a d'ailleurs franchi un pas supplémentaire en faisant littéralement sienne cette formule⁵⁸⁴.

Revenons d'abord sur la différence de *nature* des deux procédures. Certes, une procédure fiscale est de nature administrative tandis qu'une procédure pénale est de nature... pénale. Mais il serait dépassé d'en rester à cet argument de pure forme. Comme le mentionnent plusieurs commentateurs, « *un mouvement de vaste ampleur est en marche qui tend à assimiler les sanctions fiscales (...) à des sanctions pénales* »⁵⁸⁵. Sous la double influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, les garanties du procès équitable s'étendent peu à peu aux procédures fiscales

⁵⁸² Voir *supra*, p. 89.

⁵⁸³ Cass. crim. 20 juin 1996, précité, c'est nous qui soulignons.

⁵⁸⁴ Cass. crim. 6 nov. 1997, précité.

⁵⁸⁵ G. TIXIER et Th. LAMULLE, note sous Cass. crim. 20 juin 1996, p. 251 ; voir également M. CLIQUENNOIS, note sous Cass. crim. 6 nov. 1997 : « *une inexorable évolution tend à l'assimilation des sanctions fiscales aux sanctions pénales* » (p. 768).

indépendamment de leur nature administrative⁵⁸⁶. D'ailleurs, dans ses conclusions rendues en vue du prononcé de l'avis du Conseil d'Etat du 4 avril 1997, le commissaire du Gouvernement M. Loloum en a bien pris note : « *les sanctions fiscales et les peines correctionnelles encourues par le contribuable se distinguent pas tant par leur nature que par leur objet, c'est-à-dire [en] ce qu'elles visent à punir ou à réparer* »⁵⁸⁷.

Venons-en à présent à l'argument de la différence d'objet entre la procédure fiscale et la procédure pénale, le seul que retienne finalement le commissaire du Gouvernement M. Loloum pour se prononcer contre la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* entre des procédures pénales et fiscales. Selon son analyse, « *le cumul des poursuites se justifie pour obtenir la répression d'atteintes à des valeurs sociales différentes et une réparation propre à chacun des intérêts lésés* »⁵⁸⁸. Le commissaire du Gouvernement précise ensuite sa pensée dans les termes suivants : « *Le juge pénal sanctionne les atteintes portées par la fraude fiscale à la société, les pénalités fiscales se rapportent aux dommages causés aux intérêts propres du Trésor public. La répression pénale sanctionne la violation de l'ordre public en ce qu'il constitue le fondement de l'organisation de la société ; l'Administration fiscale sanctionne, sous le contrôle du juge de l'impôt, les atteintes portées aux finances publiques constituant un domaine spécifique à protéger reposant sur une organisation particulière (même si la finalité en est, en dernière instance, la satisfaction de l'intérêt général)* »⁵⁸⁹.

Une première remarque s'impose. Après avoir défini la différence d'identité d'objet des deux procédures comme la distinction selon que les sanctions qu'elles mettent en œuvre « *visent à s'agit de punir ou de réparer* », le commissaire du Gouvernement procède à une analyse qui, nous semble-t-il, n'a plus grand-chose à voir avec cette question. Il examine quels sont les intérêts protégés par les infractions pénales, d'un côté, et les infractions administratives, de l'autre côté. Il ne s'agit donc plus de savoir si l'une des deux poursuites tend à la réparation du dommage et l'autre à la répression des faits commis, mais de s'enquérir des intérêts protégés par les deux poursuites... qui sont à la vérité bien répressives l'une comme l'autre ! De fait, la recherche de la différence d'intérêt protégé par deux infractions est une méthode

⁵⁸⁶ Voir notamment l'arrêt CEDH, 24 fév. 1994, Bendenoun c. France, Série A-284 et la décision du Conseil constitutionnel 28 déc. 1990, n° 90-285 DC, loi de finances pour 1991, Rec. p. 95. Voir également les explications très riches de G. TIXIER et Th. LAMULLE et de M. CLIQUENNOIS citées dans les deux notes précédentes.

⁵⁸⁷ Conclusions du commissaire du Gouvernement F. LOLOUM en vue de l'avis du Conseil d'Etat du 4 avr. 1997, req. n° 183 658, *Droit fiscal* 1997, n° 660, p. 795-798, spéc. p. 798.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, c'est nous qui soulignons.

pratiquée en droit pénal – répressif par excellence – pour régler le problème du concours de qualifications au sein d'une poursuite pénale unique⁵⁹⁰. En quelque sorte, le commissaire du Gouvernement est victime de la confusion entre la question du concours des qualifications au sein d'une poursuite unique et celle du concours de poursuites pour les mêmes faits, contre laquelle nous avons mis en garde en introduction⁵⁹¹. Tandis que la première se règle par référence aux valeurs protégées par les infractions en cause, la seconde dépend de l'identité des faits – et parfois de la qualification juridique qu'on leur attribue – et de la personne poursuivis. Pourtant, intervertissant les deux questions, le commissaire écrit : « *Le cumul des poursuites se justifie pour obtenir la répression d'atteintes à des valeurs sociales différentes et une réparation propre à chacun des intérêts lésés* »⁵⁹². On le voit, la question de savoir si les différentes poursuites ont pour *objet* de réprimer ou de réparer a complètement disparu.

261. Quant à l'argument de la différence d'intérêts protégés en soi, il convainc peu, tant ladite différence est subtile – voire obscure. Derrière les intérêts du Trésor public, ne trouve-t-on pas immédiatement ceux de la société ? Et les atteintes aux finances publiques ne touchent-elles pas directement à l'organisation de la société, laquelle est précisément protégée par l'ordre public ? Il paraît inutile d'insister, tant la parenthèse ajoutée *in fine* par le commissaire du Gouvernement lui-même est révélatrice de la faible pertinence du critère de la différence d'objet entre les procédures pénales et fiscales.

Il en va de même en matière boursière, où sanctions pénales et disciplinaires sont susceptibles de s'appliquer cumulativement pour les mêmes faits. Si la fonction pénale et la fonction disciplinaires sont, fondamentalement, bien différentes, la distinction s'estompe lorsque les procédures pénales et disciplinaires tendent l'une comme l'autre au prononcé de sanctions pécuniaires, dont le montant peut être dans les deux cas très élevé. Un jour ou l'autre, pour la matière fiscale comme la matière boursière, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat devront se rendre à l'évidence et abandonner leur argumentation fondée sur la différence d'objet entre les deux procédures quand il saute aux yeux que celle-ci n'est pas sérieuse.

Enfin, le constat est le même en cas de cumul entre procédures pénales. Si la thèse selon laquelle la règle *ne bis in idem* se heurte à un problème d'applicabilité lorsqu'elle est invoquée entre des poursuites pénales soumises à des juridictions différentes est juste, il est

⁵⁹⁰ Voir *supra*, p. 24.

⁵⁹¹ Nous avons montré que les deux interdictions ne poursuivent pas les mêmes fonctions, voir *supra*, p. 28.

⁵⁹² Conclusions du commissaire du Gouvernement F. LOLOUM, p. 798.

évident que la justification de cette inapplicabilité ne saurait être la différence ni de nature, ni d'objet des poursuites successives. D'une part, toutes sont de nature pénale et, d'autre part, il n'existe pas de différence d'objet entre la répression d'un crime, d'un délit et d'une contravention. Le seul critère justifiant la répartition tripartite des infractions est celui de leur gravité, cette dernière étant caractérisée par le *quantum* de la peine.

Mais, si l'argument de la différence de nature et d'objet des procédures qui se cumulent pour les mêmes faits ne justifie pas solidement l'évincement de la règle *ne bis in idem*, pourquoi cet entêtement des juridictions françaises à y recourir ? N'existe-t-il pas un autre obstacle, plus fondamental, empêchant la règle d'intervenir entre des poursuites effectuées devant des autorités répressives exerçant une compétence matérielle distinctes ?

262. A notre sens, il existe bien une raison profonde au phénomène de restriction du champ d'application de la règle *ne bis in idem* au domaine de compétence de l'autorité répressive qui s'est prononcée sur les faits. Mais elle est invisible au premier regard. Il faut, pour la démasquer, se rappeler que la règle *ne bis in idem* est considérée, en France comme en Allemagne, comme un effet du principe de l'autorité de la chose jugée.

Ce principe a pour fonction, nous l'avons vu, la protection du crédit du juge. Ce crédit se construit avant tout à partir de l'idée selon laquelle le juge remplit effectivement et dûment sa mission, qui est de dire le droit et de trancher les litiges. Le principe de l'autorité de la chose jugée se doit donc de préserver cette idée. Il y parvient en interdisant tout nouveau jugement du même litige, car cela laisserait à penser que le premier juge a mal jugé – c'est l'effet négatif du principe –, et en évitant que les jugements rendus soient contredits par d'autres décisions de justice – c'est l'effet positif du principe, mais l'effet négatif y contribue également car, en empêchant qu'une nouvelle décision soit rendue pour les mêmes faits, il coupe court à tout risque de contradiction.

Or, quel est le champ dans lequel la protection du crédit du juge doit être assurée ? Ou, en d'autres termes, quel est le champ utile d'application du principe de l'autorité de la chose jugée ? Dans la mesure où le crédit du juge s'appuie principalement sur son efficacité à régler les litiges qui lui sont soumis, ce champ est nécessairement lié au domaine de compétence du juge. Il s'agit de montrer aux justiciables que le juge a su appréhender correctement les faits qui lui ont été soumis au regard des dispositions répressives relevant de sa compétence. Dans cette perspective, il est tout à fait cohérent d'interdire toute nouvelle appréhension judiciaire

dans le même domaine de compétence, car cela reviendrait à un aveu d'échec du juge qui s'est prononcé. En revanche, au-delà du domaine de compétence du premier juge, le principe de l'autorité de la chose jugée n'a plus d'utilité puisque le crédit du juge n'est plus menacé. D'autres juridictions ou d'autres autorités répressives pourront se saisir des faits, les juger en application d'autres qualifications juridiques – celles qui relèvent de leur propre compétence – et, le cas échéant, les sanctionner par d'autres mesures répressives sans que cela porte atteinte à l'autorité du premier juge. Chacune des instances saisies applique le droit répressif qui entre dans son champ de compétence, sans que cela préjudicie au crédit des autorités, parallèlement compétentes pour mettre en œuvre d'autres dispositions juridiques. Si l'on se rapporte à l'idée de protection du crédit du juge, l'on comprend donc parfaitement que le jeu de l'interdiction du cumul des poursuites soit limité au domaine de compétence du juge qui a déjà statué sur les faits ou, plus généralement, à l'autorité répressive qui s'est déjà prononcée à leur propos.

263. Des auteurs observent, à juste titre, que le cumul des poursuites pénales et administratives pour les mêmes faits est lié au principe de l'indépendance des ordres judiciaire et administratif et, par ricochet, de leurs autorités répressives respectives⁵⁹³. Il eut en effet été étonnant que ce principe si profondément ancré dans la tradition française ne se répercutât pas sur la problématique du cumul des poursuites. Cela dit, à nouveau, l'on trouve en ombre portée l'idée qu'il n'est pas nécessaire de protéger le crédit du juge au-delà de son domaine de compétence. En effet, l'indépendance des deux ordres juridiques implique une répartition stricte des compétences entre l'un et l'autre. Dès lors, il ne fait aucun doute que l'action des autorités de l'un, même si elle s'effectue dans l'ignorance totale de la parole des autorités de l'autre, ne porte pas atteinte à leur crédit.

Mais l'impact de l'indépendance des ordres judiciaire et administratif est plus fort encore. Pour chacun des deux ordres, être indépendant ne signifie pas seulement avoir son propre domaine de compétence. Cela implique également d'exercer ses fonctions sans avoir de comptes à rendre à l'autre ordre, ni à prendre en considération ce qui se passe dans ce dernier. En d'autres termes, si les autorités de l'un des ordres veillaient au crédit des autorités de l'autre ordre et y subordonnaient leur propre action, elles enfreindraient le principe d'indépendance. En quelque sorte, elles réduiraient leur autonomie. Par conséquent, il n'est

⁵⁹³ J.-H. ROBERT, « Application ou non-application de la règle *non bis in idem* entre les sanctions pénales, civiles et administratives », p. 143 ; Conclusions du commissaire du Gouvernement F. LOLOUM, p. 798 ; M. HEERS, « Le principe *non bis in idem* devant le juge administratif français », *RTDH* 1996, p. 35-44, spéc. p. 35 et p. 44-45 ; G. DELLIS, *op. cit.*, n° 350 (p. 253) ; J.-M. POISSON, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridiction*, Préface de F. Julien-Laferrière, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 56 et s.

pas seulement inutile de se soucier du crédit du juge de l'autre ordre s'étant déjà prononcé sur les faits. Il est également contraire au sacro-saint principe de l'indépendance de le faire. Voici, à notre sens, la seule raison qui explique véritablement l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* entre des poursuites pénales et administratives. Le raisonnement est transposable à la question du cumul d'une poursuite disciplinaire avec une poursuite répressive d'une autre nature ou d'une autre poursuite disciplinaire. En effet, les instances disciplinaires se caractérisant par leur indépendance, leur action ne peut en aucun cas être influencée par les décisions rendues par d'autres autorités répressives ou d'autres instances disciplinaires⁵⁹⁴. A l'inverse, l'appartenance des juridictions civiles et pénales au même ordre juridique – l'ordre judiciaire – permet de comprendre le maintien en France du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil.

Sous cet éclairage, la question de l'identité ou de la différence d'objet des procédures exercées pour les mêmes faits prend, à son tour, une tout autre signification. On le sait, l'autorité de la chose jugée « au criminel sur le criminel » est relative : elle ne s'impose, comme l'édicte l'article 1351 du Code civil, qu'en cas d'identité d'objet, de parties et de cause entre la chose jugée et la « chose poursuivie ». Très généralement, la doctrine pénaliste explique que la condition d'identité d'objet est dépourvue de pertinence en droit pénal puisque l'objet de cette branche du droit est toujours d'appliquer une sanction à ceux qui, par leurs actes, enfreignent la loi pénale. Cette condition d'identité est, pour ainsi dire, toujours remplie en la matière puisqu'il s'agit toujours de réprimer⁵⁹⁵. Par contraste, la condition d'identité d'objet est importante en droit civil. Elle empêche, par exemple, qu'un jugement définitif à propos de la révision du loyer fasse obstacle à une demande ultérieure en résiliation du bail, les deux réclamations différant par leur objet⁵⁹⁶. L'on remarque au passage l'incongruité de l'utilisation en droit pénal d'un principe posé pour le droit civil – la référence à une condition d'application qui est toujours remplie n'est pas, intellectuellement du moins, des plus satisfaisante ! – mais là n'est pas le cœur du problème dans l'immédiat.

Bien qu'en matière répressive, il s'agisse toujours de réprimer, la Cour de cassation a utilisé la condition d'identité d'objet pour refuser l'application de la règle *ne bis in idem* entre des

⁵⁹⁴ J. MORET-BAILLY, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁹⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1478 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 891 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 517 (cet auteur préfère les termes « unité d'action » à « unité d'objet »).

⁵⁹⁶ Cass. Ch. Req. 8 nov. 1937, *D. hebdomadaire* 1937, p. 581 ; Civ. 3^{ème}, 11 juil. 1990, *Bull. Civ.* 3^{ème}, n° 172.

poursuites des pénales et disciplinaires⁵⁹⁷ et, nous l'avons vu, entre des poursuites pénales et administratives⁵⁹⁸. Nous ne répèterons pas ici la démonstration à propos du caractère peu convaincant de cet argument. En revanche, nous avons peut-être percé le mystère de la persévérance de la jurisprudence à s'y référer.

Le principe d'indépendance des ordres judiciaire et administratif interdit que les autorités d'un ordre fassent dépendre leur action de considérations relatives à la protection du crédit des autorités de l'autre ordre. Par conséquent, il ne peut y avoir autorité de la chose jugée dans un ordre sur la chose poursuivie dans un autre ordre. De quelle condition d'application du principe de l'autorité de la chose jugée la jurisprudence pouvait-elle se servir pour faire échec à sa mise en œuvre ? La condition d'identité d'objet était une option possible. Il suffisait d'affirmer péremptoirement qu'elle n'était pas remplie entre deux poursuites répressives de nature différente, chacune d'entre elles tendant à un « objet » différent. Nous maintenons pour notre part que cette démarche est fallacieuse, parce que l'objet d'une poursuite répressive est toujours de réprimer, quelle que soit la nature de la répression utilisée. Les errements du Commissaire du Gouvernement⁵⁹⁹ qui, pensant aborder la question de savoir si une poursuite pénale et une poursuite fiscale ont un objet différent – réprimer ou réparer –, finit par examiner si l'une et l'autre tendent à la répression d'atteintes à des intérêts propres différents, en sont la preuve.

L'on voit comment, par le jeu d'une condition d'application du principe de l'autorité de la chose jugée, la condition d'identité d'objet, la jurisprudence en vient à impartir à la règle *ne bis in idem* un champ matériel d'application plus étroit que son champ utile d'application. La démarche – sans doute inconsciente – consiste à dissimuler une condition d'application du principe de l'autorité de la chose jugée derrière l'exercice officiel d'une prétendue condition d'applicabilité de la règle *ne bis in idem*. Avec, comme grande perdante à ce jeu, la sécurité juridique...

Les conséquences du rattachement du problème de la délimitation du champ d'application de la règle *ne bis in idem* aux conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée ne sont pas moindres. Préconisant l'élargissement du champ d'application de la règle *ne bis in idem* aux relations entre procédures administratives et pénales, des auteurs suggèrent que

⁵⁹⁷ Cass. Crim. 26 mai 1905, précité.

⁵⁹⁸ Cass. crim. 9 janv. 1969, 20 juin 1996 et 6 nov. 1997, précités.

⁵⁹⁹ Voir *supra*, p. 218.

l'attraction des sanctions administratives à la matière pénale conduite à leur appliquer la règle *ne bis in idem*, « à condition toutefois que chacune de ces institutions ou juridictions qui les prononcent offre les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité que le juge pénal traditionnel »⁶⁰⁰. Pourquoi donc cette condition ? Les fonctions de la règle *ne bis in idem* sont de garantir la sécurité juridique collective et individuelle, et si l'on exprime le vœu que la règle s'applique, c'est bien dans le souci de voir ces deux aspects de la sécurité juridique préservés. Alors pourquoi faudrait-il s'inquiéter de la qualité de juge, au sens matériel du terme, de l'autorité qui rend la décision ?

Une fois encore, derrière la règle *ne bis in idem*, c'est l'esprit du principe d'autorité de la chose jugée qui tire les ficelles. Si l'on veut bien protéger le crédit du juge – à remplir sa mission de juger –, l'on hésite à conférer un tel crédit à une autorité qui, au vu de ses qualités intrinsèques, ne le mérite peut-être pas.

264. Le recours à l'idée de protection du crédit du juge explique encore à merveille la position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans ses arrêts des 3 mars 1959 et 9 mai 1961, évoqués plus haut⁶⁰¹. Dans ces espèces, les incriminations fondant les poursuites successives étaient incompatibles entre elles – nous avons retenu pour exemple les faits de l'arrêt du 3 mars 1959 : la première poursuite avait été intentée devant le tribunal de police pour la contravention de blessures involontaires ayant entraîné une incapacité de travail inférieure à six jours tandis que la seconde l'était pour le délit de blessures involontaires supposant l'existence d'une incapacité de travail supérieure à six jours. La Cour de cassation avait tranché en faveur de l'application de la règle *ne bis in idem* alors que, généralement, elle écarte sa mise en œuvre lorsque les différentes poursuites ne sont pas effectuées devant la même juridiction répressive. Au regard de la fonction de protection du crédit du juge, on perçoit la pertinence de cette décision : quelle foi accorder à un système judiciaire dans lequel, pour les mêmes faits exactement, l'action publique est tantôt exercée pour violence ayant provoqué une incapacité de travail de moins de six jours, tantôt pour la même infraction dont serait résultée une incapacité de travail de plus de six jours ? Le seul risque de contradiction portait gravement atteinte à la crédibilité de la justice. Par conséquent, l'évitement des secondes poursuites s'imposait. On le voit, ce sont bien le principe de l'autorité de la chose jugée et sa fonction de protection du crédit du juge qui déterminent le champ effectif d'application de la règle *ne bis in idem*.

⁶⁰⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1478, renvoyant à A. GUINCHARD, *op. cit.*

⁶⁰¹ Voir *supra*, p. 214.

265. Enfin, l'idée de protection du crédit du juge explique on ne peut plus limpide la jurisprudence de la Cour de cassation, d'apparence peu cohérente, à propos de la question de savoir si l'interdiction du cumul n'opère qu'en présence d'une identité de faits matériels et de qualifications juridiques dans les différentes poursuites ou si, au contraire, la seule identité des faits matériels est suffisante. En effet, si à la suite d'un jugement du tribunal correctionnel, une autre poursuite correctionnelle est engagée, sa seule existence laisse à penser que le premier juge qui s'est prononcé n'a pas, comme il lui revient de faire, envisagé les faits sous toutes ses qualifications juridiques ou qu'il a mal appliqué l'une d'entre elles. *De facto*, sa crédibilité est mise à mal. Alors que si l'on saisit le tribunal de police ou la Cour d'assises après qu'un tribunal correctionnel s'est prononcé, c'est tout simplement parce que les faits qu'il a jugés peuvent également être qualifiés de contravention ou de crime et que seuls le tribunal de police ou la Cour d'assises peuvent compléter le premier jugement. Il n'y a là rien qui ne nuise au crédit du tribunal de police. N'oublions pas qu'en matières correctionnelle et contraventionnelle, c'est l'article 6 du Code de procédure pénale qui gouverne la mise en œuvre de l'interdiction du cumul des poursuites et que cette disposition ne prévoit rien d'autre que l'extinction de l'action publique par... la chose jugée.

266. La fin de cette section approche et nous pouvons en tirer les conclusions suivantes. Il existe bien un phénomène de restriction du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* puisque l'on décèle un décalage – particulièrement net en droit français – entre son champ utile d'application, le domaine de la répression, et son champ effectif d'application, le domaine de compétence de l'autorité répressive qui s'est prononcée en premier sur les faits. Or, le second champ est plus étroit que le premier.

De plus, la détermination du champ effectif d'application de la règle est intimement liée au principe de l'autorité de la chose jugée. Le tracé des limites de ce champ est guidé, à vrai dire, par la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée, la protection du crédit du juge. On peut donc affirmer que la restriction du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* est la conséquence directe de l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée. Cela est très regrettable en termes de sécurité juridique, puisqu'en raison de la restriction de son champ matériel d'application, la règle *ne bis in idem* se trouve empêchée de remplir sa fonction dans des pans entiers du droit répressif où elle a pourtant vocation à s'appliquer. Elle en est réduite à contribuer à exercer une fonction, la protection du crédit du juge, qui n'est pas la sienne.

Enfin, l'on constate que l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée dans la détermination du champ d'application de la règle *ne bis in idem* peut être brisée par la loi. Il en va ainsi en droit français, grâce à l'article 368 du Code de procédure pénale qui impose le respect de la règle par l'ensemble des juridictions pénales après un arrêt de cour d'assises. En droit allemand, la démarche du législateur a été différente. Le mécanisme de l'autorité de la chose jugée, dont la tendance naturelle est de ne pas intervenir entre des poursuites menées par des autorités répressives différentes, a été étendu de façon volontariste par le législateur au domaine des poursuites tendant à la répression des infractions administratives. Consacré au paragraphe 84 de la loi sur les infractions administratives, il règle à la fois le problème du cumul des poursuites administratives entre elles et des poursuites pénales et administratives. Tout à fait impensable en France en raison du dogme de la séparation des ordres judiciaire et administratif, le procédé fonctionne bien en Allemagne.

Si le champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* est restreint par le recours au principe de l'autorité de la chose jugée, qu'en est-il de son champ géographique d'application ? Spontanément, l'on est tenté de penser qu'il ne serait pas étonnant que le phénomène de restriction se réitère quand il s'agit d'appliquer la règle entre des poursuites soumises à des autorités de nationalités différentes ou entre des poursuites nationales et des poursuites supranationales. Les développements suivants vont confirmer cette supposition.

Section 2 La restriction du champ géographique d'application de la règle ne bis in idem

267. Si, comme le champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem*, son champ géographique d'application est déterminé par des considérations propres au principe de l'autorité de la chose jugée, l'on devine déjà le résultat. Comme chaque ordre juridique national est indépendant des autres ordres juridiques nationaux, les juridictions répressives des uns n'ont nullement à se soucier du crédit des juridictions répressives des autres. Elles appliquent leurs propres dispositions répressives sans que cela puisse concerner les juridictions étrangères de quelque manière que ce soit. Ainsi, le fait de poursuivre à nouveau des faits matériels déjà jugés dans un autre Etat ne porte pas atteinte à l'autorité de la décision existante ni au crédit de l'organe qui l'a rendue puisque, par le nouveau jugement, il s'agit d'appliquer un droit différent. De même, lorsqu'une contradiction apparaît entre les décisions rendues de part et d'autre, il suffit de rétorquer qu'elle tient à la divergence des droits répressifs des deux Etats. Au regard de l'objectif de protection du crédit de la justice, il n'est aucunement nécessaire de prohiber le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits.

Le raisonnement peut être intégralement transposé à la question de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* entre des poursuites exercées par une autorité répressive nationale et par une autorité répressive communautaire. En effet, sauf dans l'hypothèse où l'autorité nationale applique le droit communautaire, ces poursuites relèvent d'ordres juridiques distincts, l'ordre juridique national d'une part et l'ordre juridique communautaire d'autre part, lesquels contiennent chacun des dispositions répressives qui leur sont propres.

Ainsi, si l'on conçoit la règle *ne bis in idem* comme un pur produit du principe de l'autorité de la chose jugée, l'on aboutit rapidement à la conclusion qu'elle n'a pas lieu de s'appliquer entre des poursuites relevant d'ordres juridiques différents, qu'il s'agisse des ordres juridiques d'Etats différents ou d'un ordre juridique national et de l'ordre juridique communautaire. Il en découle l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* dans les relations internationales (§ 1) et dans les rapports de supranationalité (§ 2).

§ 1 *L'inapplicabilité de la règle ne bis in idem dans les relations internationales*

268. L'étude de la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* entre des poursuites effectuées dans des Etats différents, que nous appellerons encore « règle *ne bis in idem* internationale », est très enrichissante en ce qui concerne ses rapports avec le principe de l'autorité de la chose jugée. L'on observe, en effet, qu'en l'absence de consécration de la règle en tant que telle, c'est-à-dire détachée du principe de l'autorité de la chose jugée, le cumul des poursuites continue de sévir. Le principe de l'autorité de la chose jugée s'avère en quelque sorte incapable de s'« internationaliser » pour permettre à son « effet », la règle *ne bis in idem*, de trouver application après qu'un jugement étranger a été rendu sur les faits (A). En revanche, lorsque la règle *ne bis in idem* est consacrée sans lien de dépendance avec l'autorité de la chose jugée, son applicabilité internationale devient réalité (B).

A. L'inefficacité du principe de l'autorité de la chose jugée dans les relations internationales

269. Le droit allemand présente un bon exemple de l'incapacité du principe de l'autorité de la chose jugée à étendre ses effets au-delà des frontières du champ de compétence des juridictions nationales. L'applicabilité de la règle *ne bis in idem* n'étant pas expressément prévue en droit allemand, le juge s'en remet à la logique de l'autorité de la chose jugée, ce qui a pour conséquence que la règle demeure inapplicable lorsqu'une autorité étrangère a déjà jugé les faits (1). Il en va de même en droit international, où les difficultés de du principe l'autorité de la chose jugée à s'imposer dans les relations interétatiques et à produire des effets à l'étranger sont perceptibles. Aussi la règle *ne bis in idem* peine-t-elle à s'imposer entre les Etats membres du Conseil de l'Europe en tant qu'effet des jugements étrangers (2).

1. L'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* internationale en droit allemand

270. Le silence de la législation allemande sur la règle *ne bis in idem* internationale étonne, tant il contraste avec l'application plutôt généreuse que réserve ce système juridique à la règle dans sa dimension interne. Le code de procédure pénale allemand n'interdit nullement aux

juridictions nationales de poursuivre des faits qui ont été définitivement jugés à l'étranger. Il se contente de prévoir une exception au principe de légalité des poursuites, qui régit la procédure pénale allemande, pour le cas où l'auteur a déjà subi une peine à l'étranger ou a été acquitté au terme d'un jugement définitif pour les mêmes faits. Ainsi, le paragraphe 153 c, alinéa 2 StPO prévoit que le ministère public peut s'abstenir d'engager les poursuites si, dans l'hypothèse où une peine a été prononcée et exécutée, il est probable que la peine qui sera prononcée par les juridictions allemandes se sera pas supérieure à la première. Dans cette hypothèse, en effet, il ne resterait rien de la peine allemande après l'imputation de la peine étrangère qu'impose le paragraphe 51 alinéa 3, 1^{ère} phrase du code pénal⁶⁰². En modulant les conséquences du cumul des poursuites pour les mêmes faits, cette dernière disposition véhicule bien l'idée que le cumul est la règle. De fait, en dehors du cas prévu par le paragraphe 153c alinéa 2 StPO, et hors l'hypothèse des faits commis à l'étranger que le ministère public *peut* ne pas poursuivre en vertu du paragraphe 153c alinéa 1, 1^{ère} phrase, n° 1 StPO, les poursuites *doivent* avoir lieu en Allemagne malgré l'existence d'une procédure étrangère antérieure⁶⁰³. Le cumul des poursuites pour les mêmes faits est, pour ainsi dire, organisé !

Seule une interprétation évolutive de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale aurait permis que la règle *non bis in idem* internationale soit accueillie par le droit allemand. Un tel dynamisme interprétatif était possible dans la mesure le Constituant de 1949 se contenta de poser pour principe que « *nul ne peut être puni deux fois pour le même fait sur la base des lois pénales générales* », sans préciser si l'interdiction du cumul devait être limitée aux cas où le premier jugement émanait d'un tribunal allemand ou si l'origine géographique de cette décision importait peu. Par conséquent, aucun obstacle littéral n'entravait l'extension de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* après une poursuite étrangère.

Les juges allemands ne s'engagèrent pourtant pas dans cette voie. Arguant de ce que le constituant n'avait pas entendu élargir le champ d'application de la règle *ne bis in idem* par rapport au droit en vigueur en 1949, la Cour fédérale de justice et la Cour constitutionnelle fédérale entérinèrent la position de la Cour impériale de justice, le *Reichsgericht*⁶⁰⁴. Aussi la

⁶⁰² Le § 51 al. 3 1^{ère} phrase dispose : « Si le condamné a été puni pour les mêmes faits à l'étranger, la peine étrangère, dans la mesure où elle est exécutée, est imputée sur la nouvelle peine ».

⁶⁰³ On citera pour illustration l'arrêt du BGH du 30.4.1969, 4StR 105/69, NJW 1969, p. 1542.

⁶⁰⁴ Selon la Cour constitutionnelle allemande, « *l'analyse historique de l'apparition de l'art. 103 al. 3 de la Loi fondamentale ne révèle aucun élément permettant d'affirmer que le principe juridique ne bis in idem aurait subi des modifications dans sa substance par le fait de son intégration dans la Loi fondamentale et que les limites (à*

Cour constitutionnelle fédérale affirma-t-elle dès 1961 que « *l'interdiction constitutionnelle de renouveler une action pénale après que la décision du juge a acquis l'autorité de la chose jugée ne s'impose que lorsqu'un tribunal de la République fédérale a statué* »⁶⁰⁵. Près de quinze ans plus tard, cette jurisprudence n'avait pas évolué d'un iota : dans une décision du 31 mars 1987, la Cour constitutionnelle répéta que « *l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale ne prohibe fondamentalement que la multiplication des jugements de l'auteur d'une infraction pénale par les tribunaux allemands* »⁶⁰⁶.

271. Grâce à la Convention d'application des accords de Schengen du 19 juin 1990 applicable depuis le 26 mars 1995, la dimension internationale de la règle *ne bis in idem* a malgré tout fait son entrée en Allemagne. L'impact de l'absence de la règle *ne bis in idem* internationale en droit allemand est donc amoindri. Mais, naturellement, cela n'est vrai que lorsque les premières poursuites ont été effectuées dans l'espace Schengen. En outre, cela ne supprime pas l'intérêt de comprendre pourquoi l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* n'a pas pu être réalisée à partir du droit interne.

272. Notre soupçon porte sur la dépendance de la règle *ne bis in idem* du principe de l'autorité de la chose jugée. Aucune disposition légale ni constitutionnelle n'ayant imposé l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* dans les rapports internationaux, l'esprit du principe de l'autorité de la chose jugée continue de souffler sur sa mise en œuvre. En témoigne la décision du 31 mars 1987, dans laquelle la Cour précisa : « *L'article 103 alinéa 3 n'empêche pas une nouvelle poursuite pénale d'un fait qui a été jugé définitivement à l'étranger par les tribunaux compétents allemands, dans la mesure où le jugement étranger n'est pas reconnu comme exécutoire et n'est pas exécuté en Allemagne (...)* »⁶⁰⁷.

Or, fondamentalement, ce principe n'a pas vocation à s'appliquer en présence d'un jugement étranger. En effet, sa fonction de protection du crédit du juge n'a pas lieu d'être remplie vis-à-vis des juridictions étrangères. Non pas que le juge national se moque par principe du crédit

son application) tracées par la jurisprudence devraient être déterminées autrement que jusqu'à présent. (...) Le principe juridique consacré par l'art. 103 al. 3 de la Loi fondamentale prend ainsi appui sur l'état du droit procédural applicable lors de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale et sur son interprétation par la jurisprudence dominante », déc. du 18 déc. 1953, *BVerfGE* vol. n° 3, p. 248 et s. spéc. p. 252 ; voir également la décision de la Cour fédérale de justice rendue dans le même sens quelques jours auparavant : BGH 9 déc. 1953, *BGHSt* vol. n° 5, p. 323 et s., spéc. p. 329 ; voir enfin le rappel de cette jurisprudence dans la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 17 janv. 1961, *BVerfGE* vol. n° 12, p. 62 et s. spéc. 66.

⁶⁰⁵ Décision du 17 janv. 1961, précitée, c'est nous qui soulignons.

⁶⁰⁶ Décision du 31 mars 1987, *BVerfGE* n° 75, p. 1 et s., spéc. p. 15.

⁶⁰⁷ Décision du 31 mars 1987, précitée, p. 16, c'est nous qui soulignons.

des juridictions étrangères, voire de son propre crédit vis-à-vis de l'opinion publique étrangère. Mais comme les juridictions répressives d'Etats différents appliquent nécessairement des dispositions légales différentes, le fait qu'elles jugent doublement – voire dans des sens opposés – une même affaire ne porte pas directement atteinte à leurs crédits respectifs.

273. La Cour constitutionnelle fédérale ne présente naturellement pas les choses de cette façon. Dans sa décision de 1961, qui concernait des faits déjà poursuivis dans l'ex-Allemagne de l'Est, elle souligna que les tribunaux est-allemands « *exerçaient un pouvoir (...) qui n'[était] pas guidé par les principes de l'Etat de droit* ». Par conséquent, un jugement rendu par de telles juridictions ne pouvait s'opposer à ce qu'une nouvelle procédure soit engagée dans la République fédérale⁶⁰⁸. Lorsque le juge constitutionnel statua sur la question de l'applicabilité de l'article 103 alinéa 3 à la suite d'une poursuite étrangère, il ne remit pas en question cet argument. Ce dernier est d'ailleurs repris par une partie de la doctrine qui, sans toujours insister sur le problème des procédures irrespectueuses de l'Etat de droit, fait parfois simplement remarquer que l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* après une poursuite effectuée à l'étranger se heurte aux différences des droits pénaux procéduraux et matériels des différents Etats⁶⁰⁹.

Ce raisonnement est, à notre sens, tout à fait révélateur du rôle de frein que joue le principe de l'autorité de la chose jugée dans la reconnaissance d'une dimension internationale à la règle *ne bis in idem*. Ce qui gêne le juge, c'est que s'il appliquait la règle *ne bis in idem* dans ce type de situations, il en arriverait, indirectement, à donner effet à un jugement étranger qui ne présenterait pas nécessairement les garanties exigées dans son propre ordre juridique. Mais cette crainte n'existe que parce que la règle *ne bis in idem* est perçue comme un effet du jugement ! Autrement dit, elle n'est fondée qu'en raison du rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée. L'on pourrait tout à fait la résorber si l'on considérait que la règle *ne bis in idem* n'est pas un effet du jugement mais simplement une conséquence de l'épuisement de l'action publique. Il suffirait de postuler que l'action publique ne peut plus être engagée en Allemagne parce qu'elle l'a déjà été à l'étranger, sans que cela sous-entende que l'on attribue un quelconque effet au jugement étranger dans l'ordre juridique allemand. Car il faut bien se rendre compte que, lorsque l'on engage une deuxième poursuite envers la même personne pour les mêmes faits, l'on n'agit pas de façon

⁶⁰⁸ Décision du 17 janv. 1961, précitée ; B. SPECHT, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁰⁹ P. RIEß, *op. cit.*, n° 108.

particulièrement cohérente avec le principe de l'Etat de droit. Le faire au nom du respect de ce même principe s'avère donc quelque peu contradictoire⁶¹⁰.

En tout état de cause, l'argument selon lequel la règle *ne bis in idem* doit restée inappliquée en raison du faible niveau de garantie des droits fondamentaux dans l'Etat de la première poursuite, témoigne avec éclat du phénomène de restriction du champ géographique d'application de la règle *ne bis in idem* par le principe de l'autorité de la chose jugée.

274. Par ailleurs, qu'elle l'approuve ou qu'elle la fustige, la doctrine allemande explique parfois l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* dans les rapports internationaux par l'argument de la souveraineté de l'Etat allemand. La souveraineté implique, fait-on observer, qu'un Etat puisse sanctionner une infraction plus sévèrement que l'a déjà fait un autre Etat, donc qu'il puisse rejuger une affaire déjà jugée à l'étranger⁶¹¹. L'on pourrait ajouter qu'elle implique également qu'un Etat puisse réprimer un comportement considéré comme licite dans un autre Etat, ou encore juger de façon plus clémentine une personne condamnée lourdement à l'étranger pour les mêmes faits, afin de ne pas devoir lui appliquer la peine prononcée dans l'Etat étranger.

Mais cette argumentation n'est pas complètement satisfaisante. En matière de relations internationales, il est un principe fondamental auquel les questions de justice répressive n'échappent pas, celui de la réciprocité⁶¹². Ce qu'un Etat souhaite obtenir des autres Etats, il le leur accorde lorsque ceux-ci lui en font la demande. De même, ce qu'un Etat souhaite que les autres Etats lui permettent, il le permet aux autres Etats. Ainsi, il n'est pas rare que des mesures d'entraide judiciaire soient formulées sous condition de réciprocité. Il en va ainsi du paragraphe 5 de la loi allemande sur l'entraide juridique internationale (*Gesetz über internationale Rechtshilfe*, abrégée *IRG*⁶¹³), soumettant l'admissibilité de l'extradition à la condition que l'Allemagne puisse, au regard des garanties données par l'Etat requérant, compter sur le fait qu'il donnerait suite à une requête allemande comparable.

⁶¹⁰ Pour un raisonnement similaire, voir les conclusions de l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer, rendues le 19 sept. 2002, point 115 : « Ce serait un sarcasme de soutenir que l'article 54 de la Convention [de Schengen consacrant la règle *ne bis in idem*] vise uniquement les décisions juridictionnelles, c'est-à-dire les décisions prononcées au terme d'une procédure présentant toutes les garanties reconnues au justiciable, pour réduire, par ce même argument, le champ d'application de l'une de ces garanties ».

⁶¹¹ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 199 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 69.

⁶¹² A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, n°s 7 et 13.

⁶¹³ Loi du 23 déc. 1982, *BGBI.* I 1982, p. 2071 et s.

En application de cette idée simple, il apparaît que le meilleur moyen pour un Etat de se préserver la possibilité de juger des individus qui ont déjà été jugés à l'étranger est de permettre aux autres Etats d'en faire également ainsi. Or, la poursuite de tels individus nécessite parfois d'obtenir leur extradition. Aussi, si l'Allemagne souhaite se ménager les meilleures chances d'être en mesure de poursuivre des faits qui ont déjà été définitivement jugés à l'étranger, elle doit faire en sorte que l'extradition des individus qui les ont commis lui soit accordée. Dans cette perspective, il est indispensable qu'elle fournisse la réciprocité aux autres Etats, c'est-à-dire qu'elle accepte également d'extrader à leur adresse des individus qu'elle a déjà jugés. Telle serait l'attitude conséquente d'un Etat pour se mettre en bonne position de poursuivre tous les faits relevant de sa compétence en conformité avec le principe de légalité des poursuites, bien qu'ils aient déjà été définitivement jugés à l'étranger.

275. Or, telle n'est pas la position de l'Allemagne. En droit allemand, la règle *ne bis in idem* constitue un obstacle à l'extradition. Le paragraphe 9 alinéa 1 de la loi sur l'entraide juridique internationale prévoit que l'extradition ne peut pas être accordée si, d'une part, les juridictions allemandes sont compétentes pour juger les faits et, d'autre part, les autorités allemandes ont : soit rendu un jugement ou une décision de valeur juridique équivalente contre la personne poursuivie ; soit refusé l'ouverture de la phase de jugement (*Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens*, § 204 StPO) ; soit rejeté une demande de mise en mouvement de l'action publique (*Verwerfung des Antrags auf Erhebung der öffentlichen Klage*, § 174 StPO)⁶¹⁴ ; soit arrêté la procédure à la suite d'une transaction pénale.

L'Allemagne utilise donc la règle *ne bis in idem* à l'encontre des autres Etats dans le cadre de l'extradition alors qu'elle-même ne la met pas en œuvre quand le premier jugement a été rendu à l'étranger, ce qui laisse entendre qu'elle ne souhaite pas qu'on l'utilise à son égard lorsque elle-même formule une demande d'extradition. Pourquoi cette incohérence ?

Qu'on ne s'en remette pas au souci d'éviter à la personne dont l'extradition est requise d'être poursuivie doublement pour les mêmes faits. Quand un Etat tient véritablement à protéger le justiciable, il commence par assurer cette protection lui-même avant d'imposer aux autres Etats de le faire. Ainsi, c'est seulement après que les Etats membres du Conseil de l'Europe avaient aboli la peine de mort que la Cour européenne des droits de l'homme a pu condamner

⁶¹⁴ Un tel rejet ne peut résulter d'une simple décision d'opportunité comme en France et il est définitif en vertu de l'alinéa 2 du § 174 StPO, sauf en cas de survenance de faits nouveaux ou de nouvelles preuves.

l'extradition d'un individu vers les Etats-Unis où il était menacé par ce châtement⁶¹⁵. Par ailleurs, si le souci humaniste gouvernait véritablement le refus d'extrader, il serait logique que l'extradition soit exclue lorsque l'Etat étranger ne prévoit pas l'imputation de la peine déjà prononcée à l'issue du premier jugement – comme le fait le droit allemand. Or, la jurisprudence allemande a tranché que l'absence, dans la législation de l'Etat vers lequel l'extradition est envisagée, de disposition prévoyant l'imputation de la première peine sur la peine étrangère n'empêche pas l'extradition par les autorités allemandes d'un individu ayant été définitivement jugé par les autorités répressives d'un Etat tiers⁶¹⁶.

276. Alors, pourquoi l'Allemagne s'appuie-t-elle sur la règle *ne bis in idem* pour refuser d'extrader des individus poursuivis par ses autorités, tout en la rejetant lorsque ces dernières s'apprêtent à poursuivre des individus déjà jugés à l'étranger ? Une fois de plus, c'est le principe de l'autorité de la chose jugée qui tire les ficelles. En effet, il n'est pas très conforme à ce principe qu'une personne déjà jugée dans un Etat membre soit extradée par ce même Etat pour être rejugée à l'étranger. Admettre qu'une personne soit poursuivie à l'étranger alors qu'elle a déjà été jugée dans son propre Etat peut simplement résulter de la considération que l'Etat étranger est également compétent pour juger les faits et qu'il doit pouvoir par conséquent exercer sa souveraineté et les sanctionner en vertu de ses propres règles répressives. Mais l'extradition n'est pas seulement le fruit de démarches étrangères, elle est aussi celui d'une autorité allemande qui l'autorise. Ainsi, pour une autorité allemande, permettre qu'une personne soit poursuivie à l'étranger bien qu'elle ait déjà été punie en Allemagne revient à accepter que la sanction allemande n'est peut-être pas assez forte ou, au contraire, qu'elle l'est trop. Cela est tout prêt de porter atteinte à l'autorité de la juridiction allemande qui s'est déjà prononcée. De même, permettre qu'une personne soit poursuivie à l'étranger alors qu'elle a été blanchie en Allemagne n'est pas loin de désavouer le verdict des juridictions allemandes. En somme, permettre le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits dans un autre pays après qu'un tribunal allemand s'est prononcé a pour effet de contredire la parole de la justice allemande, donc de porter atteinte au crédit de sa propre justice. Une fois encore, la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée influence l'applicabilité de la règle *ne bis in idem*.

D'ailleurs, dès lors que l'extradition ne fait pas suite au jugement des mêmes faits par une juridiction allemande, mais à celui des autorités judiciaires d'un Etat tiers, elle redevient

⁶¹⁵ Arrêt CEDH Soering c. Royaume-Uni, 7 juil. 1989, série A, n° 161.

⁶¹⁶ OLG Düsseldorf, décision du 17 sept. 1958 – (2) Ausl. 2/58 (323), GA 1958, p. 375 et s.

possible, selon la Cour constitutionnelle fédérale elle-même⁶¹⁷ ! Dans ce cas, en effet, la cohérence interne des décisions des autorités allemandes n'est pas en cause comme dans le cas d'une extradition faisant suite à un jugement allemand, si bien que ni leur crédit, ni leur autorité n'est menacée. Il apparaît alors tout à fait conseillé de satisfaire la demande d'extradition, dans le but d'obtenir la réciprocité pour le jour où l'Allemagne demanderait elle-même l'extradition d'un individu en vue de réexaminer des faits jugés dans un Etat tiers.

277. L'on voit donc bien qu'en l'absence de consécration explicite de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* au-delà des frontières nationales, le réflexe est toujours de raisonner à partir du principe de l'autorité de la chose jugée. L'on donne effet à ses propres jugements en refusant d'extrader ceux qui en ont fait l'objet pour éviter de décrédibiliser sa propre justice, mais l'on ne reconnaît pas d'effet aux jugements étrangers tant un texte ne l'impose pas, puisque cela n'est pas nécessaire en termes de préservation du crédit des juridictions impliquées. Le blocage allemand en matière de reconnaissance d'une dimension internationale à la règle *ne bis in idem* peut, au moins en partie, s'expliquer par le fait que l'on continue de raisonner à partir du principe de l'autorité de la chose jugée, qui semble rester rebelle au phénomène d'internationalisation. Nous allons le constater à nouveau à la lumière d'un autre exemple.

2. La difficulté de la règle à s'imposer en droit international comme effet du jugement étranger

278. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'on tenta de favoriser l'octroi d'effets aux jugements étrangers par l'adoption d'une *Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs*, signée à La Haye le 28 mai 1970.

Donner une valeur à un jugement répressif étranger revient incontestablement à lui reconnaître une certaine autorité. Il s'agit en quelque sorte d'internationaliser le principe de l'autorité de la chose jugée de façon à pouvoir conférer des effets à des jugements qui, en principe, n'en ont pas en raison de la séparation des différents ordres juridiques nationaux. L'un des objectifs de cette opération est de donner une dimension internationale à l'effet négatif de la chose jugée, dont on considère qu'il équivaut à la règle *ne bis in idem*.

⁶¹⁷ Voir notamment la décision du 31.3.1987, précitée.

C'est précisément cette démarche qu'emprunte la Convention européenne de 1970. Après avoir posé une série de définitions dans son titre premier, elle consacre son deuxième titre à l'exécution des jugements répressifs européens, puis son troisième titre aux effets internationaux des jugements répressifs européens. Des dispositions consacrant la règle *ne bis in idem* forment la majeure partie du troisième titre. Le reste de ce titre concerne la « prise en considération », qui s'apparente à l'aspect positif de l'autorité de la chose jugée.

Dans cette Convention, la règle *ne bis in idem* est clairement conçue comme un effet de la chose jugée et de l'autorité qu'on lui accorde. En vue d'appliquer la règle entre eux, les Etats doivent accorder une valeur aux jugements étrangers. La renonciation à l'exercice d'une poursuite diligentée par leurs propres autorités est aussi conditionnée par la reconnaissance d'une certaine autorité au jugement étranger rendu dans la même affaire. En d'autres termes, comme la règle *ne bis in idem* n'est qu'un effet du jugement, dans les relations internationales, elle intervient nécessairement après que l'on a reconnu une valeur au jugement étranger qui a statué sur les faits.

279. Cependant, il est plus difficile qu'il ne paraît d'accorder une valeur aux jugements répressifs étrangers. Ces derniers sont nécessairement rendus en application d'un droit différent. Or, l'on sait combien ces différences sont sensibles en matière pénale, tant en ce qui concerne les incriminations que les peines. En outre, les procédures pénales en application desquelles les jugements sont rendus présentent encore de grandes divergences d'un Etat à l'autre, sans compter la sensible question du respect des garanties fondamentales, qui est appréciée selon des critères et à des intensités variables dans chaque pays.

Pour parvenir à accorder une quelconque valeur à un jugement étranger, il faut pouvoir dépasser toutes ces divergences. Cela serait possible si les Etats acceptaient de reconnaître des décisions quand bien même ils auraient traité l'affaire d'une autre manière. Mais ils sont en vérité jaloux de leur politique pénale, qui reste l'un des symboles de leur souveraineté, et très peu enclins à donner des effets sur leur territoire à des décisions répressives qui n'ont pas été rendues en conformité avec leur propre conception de la juste réponse à donner – ou à ne pas donner – à tel ou tel comportement.

L'autre solution pour faciliter la reconnaissance d'une valeur aux jugements étrangers consiste à faire précéder celle-ci d'un travail préparatoire d'harmonisation des règles pénales de fond et de procédure, de sorte que les différences s'estompent. Mais, naturellement, cela

prend du temps, et n'est pas toujours souhaitable en termes de respect des particularismes culturels juridiques.

En somme, l'échec de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs qui, au 28 mai 2000 – soit trente ans après son adoption –, ne comptait que dix ratifications sur plus de quarante Etats membres du Conseil de l'Europe, n'est pas véritablement une surprise⁶¹⁸. Le contraste avec le succès de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, qui consacre notamment la règle *ne bis in idem* comme obstacle à l'extradition en son article 9⁶¹⁹, et qui est actuellement ratifiée par quarante-quatre des quarante-six Etats de l'organisation européenne⁶²⁰, est flagrant. Du même coup, l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* après l'achèvement d'une poursuite étrangère reste peu développée entre les Etats des pays du Conseil de l'Europe – du moins par l'effet de la Convention de 1970⁶²¹ – alors que sa reconnaissance en tant qu'obstacle à l'extradition ne souffre d'aucune réserve grâce à l'article 9 de la Convention européenne d'extradition. Mais l'on sait que l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* en tant qu'obstacle à l'extradition s'intègre parfaitement dans la logique du principe de l'autorité de la chose jugée⁶²².

280. De façon générale, la difficulté de rendre la règle *ne bis in idem* applicable dans les relations internationales tout en continuant de la considérer comme un effet du jugement – constat que nous avons également pu tirer de l'étude du droit allemand – doit mettre en garde.

Dans l'Union européenne, la tendance actuelle est de concevoir l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* comme un produit, une conséquence directe du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives – c'est-à-dire de la reconnaissance par les

⁶¹⁸ Récemment toutefois, cette Convention a suscité un regain d'intérêt. Depuis 2000, huit nouvelles ratifications sont intervenues – provenant plus particulièrement des pays de l'Est (Albanie, Bulgarie, Estonie, Géorgie, Lettonie, Roumanie, Ukraine). En revanche, une bonne part des pays membres de l'Union européenne, pourtant habituée à une coopération interétatique étroite, n'a toujours pas ratifié la Convention (Allemagne, Belgique, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Portugal, Royaume-Uni).

⁶¹⁹ L'article 9 de cette Convention dispose : « L'extradition ne sera pas accordée lorsque l'individu réclamé a été définitivement jugé par les autorités compétentes de la Partie requise, pour le ou les faits à raison desquels l'extradition est demandée. L'extradition pourra être refusée si les autorités compétentes de la Partie requise ont décidé de ne pas engager de poursuites ou de mettre fin aux poursuites qu'elles exercent pour le ou les mêmes faits ».

⁶²⁰ Les deux Etats restant sont peu significatifs puisqu'il s'agit de Monaco (qui, en raison d'un lien de dépendance particulier avec la France, ne bénéficie pas de la souveraineté nécessaire pour ratifier des conventions internationales) et de Saint-Marin. Au 28 mai 1970, date de la signature de la Convention sur la valeur internationale des jugements répressifs, la Convention européenne d'extradition comptait déjà onze ratifications.

⁶²¹ La règle est applicable entre les Etats de l'espace Schengen en vertu des articles 54 et s. de la Convention de Schengen, voir *supra*, p. 242.

⁶²² Voir *supra*, p. 234.

Etats de l'Union des décisions répressives rendues dans les autres Etats de l'Union⁶²³. La position du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, faisant du principe de la reconnaissance mutuelle « *la pierre angulaire* » de la coopération judiciaire⁶²⁴, est tout à fait nette à cet égard. La Communication de la Commission du 26 juillet 2000 sur la *Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale* confirme cette position, en faisant de la règle *ne bis in idem* un « aspect » de la reconnaissance mutuelle⁶²⁵.

Dans ce contexte, la reconnaissance internationale de la règle *ne bis in idem* ne peut être que le fruit d'un long processus, puisque la reconnaissance mutuelle ne va pas sans un minimum d'harmonisation des règles de procédure et de fond. Il n'est alors pas surprenant qu'en vertu du *Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales* du Conseil de l'Union européenne, rendu public le 7 novembre 2000⁶²⁶, le réexamen des dispositions relatives à la règle *ne bis in idem*⁶²⁷ ne constitue qu'une priorité de degré 6⁶²⁸.

281. Si l'on analyse l'essence du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, l'on comprend vite qu'il s'agit d'une sorte d'internationalisation du principe de l'autorité de la chose jugée. L'intensité est peut-être moindre mais, au fond, reconnaître une décision ou lui accorder une autorité relève de la même démarche – on reconnaît également l'idée d'octroi d'une valeur internationale aux jugements incarnée par la Convention européenne de 1970. En somme, le passage par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle en vue d'aboutir à l'applicabilité internationale de la règle *ne bis in idem* est, lui aussi, en parfaite cohérence avec l'idée que cette règle est un effet du jugement ou un aspect de l'autorité de la chose jugée. En quelque sorte, l'on internationalise le principe de l'autorité de la chose jugée dans le but d'obtenir l'internationalisation de la règle *ne bis in idem*.

⁶²³ Pour plus de détails, voir A. WEYEMBERGH, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne : mise en perspectives », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, édité par G. de Kerchove et A. Weyembergh, Bruxelles, Editions de l'U.L.B., 2001, p. 25-63, spéc. p. 39 et s.

⁶²⁴ Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, SN 200/99, § 33.

⁶²⁵ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale*, 26 juil. 2000, COM(2000) 495 final, p. 9 : « reconnaître une jugement signifie (...) le prendre en compte. Un des aspects pertinents est le principe „ne bis in idem“ selon lequel lorsque des personnes ont fait l'objet d'une décision en ce qui concerne certains faits et normes juridiques à appliquer, elles ne pourraient plus faire l'objet de décisions ultérieures sur la même affaire ».

⁶²⁶ Doc. n° 9737/5/00/REV5, p. 7 et p. 21.

⁶²⁷ Il s'agit des articles 54 et suivants de la Convention de Schengen.

⁶²⁸ C'est-à-dire le dernier degré de priorité.

La doctrine envisage également l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* dans l'Union européenne comme le résultat de la progression du principe de reconnaissance mutuelle. C'est, pour citer un exemple parmi d'autres, la position de Mme Weyembergh dans son article sur la portée de la règle dans l'espace pénal européen⁶²⁹. L'auteur commence son article par la phrase : « Conséquence logique de l'effet de la chose jugée, le principe (...) ne bis in idem est (...) ». De façon conséquente, elle affirme un peu plus loin : « Relevant du processus de la reconnaissance mutuelle, le principe ne bis in idem [international] est confronté aux questions que posent ce processus »⁶³⁰ ; ou encore : « Comme les autres dimensions de la reconnaissance mutuelle, le principe ne bis in idem déroge à l'application stricte [du] territorialisme [qui veut notamment que les jugements répressifs ne produisent des effets que sur le territoire où ils ont été prononcés] puisqu'il consiste à reconnaître l'autorité de la chose jugée à des décisions judiciaires répressives étrangères et revient ainsi à leur reconnaître des effets extraterritoriaux. Il est donc de nature à cristalliser les résistances ».

282. A notre avis, il est urgent de prendre le contrepoint du dogme de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives comme condition préalable de l'applicabilité internationale de la règle *ne bis in idem*.

Quand on a conscience des difficultés rencontrées pour internationaliser le principe de l'autorité de la chose jugée en l'état des divergences des législations pénales nationales, l'on comprend vite que subordonner l'applicabilité internationale de la règle *ne bis in idem* à la reconnaissance mutuelle des jugements est dangereux. Cette applicabilité risque de ne jamais voir le jour. Par la suite, nous montrerons que cette subordination est également inutile⁶³¹. Les propos de Mme Weyembergh selon lesquels la règle *ne bis in idem* est « *de nature à cristalliser les résistances* » parce qu'elle « *consiste à reconnaître l'autorité de la chose jugée à des décisions judiciaires répressives étrangères* » sont la démonstration parfaite que la difficulté de l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* provient bel et bien du « passage obligé » par l'autorité de la chose jugée.

⁶²⁹ A. WEYEMBERGH, « Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ? ». L'on pourrait également citer M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Préface H. Labayle, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, p. 609 : « *Le principe ne bis in idem (...) ne peut être mis en œuvre sans une affirmation du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Les deux principes sont par conséquent complémentaires* ».

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 357.

⁶³¹ Voir *infra*, seconde partie : conçue comme un droit fondamental de l'individu à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, la règle *ne bis in idem* s'internationalise aisément.

283. Pour notre part, nous pensons que l'internationalisation du principe de l'autorité de la chose jugée n'a pas de sens. Une fois encore, il faut revenir à la fonction de ce principe, la protection du crédit de la justice. Celle-ci peut être assurée par l'évitement du renouvellement du cumul des poursuites dans la mesure où celui-ci témoigne d'une défiance vis-à-vis du premier juge qui s'est prononcé, ou dans la mesure où il peut déboucher sur une contradiction entre les deux jugements. Mais toutes les fois que la deuxième poursuite n'a pas vocation à faire s'appliquer le même droit que celui qui a été mis en œuvre dans la première poursuite, elle ne peut être source d'un quelconque discrédit. Le fait d'engager une nouvelle poursuite en vue de l'application de dispositions pénales ne relevant pas de la compétence du premier juge ne peut pas discréditer son action, ni le fait de rendre une décision différente de la première puisque la divergence s'explique simplement par le fait que le droit appliqué n'est pas le même.

Internationaliser le principe de l'autorité de la chose jugée ne peut avoir pour but que d'étendre la protection du crédit du juge aux juges étrangers. Mais pourquoi vouloir protéger le crédit des juges étrangers alors que cela n'est nullement nécessaire puisque leur crédit n'est pas mis en cause lorsqu'un juge national rejuge les mêmes faits en application de ses propres règles juridiques ? Pourquoi rechercher cette internationalisation alors que les contradictions n'ont nulle chance d'apparaître puisqu'on ne peut pas se contredire réciproquement dès lors qu'on juge en fonction de critères différents ?

En réalité, le principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas seulement incapable de prohiber le renouvellement des poursuites après un jugement étranger parce qu'il est difficile à internationaliser, il n'a tout simplement pas vocation à s'internationaliser. En revanche, la règle *ne bis in idem* s'internationalise très bien quand elle en est détachée.

B. Le succès de la règle *ne bis in idem* internationale détachée de la logique de l'autorité de la chose jugée

284. Deux exemples de succès de l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* peuvent être exposés. Il s'agit du droit français (1) et de la Convention de Schengen (2) qui prévoient l'un comme l'autre l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* internationale sans la subordonner à la reconnaissance du jugement étranger déjà rendu à propos des mêmes faits – donc sans s'en référer à la logique de l'autorité de la chose jugée.

1. L'applicabilité de la règle *ne bis in idem* internationale en droit français

285. En France, la règle *ne bis in idem* est consacrée dans sa dimension internationale aux articles 113-9 du Code pénal et 692 du Code de procédure pénale. Ces deux dispositions ont exactement le même contenu : « *[en cas d'infraction commise hors du territoire de la République], aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite* »⁶³².

On le voit, l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* internationale n'est nullement subordonnée à la reconnaissance du jugement étranger. Elle intervient donc sans aucun lien avec le principe de l'autorité de la chose jugée. Elle est conditionnée par la preuve de l'existence d'un jugement définitif, qui correspond davantage au signal que l'action publique exercée à l'étranger est éteinte qu'à la volonté de conférer une valeur juridique à ce jugement sur le territoire français.

286. Certes, les articles 113-9 du Code pénal et 692 du Code de procédure pénale ne prévoient pas une applicabilité absolue de la règle *ne bis in idem*. Ils comportent des conditions particulières à sa mise en œuvre, que l'on peut encore identifier comme des exceptions propres à son applicabilité internationale. Ainsi, les juridictions françaises peuvent renouveler les poursuites lorsque les faits ont été commis sur le territoire français, ce qui constitue une limitation de taille à l'applicabilité de la règle. Cependant, cette restriction n'est pas due à l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée, mais au souci de l'Etat français de ne pas être atteint dans sa souveraineté, laquelle implique qu'un Etat puisse réprimer des faits délictueux commis sur son territoire.

De plus, en cas de condamnation lors de la première poursuite, la peine doit avoir été subie ou prescrite pour que les poursuites soient exclues en France. Il s'agit là d'éviter qu'un condamné à l'étranger échappe à la sanction en se réfugiant en France. Ici encore, cette exception n'a donc rien à voir avec le principe de l'autorité de la chose jugée. Elle doit au contraire s'analyser comme la contrepartie de la renonciation à la reconnaissance du jugement étranger. En effet, si la peine n'a pas été exécutée à l'étranger bien qu'elle puisse encore l'être juridiquement, il faut pouvoir l'exécuter. Or, cela n'est pas possible en l'absence de

⁶³² Pour les conditions d'application de ces dispositions, voir A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *op.cit.*, n° 151 et s.

reconnaissance du jugement étranger. La France se réserve donc la possibilité de renouveler les poursuites dans ce cas.

Remarquons que la doctrine ajoute parfois aux conditions légales des conditions relatives à la décision étrangère qui relèvent, à la vérité, typiquement de la logique de la reconnaissance des jugements étrangers. Fidèles à l'idée selon laquelle la règle *ne bis in idem* est un effet de la chose jugée, la doctrine estime parfois qu'elle n'est applicable qu'après que le jugement étranger a été rendu à l'issue d'une procédure régulière au regard de la loi étrangère⁶³³. A notre sens, cette condition n'a pas lieu d'être⁶³⁴.

287. Malgré l'existence d'exceptions, la règle *ne bis in idem* a donc le mérite d'exister dans sa dimension internationale en droit positif français. C'est également le cas dans le droit de l'Union européenne.

2. La consécration de la règle *ne bis in idem* internationale par la Convention de Schengen

288. La Convention de Schengen du 19 juin 1990 prévoit l'application de la règle *ne bis in idem* entre les Etats parties dans ses articles 54 à 58. Aujourd'hui, en vertu du Protocole intégrant l'acquis de Schengen, accompagnant le traité d'Amsterdam, les articles 54 et suivants de la Convention de Schengen font partie du droit de l'Union européenne au même titre que les dispositions du titre VI du traité sur l'Union.

L'article 54 de la Convention de Schengen est construit sur le même schéma que les dispositions françaises. Il dispose : « *[u]ne personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation* ». On retrouve la condition relative à l'exécution de la peine en cas de condamnation à l'issue des premières poursuites, sauf si cette exécution n'est plus

⁶³³ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, p. 316 : « Le juge saisi doit s'assurer que la sentence étrangère est intervenue régulièrement » ; M. PUECH, *op. cit.*, n° 471.

⁶³⁴ Des auteurs précisent que la procédure doit être respectueuse des droits de la défense tels que conçus en France : A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *op.cit.*, n° 154. A notre sens, cette condition ne peut être exigée de façon générale pour l'application de la règle *ne bis in idem*. En revanche, lorsque la sanction prononcée à l'étranger n'a pas été exécutée, la France devrait pouvoir préférer, à la demande de l'individu, engager une nouvelle poursuite sur le territoire national plutôt que d'exécuter la décision étrangère ou que d'extrader l'individu vers l'Etat de condamnation en vue de l'exécution de la sanction, voir *infra*, p. 554.

possible en vertu des lois de l'Etat de condamnation. En outre, l'article 55 de la Convention permet aux Etats, par le biais de déclarations, de se réserver la possibilité de ne pas appliquer l'article 54 dans trois types de situations.

Un Etat peut ainsi déclarer qu'il n'est pas lié par l'interdiction du renouvellement du cumul des poursuites pour les mêmes faits lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu en partie sur son territoire, sauf s'ils ont eu lieu, pour une autre partie, sur le territoire de l'Etat où le jugement a été rendu (art. 55, § 1, a, de la Convention) ; lorsque les faits constituent une infraction contre la sûreté de l'Etat ou d'autres intérêts également essentiels de l'Etat (art. 55, § 1, b, de la Convention) ; lorsque les faits ont été commis par un fonctionnaire de l'Etat en violation des obligations de sa charge (art. 55, § 1, c, de la Convention).

En dépit de ces exceptions qui restreignent à l'évidence le domaine d'applicabilité de la règle et d'incertitudes relatives à son régime d'application, sur lesquelles nous reviendrons, son applicabilité est bel et bien réalité entre les Etats de l'espace Schengen. Il existe déjà de nombreux exemples d'application jurisprudentielle de l'article 54 de la Convention de Schengen, dont témoigne notamment le célèbre arrêt Gözütok et Brügge rendu par la Cour de justice des Communautés européenne le 11 février 2003⁶³⁵.

Ainsi, si la règle *ne bis in idem* reste inapplicable dans les relations internationales tant qu'elle est reliée à la logique de l'autorité de la chose jugée, sa mise en œuvre devient réalité lorsqu'elle est dégagée de son lien de rattachement au principe de l'autorité de la chose jugée. Nous allons voir maintenant qu'en l'absence de consécration de la règle *ne bis in idem* indépendamment du principe de l'autorité de la chose jugée dans les rapports de supranationalité, elle demeure inappliquée.

⁶³⁵ Aff. jointes C-187/01 et C-385/01, voir *supra*, note n° 111. Voir également BGH 13 mai 1997, 5 StR 596/96, NSiZ 1998, p. 149 et s., obs. Ch. VAN DEN WYNGAERT et O. LAGODNY.

§ 2 *L'inapplicabilité de la règle ne bis in idem dans les rapports de supranationalité*

289. La Commission européenne est dotée de compétences répressives, notamment en matière de concurrence et de protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Il s'agit d'une répression de nature exclusivement administrative puisque la Communauté n'a pas de compétence pénale⁶³⁶. Mais les Etats disposent d'un arsenal juridique leur permettant également de sanctionner certains comportements incriminés par la législation communautaire. Cette coexistence de compétences répressives nationale et communautaire débouche naturellement sur un risque de cumul de poursuites pour les mêmes faits.

Or, la réglementation communautaire ne prohibe pas le cumul d'une poursuite nationale et d'une poursuite communautaire pour les mêmes faits (A). Quant à la jurisprudence, elle n'a pas – encore ? – consacré l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux (B).

A. La permission du cumul d'une poursuite nationale et d'une poursuite communautaire par la législation communautaire

290. La réglementation communautaire ne prohibe expressément le cumul d'une poursuite nationale et d'une poursuite communautaire pour les mêmes faits ni en droit de la concurrence, ni en matière de lutte contre la protection des intérêts financiers de l'Union.

291. La mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence a d'abord été organisée par le règlement n° 17/62 du Conseil du 6 février 1962⁶³⁷. Celui-ci a consacré la superposition de la compétence répressive de la Commission européenne, fondée sur les articles 81 et 82 du Traité communautaire (ex- articles 85 et 86)⁶³⁸, à la compétence répressive des autorités

⁶³⁶ L'arrêt CJCE 13 sept. 2005, aff. C-176 (Commission c. Conseil) ne remet pas cette affirmation en question. La Cour de justice décide en effet que la Communauté est compétente pour édicter des normes pénales dans le domaine du droit de l'environnement par le biais de l'instrument législatif qu'est la directive communautaire (et non pas pour mettre en œuvre elle-même la répression pénale)

⁶³⁷ Règlement n° 17/62 relatif à l'application des articles 85 et 86 du traité communautaire, JOCE 1962, n° 204/62, p. 87.

⁶³⁸ L'article 81 prohibe les ententes entre entreprises « susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (...) ». L'article 82 prohibe, « dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

nationales, qui consiste à la fois en l'application du droit communautaire de la concurrence, les autorités communautaires n'ayant pas le monopole de la mise en œuvre des articles 81 et 82, et en l'application des dispositions répressives nationales⁶³⁹. Le terrain était donc particulièrement propice à la survenance de cumul des poursuites.

En ce qui concerne l'application du droit communautaire, le risque de cumul de poursuites par les autorités nationales et la Commission européenne a été directement appréhendé par le législateur communautaire. Celui-ci a pris le soin de prévoir, en l'article 9 paragraphe 3 du règlement n° 17/62, que les autorités nationales sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 aussi longtemps que la Commission n'a pas engagé de procédure. Dans ce dernier cas, elles doivent surseoir à statuer⁶⁴⁰. Le problème est ainsi réglé en amont. Notons que, si les faits pouvaient être poursuivis parallèlement par la Commission et les autorités nationales en application des mêmes dispositions répressives, le risque de contradiction entre les décisions communautaire et nationale serait important. Et, naturellement, en cas de contradiction, outre que l'idéal d'application uniforme du droit communautaire serait mis à mal, le crédit de l'autorité communautaire comme celui de l'autorité nationale serait sérieusement atteint.

En revanche, le risque de cumul d'une poursuite nationale en application du droit national et d'une poursuite engagée par la Commission, qui applique nécessairement le droit communautaire, pour les mêmes faits, n'a pas été envisagé par le règlement. Pourtant, il est fréquent qu'un même comportement anti-concurrentiel affecte à la fois le marché national et le marché communautaire et, partant, enfreigne simultanément les dispositions répressives nationales et communautaires. La pratique l'a d'ailleurs montré dès les premières années de réalisation du marché commun⁶⁴¹. Mais le règlement n° 17/62 ne s'opposait pas, comme cela eut été utile en termes de préservation de la sécurité juridique, à ce que l'autorité communautaire poursuivît des faits ayant déjà donné lieu à une décision définitive par les autorités nationales en application du droit national, et vice-versa. Il est vrai que, dans ce type de cumul, la crédibilité des autorités engagées dans la répression des mêmes faits n'est pas véritablement en cause puisque chacune d'entre elles applique le droit répressif dont elle a la

⁶³⁹ Il s'agit du principe dit « de la double barrière » : pour être licite, une entente doit être à la fois conforme au droit national et au droit communautaire.

⁶⁴⁰ Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2002, n° 400. Il faut mentionner que les autorités chargées d'appliquer le droit communautaire à titre incident (les juridictions nationales) n'ont pas cette obligation. Les arrêts *Delimitis* du 28 fév. 1991 (aff. C-234/89, Rec. I, 935) et *Masterfoods* du 14 déc. 2000 ont précisé la position que doivent adopter les juridictions nationales pour éviter les risques de conflit avec les décisions de la Commission, voir sur ce point Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *op. cit.*, n° 400.

⁶⁴¹ Voir les faits ayant donné lieu à l'arrêt CJCE, 13 fév. 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14/68, Rec. p. 15.

charge, sans qu'on puisse lui reprocher de décrédibiliser, par son action, l'action de l'autre autorité répressive.

292. Le droit communautaire de la concurrence a été entièrement refondu par le règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002⁶⁴². L'idée force de la nouvelle réglementation est celle du réseau. Aux termes du point 15 du préambule du règlement, « *la Commission et les autorités nationales de concurrence des Etats membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires*⁶⁴³ *de concurrence en étroite coopération* ». L'objectif du nouveau règlement est de garantir une « *application cohérente des règles de concurrence [et] une gestion optimale du réseau* », ce qui suppose une « *attribution optimale des affaires au sein du réseau* »⁶⁴⁴. D'emblée, une remarque s'impose. Le souci d'éviter au justiciable d'être poursuivi plusieurs fois à raison des mêmes faits n'est mentionné à aucun moment dans le préambule. Les efforts relatifs à la répartition des tâches entre les différentes autorités compétentes semblent être uniquement liés à la volonté de rationaliser l'exercice du pouvoir répressif – tout en protégeant l'intégrité du droit communautaire⁶⁴⁵. Pourtant, l'une et l'autre préoccupation ne sont pas en opposition, loin s'en faut.

Le règlement n° 1/2003 reste définitivement muet sur le problème du cumul d'une poursuite diligentée par la Commission pour l'application du droit communautaire et d'une poursuite nationale tendant à la mise en œuvre du droit national pour les mêmes faits. En son article 3, paragraphe 3, il précise même que, sous réserve du respect « *des principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire* », l'obligation pour les autorités nationales d'appliquer les dispositions communautaires de la concurrence n'empêche pas ces autorités d'appliquer « *la législation nationale relative au contrôle des concentrations des*

⁶⁴² Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, JOCE L-1 du 4.1.2003, p. 1 et s.

⁶⁴³ C'est nous qui soulignons.

⁶⁴⁴ Points 17 et 18 du préambule du règlement n° 1/2003.

⁶⁴⁵ La *Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence*, JOCE C-101/03 du 27 avril 2004, confirme ce constat. L'objectif d'une « *division efficace du travail et [d'] une application efficace et homogène des règles communautaires de concurrence* » est clairement posé (point 3). Mais cela ne passe pas nécessairement par l'obligation de traiter une affaire dans une poursuite unique. Aux termes du point 5, les affaires sont traitées par « *une seule autorité nationale de concurrence (...), plusieurs autorités nationales de concurrence agissant en parallèle* [c'est nous qui soulignons] ou la Commission » (point 5). Si, pour la majorité des cas, le traitement de l'affaire est confié à une seule autorité dont on estime qu'elle est « *bien placée* » (points 8, 10 et 11), le point 12 prévoit que « *l'intervention parallèle de deux ou trois autorités nationales de concurrence peut être indiquée* [c'est nous qui soulignons] lorsqu'un accord ou une pratique a des effets substantiels sur la concurrence essentiellement sur leurs territoires respectifs et que l'intervention d'une seule autorité serait insuffisante pour faire cesser l'intégralité de l'infraction et/ou la sanctionner de manière appropriée ».

concentrations, et [elle n'interdit] pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité ». Or, l'application de la règle *ne bis in idem* entre une poursuite communautaire et une poursuite nationale pour les mêmes faits ne fait pas encore partie des principes généraux du droit communautaire⁶⁴⁶. L'on en reste donc au principe de l'application parallèle du droit communautaire et des droits nationaux, synonyme parfait de l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* entre poursuites communautaire et nationales⁶⁴⁷.

Pourtant, à l'heure où le marché intérieur européen est réalisé⁶⁴⁸, il paraît curieux d'examiner doublement la légalité d'un comportement anticoncurrentiel, selon qu'il porte atteinte à la libre concurrence sur le marché national ou sur le marché européen, et plus encore de le sanctionner doublement sous prétexte qu'il affecte l'un et l'autre. Ne s'agit-il pas du seul et même marché ?⁶⁴⁹ Et si un comportement anticoncurrentiel ne porte atteinte qu'à une part restreinte du marché située exclusivement dans un Etat membre, le marché européen n'en est-il pas pour autant affecté ?⁶⁵⁰

Certes, l'on peut argumenter qu'en pratique, les cumuls de poursuites pour l'application du droit communautaire et du droit national aux mêmes faits n'auront que rarement lieu⁶⁵¹. En effet, l'article 3 paragraphe 2 du règlement n° 1/2003 rappelle le principe de primauté du droit communautaire⁶⁵², selon lequel l'application du droit national ne peut aboutir à un résultat contraire au droit communautaire : « *l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres,*

⁶⁴⁶ Voir *infra*, p. 254.

⁶⁴⁷ Voir les explications de R. KOVAR, « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE », *D.* 2003, p. 478-485, spéc. p. 485 ; J.-P. VIENNOIS, « Rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit national : les apports du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, 2003, p. 1-6 ou, du même auteur, « Les rapports entre droit communautaire de la concurrence et droits nationaux sous l'empire du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 » in *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, dir. C. Nourissat et R. Wtterwulge, Paris, Dalloz, 2004, p. 33-47.

⁶⁴⁸ Déjà en 1994, Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, écrivaient que « l'on [était] tout près d'avoir réalisé le marché „intérieur“ », *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1995, n° 378.

⁶⁴⁹ D. GARCIN, *La répression de la fraude au préjudice du budget communautaire*, Préface E. Douat, Paris, La documentation française, 2004, p. 156 : l'auteur évoque le « principe d'unité du marché ».

⁶⁵⁰ Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général M. D. RUIZ-JARABO COLOMER dans les affaires *Italcementi* (aff. C-213/00 P) et *Buzzi Unicem* (aff. C-217/00 P), présentées le 11 février 2003, points 94 (*Italcementi*) et 176 (*Buzzi Unicem*), cités *infra*, p. 255.

⁶⁵¹ PAULIS E. et GAUER C., « Le règlement n° 1/2003 et le principe du *ne bis in idem* » : *Concurrences : R.D.L.C.*, 2005, p. 32-40, spéc. p. 35.

⁶⁵² Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *op. cit.*, n° 398.

mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité (...) ». En matière d'ententes, la sanction d'un comportement anti-concurrentiel en application du droit national n'est donc permise que si ce comportement n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire ou s'il enfreint également ce dernier. Par conséquent, l'utilité d'une seconde poursuite au niveau national n'apparaît que si le droit communautaire n'est pas applicable ou si le comportement est illicite en vertu du droit communautaire *et* du droit national plus sévère, de sorte que l'on s'oriente vers un cumul de répression – atténué par l'obligation de la seconde autorité qui se prononce de prendre en compte toute sanction déjà prononcée pour les mêmes faits. Le nombre de ces cas est donc assez réduit. Dans tous les autres, le cumul des poursuites pour les mêmes faits n'a pas de raison d'être et n'aura probablement pas lieu.

Néanmoins, le cumul d'une poursuite menée par la Commission européenne et d'une poursuite engagée par autorité nationale dans le but de mettre en œuvre le droit national demeurant possible, la consécration de la règle *ne bis in idem* aurait été plus pertinente.

En outre, toujours en vertu de l'article 3 paragraphe 2 du règlement n° 1/2003, en ce qui concerne les comportements anticoncurrentiels unilatéraux visés par l'article 82 du Traité, les Etats membres peuvent mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes que le droit communautaire⁶⁵³. Dans cette hypothèse encore, le risque de cumul des poursuites existe bien et la règle *ne bis in idem* conserve toute son utilité.

293. Force est pourtant de constater qu'elle reste inapplicable, et que cela est voulu. Manifestement, le souci de permettre qu'un même comportement anti-concurrentiel soit poursuivi à la fois au regard du droit communautaire et du droit national, tant que cela ne porte pas atteinte à l'application effective et uniforme du droit communautaire, était présent lors de l'élaboration du règlement n° 1/2003. Sans doute la volonté de ménager la susceptibilité des Etats attachés à leur droit national de la concurrence n'y est-elle pas pour rien. Mais la tolérance vis-à-vis de ce type de cumul de poursuites pour les mêmes faits n'est-elle pas également facilitée par le fait qu'il ne nuit pas directement au crédit des autorités en cause, dans la mesure où la Commission et l'autorité nationale appliquent chacune un droit différent de la concurrence si bien que l'action de l'une ne fragilise pas l'action de l'autre ?

⁶⁵³ Voir la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 3 du règlement n° 1/2003.

En d'autres termes, le maintien délibéré de la possibilité de cumuler répression communautaire et répression nationale ne trouve-t-il pas, si ce n'est son origine, du moins un certain appont dans le fait que le principe de l'autorité de la chose jugée n'a pas véritablement vocation à s'appliquer entre les deux poursuites en cause ?

La comparaison avec l'hypothèse dans laquelle une poursuite nationale et une poursuite communautaire seraient amenées à intervenir cumulativement, mais dans le même but de mettre en œuvre la réglementation communautaire de la concurrence, mérite encore d'être mentionnée. Tout en instaurant un régime de compétences parallèles permettant à la Commission et aux autorités de concurrence des Etats membres d'appliquer l'article 81 et l'article 82 du traité CE, le règlement n° 1/2003 tente d'éviter que plusieurs autorités poursuivent simultanément les mêmes faits en vue de l'application du droit communautaire. Cela se traduit notamment par la règle du dessaisissement automatique des autorités nationales de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité dès que la Commission européenne intente une procédure, consacrée à l'article 11, paragraphe 6 du règlement⁶⁵⁴. Cette règle implique également que, lorsque la Commission est la première à intervenir, les autorités nationales ne peuvent plus appliquer les articles 81 et 82 aux mêmes pratiques, intervenant entre les mêmes entreprises, sur le même marché⁶⁵⁵. En d'autres termes, il leur est prohibé de rejuger les mêmes faits à l'encontre de la même « personne »⁶⁵⁶ sous la même qualification juridique.

Cette technique rappelle étrangement celle du principe de l'autorité de la chose jugée. Mme Idot le fait d'ailleurs expressément remarquer : « [l]e dessaisissement des autorités nationales de concurrence est par conséquent subordonné à une triple identité, qui évoque celles applicables de l'autorité de la chose jugée »⁶⁵⁷. Lorsqu'il s'agit de savoir si un même comportement peut être cumulativement poursuivi en vertu du droit communautaire et du droit national, cet auteur ne s'en réfère plus à l'autorité de la chose jugée, mais bien directement à la règle *ne bis in idem* : « La question que l'on peut se poser est celle de savoir

⁶⁵⁴ Voir également le point 17 du préambule du règlement n° 1/2003.

⁶⁵⁵ Voir le point 51 de la *Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence*, précitée : « En vertu de l'article 11, § 6, du règlement du Conseil, l'ouverture par la Commission d'une procédure (...) dessaisit toutes les autorités de concurrence des Etats membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Autrement dit, une fois que la Commission a ouvert une procédure, les autorités nationales de concurrence ne peuvent agir sur la même base juridique à l'encontre du ou des mêmes accords ou pratiques de la ou des mêmes entreprises sur le même marché géographique en cause et le même marché de produits en cause ».

⁶⁵⁶ En matière de concurrence, la « personne poursuivie » est une entreprise ou un groupe d'entreprises.

⁶⁵⁷ L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Paris / Bruxelles, Fec / Bruylant, 2004, n° 156 (p. 76).

si les autorités nationales de concurrence restent compétentes pour appliquer leur droit national. La réponse est théoriquement positive, mais d'une part, l'on peut douter de l'intérêt pratique, puisque la décision nationale devra obligatoirement suivre la décision communautaire, d'autre part, il est possible de se demander si cela demeure compatible avec l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux et le principe „non bis in idem” »⁶⁵⁸.

294. Cela étant, même lorsque l'application du droit national n'est pas en cause, mais qu'il ne s'agit d'appliquer le droit communautaire, le cumul des poursuites pour les mêmes faits reste largement possible. En particulier, la Commission européenne peut engager une poursuite après qu'une autorité nationale a rendu une décision définitive à propos des mêmes faits en application des dispositions communautaires de la concurrence, de même que plusieurs autorités nationales peuvent poursuivre cumulativement les mêmes faits en vue de la mise en œuvre des articles 81 et 82 du traité communautaire⁶⁵⁹.

295. En matière de protection des intérêts financiers de l'Union européenne, où les autorités communautaires et nationales sont, là encore, parallèlement compétentes pour mettre en œuvre des mesures répressives, la règle *ne bis in idem* n'est pas plus nettement consacrée que dans le domaine de la concurrence. Le règlement n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁶⁶⁰ mentionne certes dans son préambule qu'« *en vertu de l'exigence générale d'équité et du principe de proportionnalité, ainsi qu'à la lumière du principe ne bis in idem, il y a lieu de prévoir (...) des dispositions appropriées pour éviter un cumul de sanctions pécuniaires communautaires et de sanctions pénales nationales imposées pour les mêmes faits à la même personne* ». Mais le cumul des *poursuites* pour les mêmes faits reste incontesté. L'article 6 du règlement prévoit simplement qu'une procédure communautaire « *peut être suspendue (...) si une procédure [nationale] a été ouverte contre la personne en cause et porte sur les mêmes faits* »⁶⁶¹. Cela dit, une fois la procédure nationale menée à son terme, la procédure communautaire suspendue peut, aux termes de la même disposition, reprendre son cours, « *pour autant que les principes généraux du droit ne s'y opposent pas* »⁶⁶². La règle *ne bis in idem* n'est pas visée par cette référence aux principes généraux du droit, puisque le règlement part du principe que le cumul des poursuites est possible : « *lorsque la procédure administrative*

⁶⁵⁸ *Ibidem*.

⁶⁵⁹ Pour des explications détaillées voir *infra*, p. .

⁶⁶⁰ JOCE L-312 du 23.12.1995, p. 1.

⁶⁶¹ Art. 6 § 1 du règlement n° 2988/95, c'est nous qui soulignons.

⁶⁶² Art. 6 § 3 du règlement n° 2988/95.

communautaire est reprise, l'autorité administrative peut tenir compte de toute sanction imposée par l'autorité judiciaire pour les mêmes faits »⁶⁶³.

En l'absence de consécration textuelle de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* entre des poursuites nationales et des poursuites communautaires dans ce domaine comme dans celui de la concurrence, le juge communautaire qui, généralement, fait plutôt preuve d'audace en matière de consécration de principes généraux du droit, est resté très réservé vis-à-vis de la règle.

B. La réticence du juge communautaire vis-à-vis de l'application de la règle *ne bis in idem* dans les rapports de supranationalité

296. La Cour de justice des Communautés européennes a été saisie à propos du cumul d'une poursuite communautaire et d'une poursuite nationale pour les mêmes faits en matière de concurrence dès les premières années du marché commun, ce qui donna lieu à son célèbre arrêt *Walt Wilhelm* du 13 février 1969⁶⁶⁴. Il s'agissait d'une entente suspecte entre des entreprises productrices de matières colorantes, qui entraîna l'ouverture d'une procédure communautaire diligentée par la Commission, ainsi que celle d'une procédure nationale, déclenchée par l'office fédéral allemand des cartels (*Bundeskartellamt*) en vue de l'application des dispositions répressives allemandes en matière de concurrence. La juridiction allemande saisie de l'affaire posa à la Cour de justice des Communautés européennes une question préjudicielle afin de savoir si les autorités nationales de concurrence peuvent appliquer le droit national à des faits pour lesquels la Commission européenne a déjà engagé une procédure.

Le juge communautaire répondit par l'affirmative, assortissant toutefois sa position d'une nuance : « *les autorités nationales peuvent intervenir contre une entente, en application de leur loi interne, même lorsque l'examen de la position de cette entente à l'égard des règles communautaires est pendante devant la Commission, sous réserve cependant que cette mise en œuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci* »⁶⁶⁵. Le risque d'entrave à l'application pleine et uniforme de la politique communautaire est réel lorsqu'un

⁶⁶³ Art. 6 § 4 du règlement n° 2988/95.

⁶⁶⁴ Précité (voir *supra*, note n° 84)

⁶⁶⁵ Point 9 de l'arrêt.

comportement a été validé au regard du droit communautaire⁶⁶⁶. Dans les autres cas, le cumul des poursuites pour les mêmes faits est possible. La Cour se contente d'imposer, au nom d'une exigence générale d'équité, que l'autorité intervenant dans la deuxième poursuite tienne compte des sanctions antérieurement prononcées pour la détermination de la sanction qu'elle s'apprête à édicter⁶⁶⁷.

Pour justifier le principe du cumul des poursuites, la Cour se fonda sur l'argument de la répartition des compétences entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national : « *attendu que le droit communautaire et le droit national en matière d'ententes considèrent celles-ci sous des aspects différents ; qu'en effet, alors que l'article 85 les envisage en raison des entraves qui peuvent en résulter pour le commerce entre les Etats membres, les législations internes, inspirées par des considérations propres à chacune d'elles, considèrent les ententes dans ce seul cadre ; (...) [la distinction des aspects communautaires et nationaux] implique qu'une même entente puisse, en principe, faire l'objet de deux procédures parallèles, l'une devant les autorités communautaires en application de l'article 85 du traité C.E.E, l'autre devant les autorités nationales en application du droit interne* »⁶⁶⁸. Un peu plus loin, la Cour précisa son point de vue en ajoutant que les deux procédures poursuivent « *des fins distinctes* »⁶⁶⁹.

Dans ses conclusions, l'avocat général avait plus prosaïquement exclu l'application de la règle *ne bis in idem* en raison de la coexistence de deux ordres juridiques différents : « *nous estimons qu'au sens où l'entendent les demandeurs, le principe „non bis in idem“ est applicable dans le cadre de l'ordre juridique interne des Etats membres, mais qu'il n'est pas valable lorsqu'il s'agit des rapports entre le droit national et le droit communautaire* »⁶⁷⁰. Cet argument est précisément celui qui nous avait fait supputer que, dans la mesure où elle est

⁶⁶⁶ La validation peut résulter d'une « attestation négative » de la Commission, d'une décision par laquelle il a été jugé qu'une opération n'est pas restrictive de concurrence au sens de l'art. 81 § 1 ou que l'art. 82 ne trouve pas à s'appliquer, d'une décision individuelle d'exemption en vertu de l'art. 81 § 3 (aux termes de l'art. 81 § 3, les dispositions de l'art. 81 § 1 peuvent être déclarées inapplicables lorsque les pratiques des entreprises, quoique anticoncurrentielles, « contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique ») ou d'un règlement d'exemption catégorielle.

⁶⁶⁷ Point 11 de l'arrêt. Notons que la Cour fédérale de justice allemande a fait sienne cette jurisprudence : BGH, Kartellsenat (Chambre de la concurrence), 17 déc. 1970, *BGHSt.* vol. 24 ; p. 54 et s. ; voir les thèses de M. MAYER, *op. cit.*, et K. LILICH *Das Doppelstrafverbot bei Kartelldelikten im deutschen Recht und im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, thèse Tübingen, 1978.

⁶⁶⁸ Point 3 de l'arrêt ; voir également le point 11 : « *l'admissibilité de cette double procédure résulte en effet du système particulier de répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres en matière d'ententes* ».

⁶⁶⁹ Point 11 de l'arrêt.

⁶⁷⁰ Conclusions de l'avocat général K. ROEMER, présentées le 19 déc. 1968, Rec. p. 26.

vue comme un effet du principe de l'autorité de la chose jugée, la règle *ne bis in idem* trouverait peine à s'imposer entre des ordres juridiques correspondant à des espaces juridiques différents⁶⁷¹.

Ainsi, dès l'origine, le juge communautaire s'est montré extrêmement réticent envers l'application de la règle *ne bis in idem* entre une poursuite nationale et une poursuite communautaire⁶⁷², alors qu'il avait fait jouer la règle deux ans auparavant entre deux poursuites disciplinaires menées au niveau communautaire, dans l'arrêt Gutmann⁶⁷³. *A fortiori* le cumul des poursuites est également possible lorsque sont en cause une poursuite communautaire et une poursuite diligentée par une autorité répressive d'un Etat tiers⁶⁷⁴.

297. La Cour de justice de Luxembourg s'est à nouveau prononcée à propos de la règle *ne bis in idem* dans son arrêt « PVC » du 15 octobre 2002⁶⁷⁵. Les faits peuvent être résumés comme suit. Dans une première décision (ci-après : « décision PVC I »), la Commission avait sanctionné plusieurs entreprises européennes produisant du polychlorure de vinyle (PVC) pour avoir enfreint la réglementation communautaire de la concurrence. La Cour de justice annula cette décision dans un arrêt du 15 juin 1994 pour des motifs de forme, sans trancher l'affaire au fond. Puis, la Commission rendit une seconde décision, dans laquelle elle condamna à nouveau les mêmes entreprises. Celles-ci soutinrent que la Commission avait violé la règle *ne bis in idem*.

La Cour de justice rejeta leur demande, expliquant que l'arrêt du 15 juin 1994 ayant annulé la décision PVC I n'équivalait pas à un « *acquittement* », dans la mesure où la Cour n'avait pas statué au fond sur les faits reprochés. Mais avant d'en venir à cette conclusion, la Cour s'étendit quelque peu sur le statut de la règle *ne bis in idem* en droit communautaire. Ce sont ces développements qui nous intéressent plus particulièrement. La Cour affirma : « *le principe non bis in idem, principe fondamental du droit communautaire, consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 de la CEDH, interdit, en matière de concurrence, qu'une entreprise soit*

⁶⁷¹ Voir *supra*, p. 227.

⁶⁷² Pour une critique de cette jurisprudence, voir notamment N. COLETTE-BASECQZ, « Une conséquence de la nature pénale de la sanction communautaire au niveau des garanties procédurales » in *La justice pénale et l'Europe, Travaux des XVème journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Département de criminologie et de droit pénal*, dir. F. Tulkens et H.-D. Bosly, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 463-472.

⁶⁷³ Arrêt Gutmann, précité.

⁶⁷⁴ CJCE, 14 déc. 1972, *Boehringer*, aff. C-7/72, Rec. p. 1281- 1307. Dans cette affaire, il s'agissait d'une poursuite pour infraction à la réglementation communautaire sur la concurrence exercée par la Commission européenne à la suite d'une condamnation prononcée par une juridiction américaine.

⁶⁷⁵ CJCE 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV et autres*, aff. jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P.

condamnée ou poursuivie une nouvelle fois du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable par une décision antérieure qui n'est plus susceptible de recours »⁶⁷⁶.

La Cour consacre donc la règle *ne bis in idem* comme un « *principe fondamental du droit communautaire* ». On peut y voir une petite révolution. Mais il faut bien mesurer la portée de cette consécration. Les deux décisions avaient été rendues par la même autorité, la Commission européenne, qui appliquait par conséquent les mêmes dispositions, le droit communautaire de la concurrence, dans les deux décisions. En réalité, il faut placer cette décision dans le sillage de l'arrêt Gutmann. La Cour avait alors appliqué la règle *ne bis in idem* sans se prononcer sur sa valeur juridique. Implicitement, elle en avait déjà fait un principe général du droit communautaire. Mais il serait pour le moins aventureux d'étendre la position de la Cour dans les arrêts Gutmann et PVC à toutes les situations de cumul de poursuites impliquant la mise en œuvre du droit communautaire.

D'ailleurs, peu après l'arrêt PVC, dans une affaire mettant en jeu une poursuite qui tendait à l'application du droit communautaire et une autre qui visait celle du droit national, la Cour se montra à nouveau plus prudente envers la règle *ne bis in idem*.

298. C'est une importante entente d'entreprises dans le domaine du ciment qui donna lieu à l'arrêt de la Cour du 7 janvier 2004⁶⁷⁷. Deux entreprises italiennes, Italcementi⁶⁷⁸ et Buzzi Unicem⁶⁷⁹, avaient participé à un ensemble d'accords anticoncurrentiels avec d'autres entreprises européennes et furent sanctionnées par l'autorité italienne de la concurrence. Elles furent ensuite sanctionnées en même temps que les autres entreprises européennes par la Commission et invoquèrent la violation de la règle *ne bis in idem*. Contrairement à l'affaire du PVC, il s'agissait bien ici d'un problème de cumul d'une poursuite nationale avec une poursuite communautaire. Avant d'étudier l'arrêt de la Cour, il convient de s'arrêter quelques instants sur les conclusions présentées par l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer le 11 février 2003.

299. Selon l'avocat général, l'application de la règle *ne bis in idem* est « *subordonnée à la règle de trois unités : identité de faits, unité de contrevenant et unité de bien juridique*

⁶⁷⁶ Point 59 de l'arrêt.

⁶⁷⁷ CJCE 7 janv. 2004, aff. jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P., note L. IDOT, *Europe* 2004, n° 3, comm. n° 83 (p. 23-24).

⁶⁷⁸ Affaire C-213/00 P.

⁶⁷⁹ Affaire C-217/00 P.

protégé »⁶⁸⁰. Si le schéma de la triple identité fait fortement penser au principe de l'autorité de la chose jugée, l'apparence est ici trompeuse. D'une part, l'avocat général ne fait pas expressément référence à ce principe⁶⁸¹. D'autre part, il n'est pas formulé de condition d'identité de cause. Élément essentiel pour la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée, cette dernière correspond à l'identité de fait matériel et de qualification juridique, condition qui fait toujours défaut quand les deux poursuites sont effectuées en vue de la mise en œuvre de droits différents. Il convient de préciser que la condition « *d'unité de bien juridique protégé* », qui n'est pas sans rappeler l'exigence « *d'identité de valeur sociale protégée* » parfois retenue par la jurisprudence française⁶⁸², ne s'identifie pas avec la condition d'identité de cause.

L'analyse que fit l'avocat général de la condition d'identité de bien juridique protégé est extrêmement intéressante. Dans l'arrêt *Walt Wilhelm*, la Cour avait admis le cumul des procédures répressives nationales et communautaires en arguant du fait qu'elles poursuivaient « *des fins distinctes* »⁶⁸³. Ici, l'avocat général défendit un tout autre point de vue :

« L'unité de bien juridique protégé [entre le droit communautaire et les droits nationaux de la concurrence] ne fait aucun doute (...). L'ensemble des règles qui garantissent la libre concurrence à l'intérieur de l'Union européenne ne permet pas de distinguer ressort communautaire et ressorts nationaux comme s'il s'agissait de compartiments cloisonnés. Il s'agit, dans l'un comme les autres, de protéger une concurrence libre et ouverte dans le marché commun. Si le premier l'envisage dans son ensemble et les seconds sous l'angle de leurs composantes distinctes, leur essence demeure la même⁶⁸⁴. (...) Les autorités communautaires et nationales s'acquittent d'une tâche similaire et, lorsqu'elles répriment des comportements restrictifs de la concurrence, elles cherchent à protéger un seul et même bien juridique⁶⁸⁵. (...) [L]orsque l'activité collusoire ne dépasse pas les frontières d'un Etat membre, elle n'en cesse pas pour autant d'affecter le „jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun“. Le critère de l'étendue territoriale du comportement restrictif n'est pas substantiel, mais

⁶⁸⁰ Point 89 des conclusions présentées le 11 fév. 2003 dans l'affaire *Italcementi* (aff. C-213/00 P) et point 171 des conclusions présentées le 11 fév. 2003 dans l'affaire *Buzzi Unicem* (aff. C-217/00 P).

⁶⁸¹ Mais dans ses conclusions rendues le 22 oct. 2005 dans l'aff. C-436/04 (*Van Esbroeck*), le même avocat s'en réfère à l'autorité de la chose jugée.

⁶⁸² Voir *supra*, p. 218.

⁶⁸³ Point 11 de l'arrêt, voir *supra*, p. 252.

⁶⁸⁴ Points 91 (affaire *Italcementi*) et 173 (affaire *Buzzi Unicem*).

⁶⁸⁵ Points 93 (affaire *Italcementi*) et 175 (affaire *Buzzi Unicem*).

*purement adjectif, dans la mesure où il n'affecte pas la nature de l'infraction, mais uniquement son intensité*⁶⁸⁶. Lorsque la Commission poursuit et sanctionne un comportement contraire à l'article 81 CE et que les trois unités que j'ai évoquées plus haut sont rassemblées, l'autorité nationale compétente en matière de protection de la concurrence ne peut plus la punir à son tour. Il en va de même lorsque c'est l'instance nationale qui agit la première⁶⁸⁷. La solution, adoptée par la Cour dans l'arrêt Wilhelm, qui consiste, pour la seconde autorité intervenante, à diminuer la sanction en réduisant le montant de l'amende infligée par la première instance répressive ne satisfait pas aux exigences du principe non bis in idem »⁶⁸⁸.

En bref, en détruisant l'argument des « fins distinctes » des poursuites nationales et communautaires de l'arrêt Walt Wilhelm, l'avocat général rendait applicable la règle *ne bis in idem* applicable entre les deux ordres juridiques.

Finalement, il préconisa néanmoins le rejet de la requête parce que les faits se trouvant à la base des deux poursuites différaient dans leur matérialité.

300. La Cour suivit les conclusions du Commissaire du Gouvernement sur la l'impossibilité d'appliquer la règle *ne bis in idem* en présence de faits matériellement différents dans les deux poursuites. Mais l'aspect le plus intéressant de sa décision tient à l'accueil qu'elle réserva au reste du raisonnement de l'avocat général.

Il faut d'abord mentionner que, dans l'arrêt du 7 janvier 2004, la Cour n'affirma plus, comme elle l'avait fait deux ans auparavant dans l'arrêt PVC, que la règle *ne bis in idem* est un principe fondamental du droit communautaire. Elle en vint directement aux conditions d'application de la règle, se contentant d'affirmer, sur les traces de l'avocat général, que son application « est soumise à une triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé »⁶⁸⁹.

Ensuite, l'on remarque que la Cour ne reprit pas à son compte les conclusions de l'avocat général sur la question de l'identité du bien juridique. Elle ne dit pas que les procédures nationales et communautaires en matière de concurrence tendent à la protection du même bien

⁶⁸⁶ Points 94 (affaire Italcementi) et 176 (affaire Buzzi Unicem).

⁶⁸⁷ Points 95 (affaire Italcementi) et 177 (affaire Buzzi Unicem).

⁶⁸⁸ Points 96 (affaire Italcementi) et 178 (affaire Buzzi Unicem).

⁶⁸⁹ Point 338 de l'arrêt.

juridique, et ne parvint donc pas à l'affirmation de l'applicabilité de la règle entre les deux ordres juridiques. La Cour se contenta de souligner la divergence des faits dans leur matérialité, ce qui lui suffit pour conclure à l'absence de violation de la règle *ne bis in idem*. Le tribunal de première instance maintint par conséquent l'exigence d'identité de bien juridique protégé dans sa jurisprudence⁶⁹⁰.

301. En somme, si lorsqu'elle est invoquée entre deux poursuites diligentées par les autorités communautaires, la règle *ne bis in idem* est proclamée par la Cour comme un principe fondamental du droit communautaire, il semble que son applicabilité entre une poursuite communautaire et une poursuite tendant à l'application du droit national soit encore bien incertaine. Le postulat selon lequel la règle *ne bis in idem* peine davantage à s'imposer entre des poursuites soumises à des autorités répressives exerçant leur compétence dans des domaines géographiques différents, situation dans laquelle la fonction de protection du crédit du juge mise en œuvre par le principe de l'autorité de la chose jugée n'a pas lieu d'être remplie, est confirmé.

302. L'étude de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* dans les rapports internationaux et de supranationalité au sein de l'Union européenne permet donc de faire le constat suivant. Tant que la règle *ne bis in idem* n'est pas explicitement consacrée en tant que telle, c'est-à-dire tant que son applicabilité dépend de la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée, elle ne parvient pas à s'imposer. En revanche, lorsqu'elle est érigée, comme c'est le cas dans les rapports interétatiques, par un texte qui n'impose pas que le premier jugement produise des effets dans l'ordre juridique de la seconde poursuite, c'est-à-dire lorsque son applicabilité est détachée de la question des effets du jugement à l'étranger, la règle *ne bis in idem* peut fonctionner.

Ainsi, nous constatons à nouveau, comme nous l'avons fait à propos de l'article 368 CPP, que l'habitude du juge d'appliquer la règle *ne bis in idem* uniquement lorsque cela répond à la fonction de protection du crédit de la justice peut être contrecarrée par l'adoption de dispositions légales, interdisant le cumul des poursuites pour les mêmes faits indépendamment du principe de l'autorité de la chose jugée. Ce constat est fondamental. Il est

⁶⁹⁰ Voir l'arrêt « électrodes de graphite », TPICE, 29 avr. 2004, aff. jointes T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-252/01 et T-252/01, Tokai Carbon Co. Ltd et a., obs. P. ARHEL, *Les petites affiches*, 9 juil. 2004, p. 8 et s. ; E. CLAUDEL et M. DEBROUX, *Concurrences, RDLC* déc. 2004, p. 51 et s. ; E. BARBIER DE LA SERRE, *Revue Lamy de la concurrence*, nov. 2004/janv. 2005, p. 96 ; C. PRIETO, *JDI* 2005, p. 451 et s. Cette position avait également été retenue dans l'arrêt « lysine », TPICE, 9 juil. 2003, aff. T-224/00 Archer Daniel Midland e.a. c/ Commission.

sans doute la clef qui permet de comprendre la différence surprenante de rythme auquel se développe la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* dans l'Union européenne, selon qu'il s'agit de la faire jouer entre des poursuites exercées dans des Etats différents ou selon qu'il est question de l'appliquer dans les rapports de supranationalité.

Conclusion du chapitre

303. La restriction du champ d'application de la règle *ne bis in idem* provoquée par l'autorité de la chose jugée peut être résumée comme suit : elle consiste en l'inapplicabilité de la règle *ne bis in idem* entre des poursuites effectuées par des autorités répressives intervenant dans des domaines de compétence différents, peu important que la différence de compétence soit matérielle ou géographique – la divergence de compétence géographique couvre d'ailleurs nécessairement une divergence de compétence matérielle puisque les règles répressives des divers systèmes juridiques sont matériellement différentes.

Cette restriction est tout à fait cohérente avec la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée. Dès lors que les autorités amenées à statuer successivement sur les faits le font en application de règles juridiques différentes, leur crédit n'est plus en danger. La nouvelle poursuite ne peut s'analyser en un discrédit lancé à l'encontre de l'action du premier juge puisqu'elle a vocation à permettre l'application d'autres dispositions répressives. De même, le cumul des poursuites ne peut aboutir à une contradiction entre les différents jugements rendus puisque ceux-ci sont, par hypothèse, le produit de l'application de règles différentes. En somme, la crédibilité de la justice n'ayant nul besoin d'être protégée, il n'est pas utile de mettre en œuvre le principe de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, tant que la règle *ne bis in idem* sera rattachée au principe de l'autorité de la chose jugée, l'on hésitera à étendre son applicabilité au-delà du champ de compétence de la première autorité qui a statué sur les faits.

304. Certes, il existe des moyens de dépasser ce phénomène de restriction. Cela peut se faire en étendant l'application du principe de l'autorité de la chose jugée au-delà des limites du domaine de compétence de la première autorité répressive qui s'est prononcée. C'est par ce procédé qu'en Allemagne, le paragraphe 84 de la loi sur les infractions administratives a étendu l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* aux cas du cumul de poursuites pénales et administratives pour les mêmes faits et du cumul de poursuites administratives diligentées par des administrations exerçant des compétences distinctes. Dans la même perspective, l'on a parfois tenté d'étendre les effets des jugements à l'étranger afin de rendre la règle *ne bis in idem* applicable entre poursuites exercées par des juridictions d'Etats différents. Mais le succès de cette démarche est resté limité. Par conséquent, nous observons la tendance

européenne actuelle à lier la mise en œuvre internationale de la règle *ne bis in idem* au processus de la reconnaissance mutuelle des jugements avec circonspection.

L'autre moyen d'étendre l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* au-delà du domaine de compétence de la première autorité répressive qui se prononce est de poser le principe de son application par un texte, qui consacre la règle indépendamment du domaine dans lequel la règle produit ses effets. En d'autres termes, il s'agit de détacher la règle *ne bis in idem* du principe de l'autorité de la chose jugée. L'article 368 du Code de procédure pénale, qui consacre l'interdiction d'exercer toute autre poursuite pénale, criminelle ou non, après qu'un arrêt de cour d'assises a été rendu sur les faits, en est un exemple. Mais l'on peut également mentionner la démarche de la Cour européenne des droits de l'homme qui, en retenant une approche fonctionnelle du champ d'application de la règle *ne bis in idem*, étend son champ d'application à toute la « matière pénale » sans considération de l'autorité que peut avoir un jugement pénal sur une autorité répressive administrative ou disciplinaire et vice-versa. Enfin, les textes qui ont consacré l'applicabilité de la règle dans les rapports internationaux avec succès, tels les articles 113-9 du Code pénal et 692 du Code de procédure pénale français et l'article 54 de la Convention de Schengen, sont également partis d'une conception de l'interdiction du renouvellement des poursuites pour les mêmes faits détachée du principe de l'autorité de la chose jugée.

305. A notre sens, cette seconde façon de combattre le phénomène de restriction du champ d'application de la règle *ne bis in idem* par le principe de l'autorité de la chose jugée est la meilleure, parce qu'elle est la plus conséquente.

Etendre le principe de l'autorité de la chose jugée au-delà du champ matériel ou géographique de compétence du juge – ou de l'autorité répressive – qui a déjà statué sur les faits n'est pas conforme avec la fonction de ce principe. Il n'y a, en effet, aucun intérêt à protéger le crédit des juges intervenant successivement dès lors qu'ils se prononcent en vertu de dispositions répressives différentes.

En revanche, la règle *ne bis in idem* n'a pas pour fonction d'accorder une quelconque autorité à la décision déjà rendue. Elle veut simplement faire respecter la sécurité juridique. Par conséquent, il est pertinent d'étendre son applicabilité dès lors que cela sert la sécurité juridique, c'est-à-dire dès lors que le risque que plusieurs actions répressives s'abattent sur la même personne pour les mêmes faits matériels existe. En somme, pour étendre l'applicabilité

de la règle *ne bis in idem*, il suffit d'accepter le principe selon lequel il faut s'abstenir d'engager une poursuite répressive lorsqu'une telle poursuite a déjà eu lieu. Il est inutile d'en passer par une extension de l'autorité de la chose jugée – ou par ses émanations telle la reconnaissance des décisions de justice étrangères. D'autant que le principe de l'autorité de la chose jugée n'a pas seulement pour effet de réduire le champ d'application de la règle *ne bis in idem* ; il en restreint également la portée.

CHAPITRE 2 LA RESTRICTION DE LA PORTEE DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM* PAR LE PRINCIPE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

306. Une fois l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* avérée, encore faut-il que la règle s'applique effectivement. En d'autres termes, il faut que ses conditions d'application soient remplies. Or, il semble que, toujours dans la logique de la conception de la règle *ne bis in idem* comme un effet de la chose jugée, la détermination de ces conditions d'application soit influencée par le principe de l'autorité de la chose jugée, cette influence s'exerçant dans le sens de la restriction de la portée de la règle *ne bis in idem*.

Cette hypothèse avait été formulée dans l'introduction générale, où nous avons observé que la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* était parfois tenue en échec parce que la nouvelle poursuite était engagée à raison d'une qualification juridique différente de celle qui avait fondé la première. Or, la condition d'identité de qualification juridique entre les deux poursuites paraît relever typiquement de la logique de l'autorité de la chose jugée⁶⁹¹. L'hypothèse semblait confirmée par le constat inverse, certes ponctuel, selon lequel la jurisprudence applique la règle *ne bis in idem* lorsqu'elle se dégage de cette logique – l'exemple concernait l'application de la règle *ne bis in idem* à la suite d'une transaction pénale, c'est-à-dire d'une décision ne présentant pas les qualités d'un jugement⁶⁹².

Le temps est venu de vérifier cette hypothèse.

307. Lorsque les conditions d'application d'une règle juridique sont sévères, cela contribue à la limitation de sa portée. Ainsi, en ce qui concerne la règle *ne bis in idem*, si le principe de l'autorité de la chose jugée influence sa mise en œuvre en posant des exigences qui rendent son application plus difficile, il contribue directement à restreindre sa portée et, partant, son efficacité en terme de préservation de la sécurité juridique. Dans ce chapitre, nous allons constater que ce phénomène a lieu à deux égards, dont les deux constatations symptomatiques relevées en introduction ne constituent que des illustrations.

⁶⁹¹ Voir *supra*, p. 64 et s.

⁶⁹² *Ibidem*.

D'une part, l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée se manifeste par la condition d'existence d'une chose jugée, c'est-à-dire par l'exigence que la première poursuite soit achevée par un jugement pour que la règle *ne bis in idem* s'applique (section 1). D'autre part, en application du principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée, cette autorité ne s'exerce, parfois, qu'en présence d'une identité de qualification juridique entre la chose déjà jugée et la chose poursuivie. Tant que cette exigence se reporte sur les conditions d'application de la règle *ne bis in idem*, cette dernière reste inappliquée lorsque les faits sont qualifiés différemment dans les deux poursuites, ce qui entraîne une autre limitation drastique de sa portée (section 2).

Section 1 La restriction apportée par la condition d'existence d'une chose jugée

308. Le principe de l'autorité de la chose jugée n'est applicable qu'en la présence d'une... chose jugée. Cette affirmation qui a tout l'aspect d'un pléonasme est pourtant fondamentale pour notre démonstration. En effet, le premier aspect de la restriction de la portée de la règle *ne bis in idem* par le principe de l'autorité de la chose jugée provient de la condition d'existence d'une chose jugée pour sa mise en œuvre (§ 1). Cette condition rend inefficace le principe de l'autorité de la chose jugée pour empêcher le renouvellement des poursuites en l'absence de jugement (§ 2). Ainsi, dans la mesure où elle s'impose pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*, elle provoque sa paralysie dès lors que la première poursuite répressive ne s'est pas achevée par un jugement.

§ 1 *La condition d'existence d'une chose jugée*

309. La condition fondamentale pour la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée est l'existence d'une chose jugée, c'est-à-dire d'un jugement – ou encore d'un acte juridictionnel⁶⁹³. Mais encore faut-il préciser en quoi consiste l'acte juridictionnel, afin de savoir quelles qualités doit revêtir une décision pour faire autorité. Les débats doctrinaux n'ont pas manqué à propos de la notion d'acte juridictionnel, mais il n'est pas utile de les reprendre ici⁶⁹⁴. On rappellera simplement que, de l'avis commun, celui-ci se caractérise par des qualités intrinsèques, d'une part, et par des qualités touchant à la fois à l'organe qui le rend et à la procédure en vertu de laquelle il a été rendu, d'autre part. Par conséquent, la condition d'existence d'une chose jugée, indispensable à la naissance de l'« autorité », dépend de conditions propres au jugement (A) mais également de conditions extérieures à celui-ci (B).

⁶⁹³ Cette affirmation n'est pas remise en cause même si l'on considère que le fondement de l'autorité de la chose jugée est la présomption de vérité de la parole du juge (voir *supra*, p. 104 et s.). En effet, dans ce cas aussi, il faut que le juge se soit prononcé – donc qu'il existe une « chose jugée » – pour qu'une quelconque autorité soit reconnue à sa décision.

⁶⁹⁴ Voir notamment P. LAMPUE, « La notion d'acte juridictionnel », *RDJ* 1946, p. 5-67 ; P. HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », précité.

A. Les conditions propres au jugement

310. Les conditions propres au jugement – qu'on désigne encore sous les termes de *critères matériels* de l'acte juridictionnel – résident dans le fait que celui-ci doit, comme le rappelle la célèbre formule, « *dire le droit et trancher les litiges* », c'est-à-dire résoudre une contestation (1) tout en exerçant la *juris-dictio* (2).

1. La résolution d'une contestation

311. Pour qu'une contestation soit résolue, il faut bien évidemment qu'il en existe une au départ. On dit dans la doctrine civiliste qu'il doit y avoir un « *litige entre deux adversaires* »⁶⁹⁵. En matière répressive, un tel litige est présent dès lors qu'il existe un soupçon de transgression d'une loi répressive par un individu. Les deux adversaires en présence sont cet individu et la société, représentée par le ministère public. La condition d'existence d'une contestation est donc remplie dès le moment où les questions de savoir si une loi répressive a été violée et si, par conséquent, une sanction doit être prononcée, sont posées devant la justice.

312. Vient ensuite la condition de *résolution* de la contestation. Elle implique que l'organe qui en est chargé *tranche le litige*, c'est-à-dire qu'il statue au fond pour lui donner une solution. Cette condition a un double retentissement. D'une part, elle a pour effet d'écarter de la définition de l'acte juridictionnel les décisions de pure administration judiciaire⁶⁹⁶, les décisions provisoires ou encore les décisions incidentes⁶⁹⁷.

Mais, d'autre part, elle a pour conséquence qu'il ne peut être question d'acte juridictionnel que si le litige soumis à la justice répressive est véritablement *tranché* par l'organe auquel il est soumis. Si, au contraire, le litige trouve une issue sans avoir été tranché, il peut certes y avoir une résolution au sens courant du terme, mais cette résolution n'est pas un jugement – nous pensons en particulier à la transaction et à la médiation pénales. En effet, tant que rien

⁶⁹⁵ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2002, n° 583.

⁶⁹⁶ Les décisions d'administration judiciaire tendent soit à organiser le service de la juridiction (par exemple, la désignation du juge d'instruction ou la fixation des jours et heure d'audience) soit à régler diverses questions relatives à l'instance (par exemple, la jonction ou la disjonction d'instance), voir *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° acte (d'administration judiciaire).

⁶⁹⁷ F. KERNALEGUEN, *Institutions judiciaires*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2003, n° 21.

n'a été tranché, alors rien n'a non plus été jugé. Il n'y a donc pas de chose jugée à laquelle on puisse conférer un quelconque effet, ni une quelconque autorité.

L'exigence qu'un litige soit tranché est en effet déterminante non seulement pour la qualification d'acte juridictionnel, mais encore – et tout naturellement – pour la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée à cet acte. Aussi évident cela puisse-t-il paraître, il faut donc souligner que « *seuls les jugements (...) qui tranchent un litige peuvent avoir l'autorité de la chose jugée* »⁶⁹⁸. Mais l'acte juridictionnel n'a pas pour seule caractéristique de porter la résolution d'un litige effectuée par la voie du jugement. Encore faut-il qu'en vue de trancher le litige, l'organe saisi ait « dit le droit ».

2. L'exercice de la *juris-dictio*

313. « *Dire le droit* » consiste à déclarer si, dans un cas particulier, il y a eu ou non violation de la règle de droit⁶⁹⁹ ou, plus généralement, à déterminer à l'aide des règles juridiques quel est le droit de la situation prêtant à la contestation, c'est-à-dire quelle est la solution correcte du litige⁷⁰⁰. En d'autres termes, par l'acte juridictionnel, le juge « fixe » le droit au regard de la situation de fait qui lui est soumise⁷⁰¹.

L'exercice de la *juris-dictio* – le fait de dire le droit – s'effectue par l'opération bien connue du syllogisme juridique. Après avoir déterminé la règle applicable, c'est-à-dire la majeure du syllogisme, le juge lui subsume les faits par l'opération de qualification juridique, la mineure du syllogisme. Enfin, il tire la conclusion de son raisonnement pour aboutir à la solution du litige. Comme le fait remarquer un auteur, la mineure est une étape fondamentale de la *juris-dictio* : « *c'est bien sûr dans la mineure que gît l'opération essentielle : le juge y qualifie les faits, établit un pont entre le droit et le fait, entre la règle abstraite et la situation concrète* »⁷⁰².

⁶⁹⁸ D. D'AMBRA, *op. cit.*, p. 286.

⁶⁹⁹ D. D'AMBRA, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁰⁰ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de R. Perrot, Dalloz 1996, p. 575-586, spéc. p. 581.

⁷⁰¹ Voir également P. HEBRAUD, *op. cit.*, n° 17 : « *La conformité au droit n'a, en elle-même, rien de caractéristique, car tous les actes juridiques sont également subordonnés à la loi. Pas d'avantage ne l'est l'affirmation expresse, la constatation formelle du droit, car elle ne comporte, par elle-même, aucune garantie. Ce qui importe, c'est l'examen spécial et approfondi auquel il est soumis. La vérification du droit devient, en définitive, la caractéristique de l'acte juridictionnel* ».

⁷⁰² F. KERNALEGUEN, *op. cit.*, n° 17.

Outre que l'exercice de la *juris-dictio* permet de distinguer le juge d'autres organes amenés à simplement appliquer le droit, sans le fixer⁷⁰³, elle apparaît également fondamentale pour la reconnaissance d'une autorité à la chose jugée. A notre sens, son poids dans cette reconnaissance est même plus important que celui de la résolution de la contestation. Pourquoi, en effet, doter la décision juridictionnelle d'une autorité plus forte que les autres décisions, si ce n'est parce qu'elle a la particularité de ne pas simplement appliquer le droit à une situation concrète mais, bien plus, de fixer véritablement celui-ci au regard de cette situation ? En outre, en raisonnant à nouveau à partir de la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée : pourquoi protéger en particulier le crédit du juge si celui-ci n'avait pas une mission toute particulière à accomplir, à la fois plus délicate et plus lourde de conséquences, que les organes qui solutionnent des litiges sans pour autant « *dire le droit* » ? Pour se convaincre de l'étroitesse du lien entre la *juris-dictio* et l'autorité de la chose jugée, l'on peut citer cette phrase de M. Wiederkehr à propos de la fixation du droit par le juge : « *Mais, dira-t-on, il ne s'agit alors de rien d'autre que de l'autorité de la chose jugée* »⁷⁰⁴.

Au-delà des conditions propres au jugement, il faut encore mentionner les conditions extérieures à celui-ci. Elles aussi sont tout à fait importantes pour la caractérisation de la chose jugée.

B. Les conditions extérieures au jugement

314. Pour identifier l'acte juridictionnel, l'on fait également appel à deux critères formels complétant le recours aux critères matériels qui viennent d'être exposés. Ainsi, l'existence d'une chose jugée dépend encore de conditions extérieures au jugement, qui sont relatives, d'une part, à l'organe juridictionnel saisi, dont on exige l'indépendance et l'impartialité (1) et, d'autre part, à la procédure selon laquelle le jugement a été rendu, qui se doit d'être équitable (2).

⁷⁰³ F. KERNALÉGUEN, *op. cit.*, n° 17 : « *le pouvoir propre du juge se révèle dans cette vérification par laquelle il dit le droit (juris-dictio) relativement à un cas particulier* » ; G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », p. 582 : « *C'est au juge à lui seul qu'il appartient de dire quel est pour une situation donnée et concrète le droit. Les autres qui sont appelés à trancher des conflits doivent, certes, le faire en fonction du droit, mais le juge, seul, a pouvoir de fixer ce droit* ».

⁷⁰⁴ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », p. 582.

1. L'indépendance et l'impartialité du juge

315. Nous n'insisterons pas sur les conditions d'indépendance et d'impartialité déjà largement étudiées par la doctrine⁷⁰⁵. Il suffit de rappeler que l'idée sous-jacente est que l'organe qui tranche le litige doit être *tiers* par rapport à celui-ci. Il ne doit avoir nul intérêt personnel à ce que la solution soit en faveur de l'une ou de l'autre partie. Son indépendance facilite grandement l'incarnation de cette position de tiers, mais elle doit être complétée par d'autres mesures renforçant son impartialité, comme par exemple l'interdiction de participer au jugement d'une affaire qu'on a soi-même instruite.

En faisant d'un organe appliquant le droit un juge, les qualités d'indépendance et d'impartialité contribuent, par ricochet, à faire des décisions que rend ce dernier des actes juridictionnels. Précisons bien, sur ce point, que les exigences d'indépendance et d'impartialité ne sont pas uniquement des garanties de bonne justice, ni même uniquement des garanties fondamentales du procès, comme on pourrait le déduire de la seule lecture de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme le souligne M. Wiederkehr, « *elles sont de l'essence même de la fonction de juge. On n'est en présence d'un juge véritable que s'il est en situation d'indépendance et d'impartialité* »⁷⁰⁶. Par conséquent, l'on n'est en présence d'une « chose jugée » qu'à la condition que l'organe qui s'est prononcé soit effectivement indépendant et impartial par rapport à la contestation.

A cette première condition extérieure au jugement en est parfois ajoutée une seconde, relative à la procédure suivie jusqu'au jugement.

2. Le caractère équitable de la procédure

316. La doctrine précise encore que l'acte juridictionnel est celui qui a été rendu en application d'une procédure présentant des qualités de loyauté, d'impartialité, de capacité à faire éclater la vérité⁷⁰⁷, que nous regroupons sous le terme de « caractère équitable » de la procédure – le terme « équitable » étant d'ailleurs synonyme d'impartial dans la langue courante⁷⁰⁸. Là encore, la question n'est pas de protéger le justiciable contre les éventuelles

⁷⁰⁵ P. LAMPUE, *op. cit.*, p. 38 et s. ; P. HEBRAUD, *op. cit.*, n° 17 (p. 171-172) ; G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », p. 582 ; R. PERROT, *op. cit.*, n° 582 ; F. KERNALEGUEN, *op. cit.*, n° 12.

⁷⁰⁶ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge », p. 582.

⁷⁰⁷ P. LAMPUE, *op. cit.*, p. 45 ; F. KERNALEGUEN, *op. cit.*, n° 12.

⁷⁰⁸ *Petit Robert 1*, précité, v° équitable.

dérives du système judiciaire. Le critère du caractère équitable de la procédure sert ici à garantir que le juge tranche l'affaire après l'avoir appréciée de la façon la plus juste, la plus correcte qui soit, notamment en s'approchant au plus près de la vérité. En d'autres termes, afin que le juge rende un jugement digne de ce nom, la procédure préparatoire doit lui avoir permis de se forger l'opinion la plus complète et la plus objective du litige. Pour cela, rien de tel qu'un véritable débat contradictoire à armes égales entre les parties, qui constitue le cœur de la garantie du procès équitable.

Cependant ce critère d'identification de l'acte juridictionnel est d'importance moindre car il est intimement lié au premier critère formel, relatif à la qualité de juridiction de l'organe qui rend le jugement⁷⁰⁹. En effet, les organes présentant les qualités d'un juge parce qu'ils sont indépendants et impartiaux sont très souvent ceux que la loi institue comme tels ; la loi ne laisse alors pas le travail inachevé et, de façon cohérente, prévoit également que la procédure applicable devant ces juges leur permette de rendre un véritable « jugement », comme le montre l'exemple du Code de procédure pénale.

317. Les caractéristiques de la chose jugée étant à présent identifiées, nous allons pouvoir montrer en quoi la condition d'existence d'une chose jugée, indispensable à l'application du principe de l'autorité de la chose jugée, rend ce dernier insuffisamment efficace pour empêcher le renouvellement des poursuites répressives pour les mêmes faits.

§ 2 *L'inefficacité du principe de l'autorité de la chose jugée en l'absence d'une chose jugée*

318. L'objectif de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits, incarnée par la règle *ne bis in idem* est, nous le savons, de préserver la sécurité juridique. Par conséquent, l'on ne peut considérer que la règle *ne bis in idem* reçoit une application satisfaisante que si elle est mise en œuvre toutes les fois que la sécurité juridique, individuelle et collective, est menacée par le renouvellement d'une poursuite répressive pour les mêmes faits.

Une préservation satisfaisante de la sécurité juridique se traduit, à notre sens, par l'exigence qu'à chaque fois qu'une poursuite répressive s'achève définitivement à propos de certains

⁷⁰⁹ P. LAMPUE, *op. cit.*, p. 45 : « Le critère procédural a été retenu, en général, non pas comme suffisant à lui seul, mais pour renforcer le critère organique en se combinant avec lui ».

faits matériels, ces derniers ne puissent plus faire l'objet d'une nouvelle poursuite, même sur charges nouvelles. Il va de soi, en effet, que la sécurité juridique serait réduite à peu de choses si l'apparition de nouvelles preuves était susceptible de provoquer le déclenchement d'une nouvelle poursuite. Car il est très facile d'invoquer encore et toujours l'existence de nouvelles charges – sans d'ailleurs, que celles-ci soient nécessairement à même de modifier la teneur du jugement. Si les décisions de justice n'étaient définitives qu'à la condition qu'aucune charge nouvelle ne soit apportée par la suite, jamais l'individu innocenté ne trouverai le repos. Et la sécurité juridique collective en serait également affectée puisque ces décisions seraient en permanence susceptibles d'être modifiées.

Ainsi, de même que nous avons retenu que le champ d'application utile de la règle *ne bis in idem* était le domaine de la répression⁷¹⁰, nous partons du principe qu'un aspect de la portée utile de la règle *ne bis in idem* consiste en son application chaque fois qu'une poursuite répressive est définitivement achevée, c'est-à-dire clôturée par une décision définitive. Il est important de préciser que la survenance de nouvelles preuves ne doit rien pouvoir y changer.

319. Avant tout, il convient de s'entendre sur ce qu'est une décision définitive. A cette fin, il faut d'abord écarter les deux conceptions suivantes.

En premier lieu, il convient de se départir de l'idée selon laquelle la décision répressive définitive est une décision qui revêt l'autorité de la chose jugée. En effet, notre but est précisément d'étudier s'il y a coïncidence entre les décisions qui entraînent l'application de la règle *ne bis in idem* par application du principe de l'autorité de la chose jugée et celles qui, bien que n'étant pas des choses jugées, ne devraient pas pouvoir être remises en cause en raison de l'exigence de sécurité juridique mais devraient, au contraire, entraîner l'application de la règle *ne bis in idem* du simple fait de leur caractère définitif. Il est donc indispensable que nous nous départissions de la conception selon laquelle le fait, pour une décision répressive, de posséder l'autorité de la chose jugée est synonyme du fait d'être définitive.

En second lieu, il importe de bien distinguer le caractère définitif d'une décision du fait qu'elle n'est pas susceptible de recours. Le dictionnaire *Vocabulaire juridique* met expressément en garde contre les éventuelles confusions : « *définitif ne signifie pas irrévocable, ni insusceptible de recours* »⁷¹¹. En effet, une décision qui tranche un litige pénal

⁷¹⁰ Voir *supra*, p. 170.

⁷¹¹ *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° définitif, point n° 4.

en première instance, par exemple un jugement du tribunal correctionnel, a vocation à être exécutée, même si le juge qui la rend sait parfaitement qu'elle n'est pas immuable dans la mesure où elle peut être contestée en appel. Le juge correctionnel a même le devoir de prendre sa décision de telle sorte qu'elle puisse être exécutée en l'absence de recours – ce qui constitue tout de même le cas de figure standard –, autrement dit de lui conférer un caractère définitif. La possibilité de contester une décision devant une juridiction de degré supérieur ne lui ôte donc pas son caractère définitif.

320. Nous proposons de définir la décision définitive comme celle qui donne une solution à même de résoudre immédiatement le litige. En d'autres termes, la décision définitive celle qui ne nécessite aucunement d'être complétée pour mettre fin au litige. Elle résout ce dernier en étant appliquée en l'état.

A l'aune de cette définition provisoire⁷¹² du caractère définitif d'une décision répressive, nous souhaiterions montrer que toutes les décisions définitives ne sont pas des choses jugées. Cela a pour conséquence que le principe de l'autorité de la chose jugée, qui ne peut logiquement s'appliquer qu'en présence d'une chose jugée, n'est efficace pour empêcher le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits que dans certaines des hypothèses dans lesquelles la sécurité juridique est menacée par un tel renouvellement. Il en va de la sorte en cas d'arrêt de la procédure avant la phase du jugement même si la décision d'arrêt permet la résolution immédiate du litige (A). De façon plus surprenante, il en est de même lorsqu'un jugement a lieu, mais selon une procédure simplifiée, qui ne laisse qu'une place réduite à l'exercice de la fonction juridictionnelle (B). Enfin, l'inefficacité du principe de l'autorité de la chose jugée est évidente en cas d'achèvement des poursuites par une décision autre qu'un jugement (C).

A. L'inefficacité en cas d'arrêt anticipé de la procédure

321. Il arrive que l'individu soit fixé sur son sort juridique eu égard aux faits qui lui sont reprochés bien que la procédure n'ait pas atteint la phase de jugement. Cela est assez fréquent en Allemagne, où l'obligation du ministère public d'enquêter sur tous les faits d'apparence délictueuse est compensée par l'existence de diverses mesures d'arrêt anticipé de la procédure. Mais en France également, il existe des mesures clôturant la procédure avant l'ouverture du jugement, que se partagent le ministère public et le juge d'instruction.

⁷¹² Cette définition sera affinée *infra*, p. 490.

Bien que les décisions d'arrêt anticipé de la procédure que nous allons analyser dans les développements qui suivent soient des décisions définitives au sens où nous l'entendons, elles ne revêtent pas en principe l'autorité de la chose jugée puisqu'elles ne consistent pas en des jugements. Nous verrons que, la plupart du temps, cela a pour effet de permettre la réouverture de la procédure, en dépit de la sécurité juridique, lorsque de nouvelles preuves surviennent, ce en Allemagne (1) comme en France (2).

1. Les arrêts anticipés de la procédure en Allemagne

322. En procédure pénale allemande, le classement sans suite pour des raisons de pure opportunité dès la réception de la plainte n'existe pas. En vertu du paragraphe 152 alinéa 2 StPO, le ministère public est dans l'obligation d'enquêter sur tous les faits portés à sa connaissance, dès lors qu'il existe des éléments de fait permettant de soupçonner qu'une infraction a été commise⁷¹³.

Cependant, des exceptions sont prévues aux paragraphes 153 StPO et suivants. Nous reviendrons plus loin sur le paragraphe 153a, qui permet qu'une réponse sans jugement soit donnée à l'infraction⁷¹⁴ et laisserons de côté les paragraphes 153b-f qui concernent des hypothèses très particulières⁷¹⁵. En revanche, il est intéressant de s'arrêter sur le paragraphe 153, concernant les affaires « relevant de la bagatelle » (*Bagatellsachen*), encore appelées « infractions minimales » (*geringfügige Straftaten*).

Aux termes du paragraphe 153 alinéa 1 StPO, en cas de délit⁷¹⁶, le procureur peut, avec l'accord du tribunal compétent, s'abstenir d'engager des poursuites à condition que la culpabilité de l'auteur « [soit] à considérer comme minime et qu'il n'existe pas d'intérêt public à la poursuite ». La dernière phrase de cette disposition précise que l'accord du tribunal n'est pas nécessaire lorsque l'infraction est de très faible gravité et que ses conséquences sont minimales. La question du caractère définitif de la décision du procureur de ne pas engager de poursuite, qui ressemble un peu au classement sans suite français, se pose bien entendu.

⁷¹³ A. SCHOREIT, « § 152 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, précité, n° 28 et s.

⁷¹⁴ Voir *infra*, p. 288.

⁷¹⁵ Il s'agit notamment des faits commis à l'étranger, des délits politiques, de l'hypothèse du repentir de l'auteur de l'infraction et des infractions relevant de la compétence de la Cour pénale internationale.

⁷¹⁶ En Allemagne, les délits sont les infractions punies d'une peine d'emprisonnement d'un maximum d'un an ou d'une peine d'amende (voir le § 12 StGB) ; rappelons que les contraventions n'existent plus depuis 1974.

La jurisprudence et la doctrine considèrent que la décision du paragraphe 153 alinéa 1 StPO n'éteint pas l'action publique. La procédure peut donc être réengagée à tout moment pour les mêmes faits⁷¹⁷. Le fait que l'accord du tribunal soit généralement nécessaire pour l'arrêt de la procédure semble n'avoir aucune influence sur ce principe. Certains auteurs seulement estiment que la réouverture de la procédure ne devrait être possible qu'en présence d'une « *raison matérielle évidente* »⁷¹⁸.

Le paragraphe 153 alinéa 2 concerne le cas dans lequel des poursuites sont déjà engagées à propos d'une infraction de faible gravité. Le tribunal compétent peut alors lui-même arrêter la procédure à tout moment, dès lors que les conditions de l'alinéa premier sont remplies et que le procureur et le prévenu donnent leur accord⁷¹⁹. Il s'agit ici d'une décision *juridictionnelle*, dont l'autorité est par conséquent plus importante que celle de la décision du procureur visée à l'alinéa précédent : la doctrine emploie couramment l'expression d'« *autorité restreinte de la chose jugée* »⁷²⁰ (*beschränkte Rechtskraft*). Cependant, les avis sont très partagés sur l'étendue précise de cette autorité⁷²¹. Nous n'entrerons pas dans les détails de la polémique, puisqu'il suffit pour notre démonstration de relever que seuls des auteurs isolés considèrent que l'autorité de cette décision d'arrêt de la procédure doit être identique à celle d'un jugement⁷²². La jurisprudence et la majeure partie de la doctrine estiment au contraire que l'action publique doit en tout état de la procédure pouvoir être réengagée s'il s'avère par la suite que l'infraction constitue non un délit mais un crime, ou s'il apparaît plus tard qu'elle ne forme qu'une partie d'un complexe infractionnel plus vaste⁷²³. La jurisprudence et de nombreux auteurs estiment enfin que l'apparition de faits nouveaux ou de preuves nouvelles permettent l'ouverture de l'action publique, certains arrêts approuvés par la doctrine subordonnant toutefois cette réouverture à la nécessité de requalifier les faits⁷²⁴.

⁷¹⁷ Cette jurisprudence est constante depuis un arrêt de la Cour impériale de justice du 9 oct. 1933, *RGSt.* vol. n° 67, p. 315 et s. ; A. SCHOREIT, « § 153 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, précité, n° 44 ; K.-H. SCHMID, « § 170 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, n° 23.

⁷¹⁸ P. RIEß, « Die Zukunft des Legalitätsprinzips », *NStZ* 1981, p. 2-10, spéc. p. 9 (*[die Staatsanwaltschaft bedarf zur Wiederaufnahme] « eines sachlich einleuchtenden Grundes »*) ; voir également F- Ch. SCHROEDER, « Zur Rechtskraft staatsanwaltlicher Einstellungsverfügungen », *NStZ* 1996, p. 319-320.

⁷¹⁹ Cette dernière condition connaît des exceptions qu'il n'est pas utile de détailler ici.

⁷²⁰ C'est nous qui soulignons.

⁷²¹ A. SCHOREIT, « § 153 », *op. cit.*, n° 62 et s.

⁷²² P. HERZOG, *Die Rechtskraft strafgerichtlicher Beschlüsse und ihre Beseitigung*, Thèse Freiburg, 1971, p. 113 et s., p. 167 et s. et p. 174 et s. On pourrait également mentionner des auteurs plus anciens dont les opinions sont résumées par H. RADTKE, *op. cit.*, p. 174-176.

⁷²³ SCHOREIT, « § 153 », *op. cit.*, n° 64 ; voir également les explications de H. RADTKE, *op. cit.*, p. 176.

⁷²⁴ Voir par exemple l'arrêt RG 8 mai 1931, *RGSt.* Vol. n° 65, p. 291 et s. ; l'arrêt BGH 24 mars 1954, 6 StR 20/54, obs. W. DALLINGER, *M.D.R.* 1954, p. 399-400. Voir les explications de H. RADTKE, *op. cit.*, p. 179-185.

323. Le cas des infractions minimales mis à part, le procureur est tenu de mener une enquête. Néanmoins, au terme de celle-ci, il n'est pas obligé de saisir les juridictions de jugement – saisine qui implique le déclenchement des poursuites. C'est principalement à ce moment, du moins en théorie et si l'on fait abstraction de l'exception du paragraphe 153 alinéa 1^{er}, que le procureur allemand joue le rôle de filtre que son homologue français exerce dès la réception de la plainte.

Le paragraphe 170 alinéa 1^{er} StPO prévoit que le ministère public déclenche l'action publique auprès du tribunal compétent si l'enquête montre qu'il existe pour cela des « *raisons suffisantes* » (*genügenden Anlaß*). Dans le cas contraire, envisagé par l'alinéa 2 du même paragraphe, le ministère public arrête la procédure (*Einstellung des Verfahrens*). La jurisprudence et la doctrine précisent que cet arrêt peut être motivé par des raisons de fait ou de droit, voire résulter d'une décision « admissible » d'opportunité – en cas de faible culpabilité de l'auteur de l'infraction par exemple⁷²⁵. Elles considèrent par ailleurs qu'il ne provoque pas l'extinction de l'action publique car « *la décision d'arrêt n'a pas l'effet de la chose jugée (Rechtskraft)* »⁷²⁶. En d'autres termes, la décision de ne pas déclencher l'action publique, bien qu'elle ait lieu après qu'une enquête a été effectuée laisse intacte la possibilité d'exercer l'action publique à l'avenir, de sorte que le justiciable peut être à nouveau inquiété pour les mêmes faits. Précisons qu'aux termes du paragraphe 172 StPO, la décision d'arrêt de la procédure peut, quelle que soit sa motivation, être contestée par l'auteur de la plainte s'il est la victime de l'infraction, d'abord par le biais d'un recours hiérarchique, puis ensuite au moyen d'un recours juridictionnel. Elle a donc tout l'aspect d'une décision définitive que seule une instance de niveau supérieur peut, après examen, remettre en cause. Pourtant, elle ne s'oppose pas à ce que l'action publique soit exercée à l'avenir pour les mêmes faits.

Cette situation, comparable avec celle qui découle de la décision du paragraphe 153 alinéa 1^{er}, attire bien sûr notre attention, car elle témoigne de l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* : en l'absence d'une chose jugée, qui résulte ici du simple fait que ce n'est pas un juge, mais un agent du ministère public qui se prononce, la jurisprudence et la doctrine n'accordent aucune « force juridique » (*Rechtskraft*) à la décision d'arrêt de la procédure, qui peut par conséquent reprendre à tout moment⁷²⁷.

⁷²⁵ K.-H. SCHMID, *op. cit.*, n° 13 et s.

⁷²⁶ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 163-196 (l'auteur rend compte de façon très complète des débats doctrinaux sur la question) ; voir également K.-H. SCHMID, *op. cit.*, n° 23.

⁷²⁷ Voir les explications très précises de F. LOOS, « Probleme der beschränkten Sperrwirkung strafprozessualer Entscheidungen », *J.Z.* 1978, p. 592-600, spéc. p. 594. Toutefois, des auteurs se démarquent de cette conception :

Toutefois, les poursuites n'étant pas encore déclenchées au moment de l'arrêt de la procédure, l'on ne peut considérer que la reprise de celle-ci constitue un renouvellement des poursuites pour les mêmes faits. L'inapplication de la règle *ne bis in idem* s'explique donc également par le fait qu'il n'y a pas à proprement parler de cumul des *poursuites*.

324. Si, lorsque le ministère public décide d'arrêter la procédure en vertu du paragraphe 170, alinéa 2 StPO, la victime de l'infraction qui a porté plainte conteste cette décision en vertu du paragraphe 172 StPO, le tribunal compétent peut, selon le paragraphe 173 StPO, exiger du procureur qu'il lui rende compte des auditions effectuées jusqu'à présent. Au vu de ces éléments, le tribunal contrôle l'appréciation du procureur. La possibilité s'offre à lui de confirmer sa décision et, partant, de rejeter la plainte, ainsi qu'en dispose le paragraphe 174 StPO. Le sort de cette décision *juridictionnelle* mérite d'être étudié au regard de la règle *ne bis in idem*. Aux termes du paragraphe 174 alinéa 2 StPO, le rejet de la plainte par le tribunal a pour effet que l'action publique peut à l'avenir uniquement être déclenchée sur le fondement « *de faits nouveaux ou de preuves nouvelles* ».

On retrouve l'idée d'autorité restreinte de la chose jugée (*beschränkte Rechtskraft*) rencontrée à propos du 153 alinéa 2⁷²⁸. Cependant, l'arrêt de la procédure ayant lieu, ici encore, avant l'engagement des poursuites, l'on ne peut avancer que la règle *ne bis in idem* est violée puisqu'il n'y a pas à proprement parler de cumul des poursuites pour les mêmes faits. Il en va autrement lorsque l'arrêt de la procédure intervient après le déclenchement des poursuites par le ministère public.

325. C'est le cas de la décision *juridictionnelle* de refus d'ouverture de la phase de jugement. Le tribunal compétent peut en effet considérer que la décision du ministère public de déclencher l'action publique n'est pas fondée et refuser l'ouverture du jugement en application du paragraphe 204 StPO (*Ablehnung der Eröffnung der Hauptverhandlung*). Il doit préciser dans l'acte si sa décision se fonde sur des raisons de fait ou de droit. En vertu du

P. RIEß, « § 170 », in *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar* (Löwe-Rosenberg), dir. P. Rieß, 24^{ème} éd., 1989, vol. 2, n° 46 : l'auteur soutient que le fait qu'un arrêt anticipé de la procédure par le ministère public, qui correspond à peu près à notre classement sans suite (*Einstellung*), ne revête pas l'autorité de la chose jugée ne doit pas conduire à ce qu'il soit dépourvu de tout « *effet épuisant* » (*Sperrwirkung*). L'auteur plaide pour l'utilisation du principe de protection de la confiance légitime, selon lequel certains classements, motivés par exemple par le caractère bénin de l'infraction, provoqueraient chez celui qui en fait l'objet la confiance en l'absence définitive de réponse répressive à son comportement, et serait par conséquent digne de protection. En ce sens également, voir M. NEU BERLITZ, *Bestandskraft der Einstellung nach § 170 II 1 StPO*, Thèse Münster 1983, p. 60 et s.

⁷²⁸ K.-H. SCHMID, « § 174 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, précité, n° 6.

paragraphe 210 StPO, le ministère public peut contester le refus d'ouverture du jugement devant un autre tribunal. En cas d'échec, c'est-à-dire si le refus d'ouverture est maintenu, la reprise de la poursuite n'est possible, selon le paragraphe 211 StPO, que sur le fondement « *de faits nouveaux ou de preuves nouvelles* ».

Cette disposition peut surprendre. A l'observation des effets des décisions d'arrêt de la procédure des paragraphes 153, 170 et 174 StPO, l'on pouvait percevoir l'existence d'une gradation de l'autorité accordée à ces décisions d'arrêt, qui semblait être proportionnelle à l'aspect plus ou moins définitif de la décision ou, en d'autres termes, à sa proximité par rapport au jugement. Tandis que la décision du paragraphe 153 alinéa 1^{er} n'a aucune autorité, celles des paragraphes 153 alinéa 2 et 170 alinéa 2 se voient conférer une « autorité retreinte » par la jurisprudence. Quant à celle du paragraphe 174 alinéa 2, il est légalement prévu qu'elle n'empêche le déclenchement de l'action publique qu'en l'existence « *de faits nouveaux ou de preuves nouvelles* ».

Or, la gradation cesse en ce qui concerne la décision du paragraphe 211 StPO. Bien que celle-ci soit assurément plus proche du jugement que la décision du paragraphe 174 alinéa 2, puisque contrairement à cette dernière, elle intervient après le déclenchement des poursuites par le ministère public, elle n'entraîne pas d'effet supplémentaire par rapport à la décision du paragraphe 174 alinéa 2. L'on peut émettre l'hypothèse que le placement sur un pied d'égalité de la décision de rejet par le tribunal de la contestation par la victime du refus du ministère public d'engager la poursuite (§ 174 alinéa 2) d'une part, et de la décision de refus par le tribunal d'ouvrir la phase de jugement *après* l'engagement des poursuites (§ 211) d'autre part, s'explique par le point commun qu'elles ont d'être rendues par un juge. Il ne s'agit donc pas tant de différencier selon l'aspect plus ou moins définitif de la décision, ni même selon qu'il y a ou non risque de cumul de poursuites pour les mêmes faits, mais bien de protéger de manière égale la parole du juge. On voit ainsi resurgir l'influence de la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée pour la détermination de l'application de la règle *ne bis in idem*.

326. La comparaison entre les effets de la décision de refus d'ouverture du jugement du paragraphe 211 StPO et ceux d'un jugement à part entière va nous permettre de préciser l'analyse. Après un jugement, la réouverture du procès pour la seule raison qu'il existe des faits nouveaux ou des preuves nouvelles n'est possible qu'en *faveur* d'une personne qui a été condamnée (§ 359, n° 5 StPO). Elle est en revanche exclue lorsque cela serait en sa défaveur

(§ 362 StPO). La personne concernée par un refus juridictionnel d'ouverture du jugement est donc moins bien placée que celle qui a été relaxée à l'issue d'un jugement puisqu'elle peut, contrairement à cette dernière, être poursuivie à nouveau pour les mêmes faits sur charges nouvelles. En d'autres termes, elle ne bénéficie pas de la protection de la sécurité juridique assurée par la règle *ne bis in idem*.

L'on peut naturellement expliquer cette différence par l'argument que l'examen de la situation factuelle et la recherche des preuves sont plus complets lorsqu'un jugement a eu lieu. En effet, l'audience de jugement comporte une partie importante de rassemblement des charges envers l'individu soupçonné⁷²⁹. Cela dit, lorsque le tribunal statue sur la question de l'ouverture du jugement en application du paragraphe 204 StPO, il peut le faire après avoir demandé un complément d'enquête, comme le lui permet le paragraphe 202 StPO⁷³⁰. L'argument n'est donc que partiellement convaincant. En outre, est-ce la faute du justiciable, si le juge estime que la procédure ne doit pas aller jusqu'à la phase de jugement ? N'a-t-il pas tout autant droit à la sécurité juridique dans ce cas que dans celui où il n'est innocenté qu'à la suite d'un jugement intégral ?

Nous pensons que la différence entre le statut de l'individu concerné par une décision juridictionnelle de refus d'ouverture du jugement et une relaxe au terme d'un jugement s'explique, en partie du moins, autrement. La remise en question de la décision du juge par la reprise de la procédure sur charges nouvelles semble moins gênante en termes de protection de son crédit lorsque le juge a refusé l'ouverture du jugement que lorsqu'il a statué de façon complète sur l'affaire. Cela est d'autant plus vrai quand le refus d'ouverture du jugement est motivé par l'insuffisance des preuves, ainsi que le permet le paragraphe 204 StPO⁷³¹. Dans ce cas, il nuit peu au prestige du juge qu'au vu de nouvelles charges, il faille tout de même décider d'engager la procédure de jugement. Quand il refuse l'ouverture du jugement, le juge n'exerce pas pleinement la fonction juridictionnelle. Il ne tranche pas à proprement parler le litige, puisqu'il refuse de se prononcer à son propos. En tout état de cause, il n'exerce pas la *juris-dictio* avec la même force que lorsqu'il se prononce au terme d'une procédure de jugement. En d'autres termes, cette chose jugée là... n'en est pas vraiment une. Du moins, elle n'a pas la même puissance qu'un jugement.

⁷²⁹ Voir les paragraphes 244 et s. StPO.

⁷³⁰ Le § 202 dispose : « Avant de décider de l'ouverture de la phase de jugement, le tribunal peut ordonner l'accomplissement de mesures particulières de recherche de la preuve afin de mieux éclairer l'affaire ».

⁷³¹ Voir *supra*, p. 276.

Que la décision de refus d'ouverture du jugement ait tout l'effet d'une résolution judiciaire du litige, dans la mesure où le justiciable peut se considérer tiré d'affaire, importe peu. Il suffit que la loi – en l'occurrence le paragraphe 211 StPO – prévoie que la procédure peut être reprise sur charges nouvelles pour qu'il ne puisse se plaindre d'insécurité juridique. On le voit, la logique du principe de l'autorité de la chose jugée reste présente.

Malgré les différences séparant les procédures pénales française et allemande, les constatations que nous venons de faire à propos des décisions allemandes d'arrêt anticipé de la procédure se retrouvent en grande partie en droit français.

2. Les arrêts anticipés de la procédure en France

327. En droit français, l'on considère – dans la logique de la protection du crédit du juge – que l'autorité de la chose jugée ne peut s'attacher qu'à une décision de nature juridictionnelle statuant sur le fond⁷³². Cela exclut le classement sans suite, qui est l'affaire du ministère public. Ce dernier peut revenir sur sa décision comme bon lui semble jusqu'à l'acquisition de la prescription, notamment parce qu'il a simplement changé d'avis⁷³³. Pourtant, l'on pourrait imaginer que lorsqu'un classement est décidé pour la raison que les faits ne constituent aucune infraction ou qu'il n'est pas opportun de les poursuivre, elle ne puisse plus être remise en cause étant donné l'aspect définitif qu'elle revêt. En effet, un tel classement donne une solution résolvant immédiatement le litige. En outre, la personne au bénéfice de laquelle le classement a été effectué pouvait légitimement compter sur la clôture définitive de l'affaire.

Néanmoins, l'on ne peut parler véritablement de cumul des poursuites pour les mêmes faits, puisque la caractéristique du classement sans suite est d'intervenir alors que la poursuite n'a encore été déclenchée. Il en va différemment lorsque l'arrêt anticipé de la procédure est l'œuvre du juge d'instruction : par hypothèse, quand ce dernier est saisi, les poursuites sont déjà engagées.

328. Un juge d'instruction régulièrement saisi est en principe tenu d'instruire. Néanmoins, cette obligation cesse lorsque le juge est saisi par le biais d'une constitution de partie civile en application de l'article 85 CPP et que, selon les termes de l'article 86 alinéa 4 CPP, « *les faits ne peuvent légalement comporter de poursuite ou (...), à supposer ces faits démontrés, ils ne*

⁷³² M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 515.

⁷³³ Cass. Crim. 6 juin 1952, Bull. crim. n° 142 ; 5 déc. 1972, D. 1973, somm. p. 21 ; RSC 1973, p. 716 (obs. ROBERT) ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 285 (p. 456).

peuvent admettre aucune qualification pénale ». Dans ce cas, le juge rend une ordonnance de refus d'informer, contre laquelle la partie civile peut faire appel en vertu de l'article 186 alinéa 2 CPP. Ni la loi, ni la doctrine n'envisagent la question de savoir si une personne concernée par une ordonnance de refus d'informer peut faire l'objet d'une nouvelle poursuite pour les mêmes faits. A notre connaissance, il n'existe pas non plus de jurisprudence sur ce point.

Il apparaît que la décision de refus d'informer a tout l'aspect d'une décision définitive dans la mesure où elle résout le litige en l'état. Elle ne devrait donc pas pouvoir être remise en cause par une nouvelle poursuite pour les mêmes faits. L'on est également invité à cette conclusion à la lecture des travaux doctrinaux, qui relèvent le caractère exceptionnel de l'ordonnance de refus d'informer. Celle-ci ne peut en effet être rendue que si le juge est d'ores et déjà certain qu'il n'existe aucune infraction punissable⁷³⁴. En outre, la jurisprudence est particulièrement exigeante en ce qui concerne la régularité de ce type d'ordonnance. Il s'agit, pour la Cour de cassation de contrôler que le juge d'instruction ne se soustraie pas de cette manière à son obligation d'instruire⁷³⁵. Dans ces conditions, il est difficile de soutenir que la décision n'a pas le caractère d'une décision définitive.

Pourtant, si la jurisprudence avait à se prononcer sur une nouvelle poursuite engagée envers la même personne pour des faits visés par une décision de refus d'informer et motivée par l'apparition de charges nouvelles, elle la considérerait probablement comme régulière. En effet, une telle nouvelle poursuite étant possible après qu'une ordonnance de non-lieu a été rendue, comme nous allons le voir de suite, il serait étonnant que les juges sanctionnent le renouvellement des poursuites pour des charges nouvelles après une simple décision de refus d'informer. Implicitement, ils accorderaient ainsi une autorité plus grande à une décision de refus d'informer qu'à une ordonnance de non-lieu.

⁷³⁴ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 361, citant à l'appui l'arrêt Cass. crim. 17 oct. 1995, Bull. crim. n° 309 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 412.

⁷³⁵ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 361 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 412 ; voir pour exemples les arrêts Cass. crim. 29 janvier 1985, Bull. crim. n° 45 : la décision de refus d'informer est sanctionnée parce les motifs du juge sont « *déduits d'un examen abstrait des chefs d'inculpations visées dans la plainte* » et que ce dernier s'est basé « *sur ces seules affirmations sans les avoir vérifiées par une information préalable* » ; Cass. crim. 28 avril 1986, n° 140 : « *Doit être cassé l'arrêt de la Chambre d'accusation qui pour rendre une décision de non informer du chef d'abus de confiance et d'escroquerie, se fonde, pour la première infraction sur des constatations de pur fait qu'il appartenait à l'information de faire apparaître et qui, pour la seconde, omet de spécifier quels étaient les faits dénoncés par la partie civile sous cette qualification* » ; voir enfin Cass. crim. 22 juillet 1974, JCP 1975.II.18091).

329. Au terme de l'information, le juge d'instruction peut soit renvoyer l'affaire devant une juridiction de jugement, soit rendre une décision de non-lieu si, comme l'indique l'article 177 alinéa 1^{er} CPP, il « estime que les faits ne constituent ni crime, ni délit, ni contravention, ou si l'auteur est resté inconnu, ou s'il n'existe pas de charges suffisantes contre la personne mise en examen ». La question se pose, pour notre propos, de savoir dans quelle mesure il est possible de poursuivre des faits visés par une ordonnance de non-lieu. Nous laisserons de côté les hypothèses dans lesquelles le non-lieu ne s'adresse pas à une personne déterminée – c'est le cas lorsque l'auteur des faits est demeuré inconnu – puisqu'elles ne comportent pas de risque de cumul des poursuites à l'encontre de la même personne.

Aux termes de l'article 188 CPP, « la personne mise en examen à l'égard de laquelle le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre ne peut plus être recherchée à l'occasion du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges »⁷³⁶. L'article 189 précise que « sont considérées comme charges nouvelles les déclarations des témoins, pièces et procès-verbaux qui, n'ayant pu être soumis à l'examen du juge d'instruction, sont cependant de nature soit à fortifier les charges qui auraient été trouvées trop faibles, soit à donner aux faits de nouveaux développements utiles à la manifestation de la vérité », mais la jurisprudence considère que la liste n'est pas limitative⁷³⁷. Enfin, l'article 190 limite la possibilité de rouvrir l'instruction au seul ministère public⁷³⁸.

330. Ainsi, le non-lieu du juge d'instruction ne déclenche pas systématiquement l'application de la règle *ne bis in idem* puisque de nouvelles poursuites peuvent être engagées dès lors que des charges nouvelles apparaissent. Pourquoi n'avoir pas accordé à la décision de non-lieu le même effet, au regard de l'application de la règle *ne bis in idem*, qu'à un jugement des tribunaux correctionnel ou de police ou à un arrêt de Cour d'assises ? Il semble qu'une fois encore, le législateur ait raisonné en termes d'autorité de la chose jugée pour en déduire qu'une décision de non-lieu du juge d'instruction ne pouvait avoir la même autorité qu'un jugement de relaxe ou qu'un arrêt d'acquiescement.

⁷³⁶ La jurisprudence précise que l'absence de vérification de l'existence de charges nouvelles entraîne la nullité de la procédure (Cass. crim. 27 jan. 1870, *D.* 1870, 1. 442 ; 9 jan. 1897, Bull. crim. n° 8 ; 17 oct. 1889, *D.* 1889.1.278 ; 18 mai 1917, Sirey 1920.1.332 ; 23 juin 1949, Bull. crim. n° 219.

⁷³⁷ Cass. crim. 10 avril 1823, Bull. 53 ; 17 avril 1931, *Gaz. Pal.* 1931.2.72 ; 9 nov. 1965, Bull. crim. n° 224.

⁷³⁸ La prétendue victime ne peut pas requérir la réouverture d'une instruction, Cass. Crim. 11 janvier 2000, Bull. crim. n° 11.

Un auteur considère que les décisions d'instruction, qu'elles soient de renvoi ou de non-lieu n'ont aucune autorité⁷³⁹. Nous pensons que cette opinion est excessive, dans la mesure où une décision de non-lieu s'oppose, sauf réouverture de l'information sur charges nouvelles, à toute nouvelle poursuite pour les mêmes faits sous quelque qualification que ce soit⁷⁴⁰. En cela, elle possède même une autorité supérieure à celle qui est reconnue à certains jugements⁷⁴¹, puisque la jurisprudence française admet encore, dans certaines circonstances, qu'une nouvelle poursuite appréhende les mêmes faits matériels sous une qualification différente⁷⁴². Plus couramment, la doctrine considère que le non-lieu possède une certaine autorité – ce qui est cohérent avec le fait qu'il émane d'un juge – mais que celle-ci est moindre que l'autorité d'une décision de jugement⁷⁴³. On retrouve l'idée d'autorité restreinte de la chose jugée rencontrée en droit allemand.

La doctrine approuve d'ailleurs cet état de moindre autorité des ordonnances de non-lieu, légitimant de la sorte la règle de l'article 188 CPP. Ainsi, on peut lire sous la plume de MM. Merle et Vitu : « *Le non-lieu ne possède donc qu'une autorité fragile. Cette caractéristique est conforme à la nature même de l'instruction préparatoire : celle-ci prépare le jugement au fond, mais ne permet pas de statuer sur la culpabilité ; les décisions qu'elle comporte n'ont pas de caractère définitif*⁷⁴⁴, ainsi que le prouve le droit, pour la juridiction de jugement, d'acquitter le prévenu ou l'accusé qu'on lui renvoie, ou de modifier les qualifications du fait dont on la saisit. On comprend qu'on ne puisse pas attacher la même valeur à un non-lieu qu'à une décision de jugement »⁷⁴⁵. Ces réflexions soulèvent la critique. Le propre de la décision de non-lieu est d'empêcher que l'affaire n'arrive en jugement. Dans le cas du non-lieu, la juridiction de jugement n'est pas saisie, si bien qu'elle ne peut en aucun cas « *acquitter le prévenu ou l'accusé qu'on lui renvoie, ou de modifier les qualifications du fait dont on la saisit* ». Comment peut-on alors affirmer que le non-lieu n'a pas de caractère définitif ?

⁷³⁹ M.-L. RASSAT estime que le non-lieu « *n'a qu'une autorité provisoire qui ne persiste qu'autant qu'il n'y a pas de raison de le remettre en cause. (...) jusqu'à la prescription acquise un non lieu peut toujours être l'occasion d'une réouverture de l'information sur charges nouvelles. Cela contredit toute idée d'autorité de la chose jugée qui comporte une notion de caractère définitif* », in *Traité de procédure pénale*, n° 515, p. 832. Elle étend cette solution à tous les types de non-lieu, qu'ils soient motivés en fait ou en droit (*op. cit.* n° 419, p. 658), en s'appuyant sur l'arrêt Cass. crim. 16 juillet 1932, *Sirey* 1934.1.194.

⁷⁴⁰ Cass. Crim. 24 jan. 2001, *Droit pénal* 2001, comm. 121, obs. Maron. Voir *infra*, p. 312.

⁷⁴¹ Voir en ce sens également Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 52.

⁷⁴² Voir *supra*, p. 210.

⁷⁴³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 539 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1055.

⁷⁴⁴ C'est nous qui soulignons.

⁷⁴⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 539.

A l'analyse, il semble que l'ordonnance de non-lieu ne revête qu'une autorité restreinte pour la simple raison qu'elle n'est pas considérée comme une chose jugée à part entière⁷⁴⁶. Certes, les critères formels pour l'identification de l'acte juridictionnel sont satisfaits⁷⁴⁷. Le juge d'instruction est un juge à part entière dans la mesure où il possède les garanties d'indépendance et d'impartialité. De plus, il agit en application d'une procédure minutieusement réglementée par le Code de procédure pénale, dont on peut affirmer qu'elle est globalement équitable. Cependant, du côté des critères matériels, les choses ne sont pas si évidentes. Par une décision de non-lieu, le juge d'instruction tranche incontestablement le litige⁷⁴⁸. Mais dit-il vraiment le droit ?

Il faut rappeler ici une vieille distinction pratiquée par la doctrine entre les ordonnances de non-lieu motivées en droit et les ordonnances de non-lieu motivées en fait⁷⁴⁹. Alors que la première ne pourrait pas être contredite par une nouvelle poursuite pour les mêmes faits sur charges nouvelles, cela serait possible pour la seconde. Dans ce dernier cas, le juge n'interrompt la procédure que parce qu'il n'existe pas de charges suffisantes, si bien que lorsque de nouvelles preuves surviennent, elles sont de nature, selon cette doctrine, à permettre l'ouverture d'une nouvelle instruction. Pourquoi avoir établi cette distinction alors que ni la loi⁷⁵⁰, ni la jurisprudence⁷⁵¹ ne la pratiquent ? La différence réside, nous semble-t-il, dans le fait que, dans une décision de non-lieu motivée en droit, le juge d'instruction dit entièrement le droit⁷⁵². Il dit, par exemple, qu'aucune qualification ne peut s'appliquer aux faits, que ceux-ci sont prescrits, amnistiés ou qu'un fait justificatif empêche de les sanctionner. En revanche, dans le non-lieu motivé en fait, le juge se contente de constater que les preuves ne sont pas suffisantes pour condamner la personne soupçonnée. Il n'exerce pas pleinement la *juris-dictio*. En d'autres termes, l'ordonnance de non-lieu motivée en fait

⁷⁴⁶ Des auteurs anciens n'avaient d'ailleurs tout caractère d'acte juridictionnel aux décisions d'instruction, voir sur ce point les explications de Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 47.

⁷⁴⁷ Voir *supra*, p. 268.

⁷⁴⁸ Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n°s 47 et 51.

⁷⁴⁹ FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 1023 (p. 628-629) ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 540 ; voir les explications de Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 51.

⁷⁵⁰ Ni l'art. 188 du CPP ni les anciens art. 246 et 247 du Code d'instruction criminelle ne différencient, pour la réouverture sur charges nouvelles, selon la motivation de l'ordonnance de non-lieu.

⁷⁵¹ On cite souvent l'arrêt Cass. crim. 16 juillet 1932, *Sirey* 1934.I.194 : la jurisprudence a admis la réouverture sur charges nouvelles alors que l'ordonnance de non-lieu était motivée par la prescription du délit – donc en droit. Les nouvelles preuves avaient révélé l'existence d'une circonstance aggravante, qui avait pour effet de transformer le délit en crime et de prolonger le délai de prescription.

⁷⁵² FAUSTIN-HELIE, *op. cit.*, n° 1022 (à propos des ordonnances de non-lieu motivées en fait) : « En effet, qu'est-ce qu'on a jugé ? Que les premières charges étaient insuffisantes. Le ministère public n'agit donc pas contre la chose jugée quand il provoque de nouvelles [charges], puisqu'il reconnaît par là même l'insuffisance des premières ».

n'apparaît pas comme une véritable chose jugée. On voit, ici encore, à quel point l'application de la règle *ne bis in idem* est restreinte par l'exigence que la décision ayant achevé la première poursuite revête la qualité de chose jugée.

331. Outre les décisions d'arrêt anticipé de la procédure, il est un d'autres hypothèses dans lesquelles le juge n'exerce pas pleinement la fonction juridictionnelle. Il s'agit des cas où il statue selon une procédure simplifiée. Là encore, le principe de l'autorité de la chose jugée s'avère inefficace pour empêcher le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits.

B. L'inefficacité en cas de jugement selon une procédure simplifiée

332. La condition d'existence d'une chose jugée peut poser des difficultés d'application de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits lorsque le premier jugement relatif aux faits litigieux a été rendu en application d'une procédure simplifiée. Précisément en raison de la simplification, le jugement ne possède pas tous les attributs de l'acte juridictionnel. L'on est alors tenté de lui nier toute autorité de chose jugée. En Allemagne, cette difficulté a été à l'origine d'un long débat sur la question de savoir si la réouverture de la procédure est possible après que les faits ont été jugés selon la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale (*Strafbefehl*) – qu'on peut brièvement définir comme un jugement rendu par écrit, en l'absence d'audience (1). En France, en revanche, le législateur a prévu que les poursuites ne peuvent plus être renouvelées après que les faits ont été jugés en application d'une procédure simplifiée (2).

1. L'ordonnance pénale en Allemagne

333. En République fédérale, la question de savoir si de nouvelles poursuites peuvent être engagées à raison de faits ayant donné lieu à une ordonnance pénale (*Strafbefehl*) est controversée de longue date. Qu'il suffise de mentionner, pour en convaincre le lecteur, qu'à notre connaissance, pas moins de quatre thèses lui ont été entièrement consacrées⁷⁵³. De façon systématique, la réponse apportée est justifiée par l'autorité plus ou moins importante accordée à l'ordonnance pénale. Et celle-ci dépend à son tour de l'opinion que se fait l'auteur

⁷⁵³ R. BOMMER, *Die Rechtskraft des Strafbefehls*, Bruchsal, D. Werber, 1901 ; Th. VOGLER, *Die Rechtskraft des Strafbefehls. Ein Rechtskraftsproblem*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1959 (thèse d'habilitation) ; O. SCHÖNFELDER, *Die materielle Rechtskraft des Strafbefehls*, thèse Cologne, 1960 ; A. WEIDENHAUPT, *Die Rechtskraft des amtlichen Strafbefehls. Eine Verteidigung der Theorie des Reichsgerichts*, Thèse Erlangen, 1907.

de la possibilité de traiter l'ordonnance pénale comme l'égal d'un jugement classique, tant au regard de ses qualités intrinsèques que de la procédure qui la précède.

Nous ne reviendrons pas sur la polémique déclenchée au XIX^{ème} siècle par la décision du Tribunal impérial (*Reichsgericht*) du 2 juin 1881, ni sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 18 décembre 1953, déjà évoqués précédemment⁷⁵⁴. Rappelons simplement qu'il résulte de ces deux célèbres décisions que l'autorité de l'ordonnance pénale ne suffit pas à entraîner une application pleine et entière de la règle *ne bis in idem*, sans que cela viole l'article 103 alinéa 3 de la loi fondamentale. En revanche, il nous faut nous attarder quelques instants sur le changement opéré par la réforme de 1987.

334. Avant 1987, le paragraphe 373a StPO prévoyait simplement que les dispositions générales sur la réouverture du jugement – les paragraphes 359 à 373 StPO – étaient applicables à l'ordonnance pénale passée en force de chose jugée (*rechtskräftig*), c'est-à-dire ne pouvant plus faire l'objet de recours devant les juridictions supérieures⁷⁵⁵. Cependant, la jurisprudence considérait qu'en raison de l'autorité moindre de l'ordonnance pénale par rapport au jugement classique, seul le paragraphe 359 relatif à la réouverture *en faveur* de la personne condamnée, était concerné par la règle légale. Ainsi, elle refusait de mettre en œuvre le paragraphe 362, concernant la réouverture *en défaveur* de la personne jugée, après une décision rendue par ordonnance pénale. En particulier, elle considérait que l'impossibilité de rouvrir la procédure en cas de charges nouvelles défavorables à la personne déjà jugée pour les mêmes faits, résultant de l'interprétation *a contrario* du paragraphe 362, n'avait pas lieu d'être transposée au cas de l'ordonnance pénale⁷⁵⁶.

La situation a été améliorée par la loi du 7 avril 1987 portant réforme de la procédure pénale allemande⁷⁵⁷. Mais celle-ci n'a pas exclu entièrement la possibilité de rejuger des faits matériels ayant déjà fait l'objet d'une ordonnance pénale. Aux termes du paragraphe 373a actuel, « *la réouverture d'une procédure achevée par une ordonnance pénale passée en force de chose jugée est (...) permise quand sont apportés des faits nouveaux ou des preuves nouvelles qui sont, à eux seuls ou en combinaison avec les preuves antérieures, susceptibles*

⁷⁵⁴ Voir *supra*, p. 34 pour la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 18 déc. 1953 et *supra*, p. 96 pour la décision de la Cour impériale de justice du 2 juin 1881.

⁷⁵⁵ Voir sur ce point le § 410 StPO.

⁷⁵⁶ Voir les deux décisions et les trois thèses citées dans les notes précédentes ; voir également W. SCHMIDT, « § 373a », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, précité, n° 1 ; Th. FISCHER, « § 410 » in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, précité, n° 15.

⁷⁵⁷ Loi du 7 avril 1987, *BGBI.* I, p. 1074 et s.

de fonder une condamnation pour crime ». Il faut, pour prendre toute la mesure de cette disposition, savoir que la procédure de jugement par ordonnance pénale est réservée aux délits – et se rappeler que la catégorie des contraventions n'existe pas en droit allemand. En bref, la règle *ne bis in idem* est applicable après un jugement rendu par ordonnance pénale sauf si des faits nouveaux ou, et c'est à cela qu'il faut prêter attention, des preuves nouvelles permettant de penser que les faits jugés par ordonnance pénale constituent en réalité un crime, sont apportées ultérieurement. Aussi définitive une décision prise par ordonnance pénale puisse-t-elle paraître, elle n'assure donc pas complètement la sécurité juridique.

La doctrine explique la différence tracée entre le sort du jugement classique et celui de l'ordonnance pénale par l'argument selon lequel l'ordonnance pénale ne saurait revêtir la même autorité qu'un jugement. Ici encore, on retrouve la notion d'« *autorité restreinte de la chose jugée* »⁷⁵⁸. Que le paragraphe 410 alinéa 3 StPO, relatif aux recours pouvant frapper l'ordonnance pénale, pose le principe selon lequel une ordonnance pénale qui n'est plus susceptible d'être contestée a une valeur équivalente à un jugement revêtant l'autorité de la chose jugée, n'y change pas grand chose. Le fait est que le paragraphe 373a StPO permet, à certaines conditions, la réouverture de la procédure sur charges nouvelles. D'ailleurs, cette exception est très généralement justifiée par l'absence d'audience dans la procédure menant à l'adoption d'une ordonnance pénale, ce qui a pour conséquence que le juge ne peut pas effectuer de mesures d'enquête⁷⁵⁹. L'argument nous ramène bien à une insuffisance de l'ordonnance pénale au regard de la notion de chose jugée. Un attribut de l'acte juridictionnel, l'exigence qu'il résulte d'une procédure permettant au juge de faire éclater la vérité, fait défaut.

En France, le législateur s'est montré plus généreux vis-à-vis du justiciable bénéficiant d'une relaxe au terme d'une procédure simplifiée.

⁷⁵⁸ G. NOLTE, *op. cit.*, n° 218 ; C. ROXIN, *op. cit.*, § 50 n° 21 (p. 414-415).

⁷⁵⁹ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 283 (l'auteur rappelle l'exposé des motifs présenté par le gouvernement en vue de l'adoption de la loi de 1987, selon lequel les limitations à l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance pénale ne s'expliquent que par l'incertitude relative à la situation factuelle provoquée par l'absence d'audience).

2. Les procédures simplifiées de jugement en France

335. En France, les procédures simplifiées que sont l'ordonnance pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne suscitent pas les difficultés rencontrées en Allemagne. En effet, le législateur a prévu qu'elles ont les effets d'un jugement passé en force de chose jugée.

336. La procédure de jugement par ordonnance pénale est également connue du droit français. On la trouve réglementée aux articles 524 et suivants du Code de procédure pénale. Le régime de l'ordonnance pénale française est très proche de celui de l'ordonnance pénale allemande puisque, aux termes de l'article 525 CPP, « *le juge statue sans débat préalable par une ordonnance pénale portant soit relaxe, soit condamnation à une amende (...)* ».

L'article 528-1 CPP prévoit, de façon similaire au paragraphe 410 alinéa 3 StPO, que « *l'ordonnance pénale à laquelle il n'a pas été formé opposition a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée* »⁷⁶⁰. La grande différence avec le droit allemand est qu'il n'existe pas d'équivalent dans le Code de procédure pénale français du paragraphe 373a StPO, prévoyant une exception en cas de survenance de charges nouvelles. Ainsi, qu'un jugement soit rendu selon la procédure classique ou par ordonnance pénale, le régime d'application de la règle *ne bis in idem* demeure inchangé.

L'on retrouve, à travers l'article 528-1 CPP, la méthode de l'extension de la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée à des cas de figure auxquels il ne s'applique pas naturellement – nous l'avons déjà observée du côté allemand à propos de l'extension de l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* aux procédures destinées à réprimer les infractions administratives⁷⁶¹. Ici, l'autorité de la chose jugée est conférée par la volonté du législateur à une décision dont on pourrait pourtant discuter la qualité d'acte juridictionnel, du moins au regard du critère formel relatif à la qualité de la procédure précédant le jugement.

337. En ce qui concerne la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (le « plaider-coupable »), le législateur français a procédé exactement de la même manière.

⁷⁶⁰ L'alinéa 2 précise que l'ordonnance « *n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'action civile en réparation des dommages causés par l'infraction* », mais cela n'a pas d'incidence sur notre démonstration.

⁷⁶¹ Voir *supra*, p. 179.

Lorsqu'à la suite d'une proposition du ministère public, la personne qui reconnaît les faits qui lui sont reprochés accepte la peine proposée, elle est aussitôt présentée, comme l'indique l'article 495-9 CPP, au président du tribunal de grande instance. Ce dernier est « *saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation (...). Après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, [le juge] peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République. Il statue le jour même par ordonnance motivée* ». L'ordonnance d'homologation, qui incarne la décision définitive, peut être frappée d'appel. L'article 495-11 CPP prévoit *in fine* qu'à défaut d'appel, l'ordonnance d'homologation « *a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée* ».

Par la force de la loi, une décision de justice dont on peut bien penser qu'elle ne possède pas tous les attributs de l'acte juridictionnel, puisqu'elle ne tranche pas le litige en disant le droit mais se contente d'homologuer, après vérification de certains de ses aspects, l'accord trouvé entre le ministère public et la personne ayant reconnu les faits, se voit donc reconnaître l'autorité de la chose jugée. De la sorte, la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* n'est pas perturbée par la question de savoir si l'homologation possède les qualités requises pour constituer une chose jugée. Ici encore, le législateur a contourné l'inefficacité du principe de l'autorité de la chose jugée pour empêcher le renouvellement des poursuites en l'absence d'une chose jugée : il a pour cela décrété que l'homologation en avait les effets.

338. Mais l'inefficacité du principe de l'autorité de la chose jugée pour empêcher le cumul des poursuites pour les mêmes faits en l'absence d'une chose jugée ne se limite pas aux hypothèses de l'arrêt de la procédure avant l'atteinte du jugement et du jugement selon une procédure simplifiée. Elle concerne également les cas, de plus en plus nombreux, de réponse à l'infraction sans jugement.

C. L'inefficacité en cas de réponse à l'infraction sans jugement

339. Dans l'introduction générale, nous avons évoqué l'essor des modes de répression sans jugement, en particulier de la transaction et de la médiation pénale⁷⁶². A l'évidence, le principe de l'autorité de la chose *jugée* est bien mal adapté pour interdire qu'une poursuite soit exercée pour des faits ayant donné lieu à une telle réponse répressive. En outre, il faut rappeler que ces réponses sont données sans qu'une poursuite pénale soit déclenchée. Elles

⁷⁶² Voir *supra*, p. 487.

sont d'ailleurs souvent regroupées sous la désignation de mesures alternatives aux poursuites. Théoriquement, il ne peut donc pas y avoir de cumul des poursuites pour les mêmes faits, même dans l'hypothèse où une poursuite a été engagée après qu'une réponse alternative a été donnée.

C'est donc en contournant le principe de l'autorité de la chose jugée et en fermant les yeux sur l'absence de poursuite proprement dite qu'il est possible d'empêcher que des faits qui ont donné lieu à une transaction ou à une médiation pénale soient à nouveau poursuivis. Il suffit de considérer que l'accomplissement d'une transaction ou d'une médiation pénale éteint l'action publique, sans en passer par la question de savoir s'il faut reconnaître une quelconque autorité aux décisions se trouvant à la base de ces mesures. Cette voie est empruntée par le droit positif en ce qui concerne la transaction (1). En revanche, ce n'est pas le cas pour la médiation pénale (2).

1. La transaction pénale

340. L'on peut définir la transaction pénale comme un contrat par lequel les parties mettent fin à un litige en se consentant des concessions réciproques⁷⁶³. Elles évitent ainsi le passage par les voies judiciaires. En matière pénale, cela se traduit par un accord entre la personne suspectée d'avoir commis une infraction et l'autorité de poursuite, selon lequel la première reconnaît avoir commis l'infraction et verse une somme d'argent à titre d'amende, en contrepartie de quoi la seconde s'engage à ne pas exercer les poursuites pénales. La transaction est connue du droit français et du droit allemand.

341. En droit français, l'article 6 CPP prévoit, après avoir énoncé dans son premier alinéa les causes d'extinction de l'action publique dont fait partie l'existence d'une chose jugée, que l'action publique « *peut, en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément ou par l'exécution d'une composition pénale* » en son alinéa 3.

L'on peut citer, comme exemple de disposition légale prévoyant l'extinction de l'action publique par la transaction, l'article 529-3 CPP relatif aux contraventions en matière de transports publics, qui prévoit que « *l'action publique est atteinte (...) par la transaction entre l'exploitant et le contrevenant* ». L'article 529 CPP, qui consacre la procédure de l'amende forfaitaire de façon générale pour les contraventions des quatre premières classes, nous

⁷⁶³ *Dictionnaire du vocabulaire juridique, op. cit.*, v° transaction ; *Lexique des termes juridiques*, v° transaction.

semble relever de la même logique, bien que le terme « transaction » n'apparaisse pas dans la disposition légale. Celle-ci prévoit que « *l'action publique est éteinte par le paiement d'une amende forfaitaire (...)* », laquelle amende pouvant être acquittée, aux termes de l'article 529-1 CPP, « *soit entre les mains de l'agent verbalisateur au moment de la constatation de l'infraction, soit auprès du service indiqué dans l'avis de contravention* » dans un certain délai.

Ainsi, même en l'absence de risque de cumul des poursuites pour les mêmes faits – puisque la transaction n'emporte pas déclenchement de poursuites –, l'esprit de la règle *ne bis in idem* est respecté grâce à la technique de l'extinction de l'action publique en cas de transaction réussie. Il s'agit là d'un bel exemple de mise en œuvre de l'exigence de sécurité juridique en l'absence de recours au principe de l'autorité de la chose jugée, lequel est inefficace au cas de la transaction puisque, la transaction remplaçant le jugement, il est certain qu'il n'existe pas de chose jugée.

342. En généralisant la transaction pénale à tous les « petits délits » par la création de la composition pénale par la loi du 23 juin 1999⁷⁶⁴, le législateur a utilisé la même méthode. L'article 41-2 CPP prévoit en son alinéa 8 que « *l'exécution de la composition pénale éteint l'action publique* ». Ici encore, nulle référence n'est faite au mécanisme de l'autorité de la chose jugée. Pourtant, le juge n'est pas complètement absent de la procédure de la composition pénale. En vertu de l'article 41-2 alinéa 5 CPP, l'accord de composition trouvé entre le ministère public et la personne qui reconnaît avoir commis l'infraction doit être validé par le président du tribunal⁷⁶⁵ – précisons que depuis la loi du 9 septembre 2002, la validation peut être confiée au juge de proximité en vertu de l'article 706-72 CPP⁷⁶⁶. En vue de cette validation, le juge peut d'ailleurs procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime.

On aurait donc pu imaginer que la loi étende les effets du jugement à la décision de validation, comme elle l'a d'abord fait pour l'ordonnance pénale puis – après l'adoption de la composition pénale, certes – pour l'ordonnance d'homologation dans le cas de la comparution

⁷⁶⁴ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

⁷⁶⁵ Cette condition était dictée par le Conseil constitutionnel, qui avait sanctionné dans sa décision n° 95-360 DC du 2 février 1995 la loi instaurant l'injonction pénale, en raison de l'absence d'intervention d'un juge du siège. Pour une approche critique de cette exigence de validation, J. LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction pénale à la composition pénale, Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP* 2000.I.198, n° 22 et s. Le taux de validation semble être très élevé : S. GRUNVALD et J. DANET, *La composition pénale. Une première évaluation*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 86 et s.

⁷⁶⁶ Pour une analyse critique de cette modification, voir S. GRUNVALD et J. DANET, *op. cit.*, p. 151 et s.

sur reconnaissance de culpabilité⁷⁶⁷. Mais il est vrai que dans la composition pénale, le juge ne décide pas lui-même comme pour l'ordonnance pénale, et il n'entend pas nécessairement la personne concernée par la mesure comme dans la procédure d'homologation de l'accord entre le ministère public et l'individu plaçant coupable. La validation de la composition pénale est donc encore plus éloignée que l'ordonnance pénale et l'ordonnance d'homologation de la chose jugée.

Pour la composition pénale comme pour les autres types de transaction, l'insécurité juridique qui découlerait d'un traitement judiciaire des faits bien qu'ils aient déjà donné lieu à l'exécution de l'accord entre les parties est donc évitée par le recours à la technique de l'extinction de l'action publique. Certes, une condition supplémentaire est posée : celle de l'exécution de l'accord. Ainsi, c'est *l'exécution* de la composition pénale qui éteint l'action publique⁷⁶⁸. En revanche, aux termes de l'alinéa 6 de l'article 41-2, « *si la personne n'accepte pas la composition pénale ou si, après avoir donné son accord, elle n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur met en mouvement l'action publique (...)* ». Cette condition inhabituelle de mise en œuvre de l'interdiction de poursuivre des faits dont le sort est déjà réglé est la conséquence logique de l'absence de recours au principe de l'autorité de la chose jugée. Car l'un des effets du jugement est sa force exécutoire. En présence d'un jugement, des mesures d'exécution forcée peuvent être exercées. Ce n'est pas le cas lorsque la résolution du litige ne tient qu'à un accord entre les parties. Il est donc cohérent, pour laisser l'action publique s'éteindre, d'attendre que l'accord soit exécuté. Sinon, le risque que les transactions ne soient jamais mises en œuvre serait trop important et il n'existerait pas de moyen efficace pour sanctionner la non exécution de la transaction par le délinquant.

343. La question du sort de l'action publique après le recours à la transaction est appréhendée de manière similaire en droit allemand.

Bien qu'elle n'en porte pas le nom⁷⁶⁹, la transaction pénale est permise par le paragraphe 153a StPO. Ce dernier prévoit qu'avec l'accord du tribunal compétent et du mis en cause, le procureur « *peut provisoirement renoncer au déclenchement de l'action publique* » – auxquelles l'oblige le principe de légalité – « *et, en même temps, imposer au mis en cause des*

⁷⁶⁷ Voir *supra*, p. 287.

⁷⁶⁸ De même, l'art. 529 CPP bien que c'est le *paiement* de l'amende forfaitaire qui éteint l'action publique et l'art. 529-4, qui explicite l'art. 529-3 prévoyant simplement que « *l'action publique est éteinte par la transaction* », précise que « *la transaction est réalisée par le versement (...) d'une amende forfaitaire* ».

⁷⁶⁹ Voir les explications de J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, tome 2, n° 1569 (p. 660).

obligations et des directives de conduite, lorsque celles-ci sont propres à faire disparaître l'intérêt public à la poursuite et que la gravité de la faute commise ne s'y oppose pas »⁷⁷⁰. Plusieurs obligations et directives de conduite sont ensuite énoncées, de même que le régime de leur exécution⁷⁷¹.

Si, tant que la transaction n'est pas exécutée, la renonciation à la poursuivre reste provisoire, dès lors que le mis en cause a satisfait aux obligations et directives de conduite qui lui ont été imposées, le fait ne peut plus, aux termes de la cinquième phrase du premier alinéa du paragraphe 153a, « être poursuivi en tant que délit ». Le texte de loi ne prévoit donc pas que l'action publique est éteinte, mais parvient au même résultat en prohibant l'exercice de la poursuite⁷⁷². En revanche, l'étendue de cette règle est expressément restreinte. S'il avère par la suite que le fait constitue peut-être un crime, hypothèse dans laquelle le paragraphe 153a n'est pas applicable, leur poursuite peut avoir lieu, que la suspicion de commission d'un crime découle de l'apparition de charges nouvelles ou non⁷⁷³. Précisons enfin que cette règle est inchangée au cas où, en application de l'alinéa 2 du paragraphe 153a, c'est le tribunal qui arrête la procédure parce que les poursuites avaient déjà été engagées par le procureur⁷⁷⁴.

Si le principe de l'autorité de la chose jugée est contourné comme en droit français, il ne l'est ici qu'avec un succès partiel. La personne ayant fait l'objet d'une transaction pénale ne bénéficie de la sécurité juridique que dans la mesure où on ne lui reprochera pas, plus tard, d'avoir commis un crime et non un délit. Derrière cette limitation, on retrouve sans aucun doute le souci des juristes germaniques de permettre un examen juridictionnel des faits lorsque la décision rendue en l'absence de jugement est contestée⁷⁷⁵.

344. Enfin, la possibilité d'engager une poursuite pour des faits ayant donné lieu à une transaction pénale a été discutée dans le cadre de la mise en œuvre internationale de la règle *ne bis in idem*, plus précisément dans le contexte de l'application de l'article 54 de la Convention de Schengen. Très délicate, la question de l'applicabilité de cette disposition à la suite d'une transaction pénale était à l'origine du désormais célèbre arrêt Gözütok et Brügge,

⁷⁷⁰ Pour une traduction intégrale de la disposition, voir J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, tome 2, n° 1570 et s. (p. 661 et s.).

⁷⁷¹ Pour plus de précisions, voir J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, tome 2, n° 1570 et s. (p. 661 et s.).

⁷⁷² J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, tome 2, n° 1569 (p. 660).

⁷⁷³ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 215 et s.

⁷⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁷⁵ Voir *supra*, p. 25.

rendu le 11 février 2003 par la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁷⁶. La Cour était saisie de deux questions préjudicielles, l'une posée par un tribunal allemand et l'autre par un tribunal belge. Dans les deux affaires, un individu avait transigé avec le ministère public d'un Etat partie à Convention de Schengen à propos d'une infraction pour laquelle les autorités d'un autre Etat partie avaient engagé une poursuite pénale. L'individu invoquait alors la règle *ne bis in idem* pour faire obstacle à la poursuite. La question posée à la Cour était la suivante : l'article 54 de la Convention de Schengen permet-il au ministère public d'un Etat partie de poursuivre pénalement un individu alors que, dans un autre Etat, l'action publique est éteinte en raison de l'abandon des poursuites par le ministère public à la suite d'un accord passé avec l'individu et après que ce dernier a satisfait aux obligations qui découlaient de cet accord ?

La Cour répondit par l'affirmative bien que le texte de l'article 54 de la Convention de Schengen ne l'y invitât pas directement. Rappelons la teneur de cette disposition : « *Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation* ». Il est clair qu'un individu qui a accepté et exécuté une transaction pénale n'a pas été « *définitivement jugé* », quand bien même les procédures nationales prévoiraient que la transaction éteint l'action publique. Une interprétation littérale de l'article 54 aurait donc pu conduire la Cour à écarter son application pour les cas d'espèce. Mais c'était sans compter avec les remarquables conclusions de l'Avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer, rendues le 19 septembre 2002⁷⁷⁷.

345. Plutôt que de s'en tenir au recours traditionnel au principe de l'autorité de la chose jugée pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* et d'en déduire logiquement que l'interdiction du renouvellement des poursuites n'avait lieu d'être qu'en présence d'une « chose jugée », l'avocat général procéda à une analyse résolument fonctionnaliste. D'emblée, il affirma qu'« *il convient d'analyser la portée [de la règle ne bis in idem] et, en particulier, sa signification dans le contexte de l'article 54 de la Convention en recherchant l'objet et la finalité de cette disposition conventionnelle* »⁷⁷⁸. Or, cet objet et cette finalité ne peuvent être

⁷⁷⁶ Précité, voir *supra*, note n° 111.

⁷⁷⁷ Conclusions précitées, voir *supra*, n° 25.

⁷⁷⁸ Point 39 des conclusions, c'est nous qui soulignons.

découverts qu' « *en faisant abstraction des particularités de chaque système* » national. Ainsi, « *c'est dans le droit de l'Union européenne qu'il convient d'effectuer cette recherche, dans le fond commun que constituent les objectifs poursuivis par l'acquis de Schengen* »⁷⁷⁹. Cette remarque nous paraît fondamentale. Si l'avocat général s'était fondé sur les traditions communes des systèmes juridiques des Etats parties à la Convention de Schengen, il serait probablement arrivé au constat que la règle *ne bis in idem* est considérée dans ces traditions juridiques nationales comme un effet de l'autorité de la chose jugée et en aurait vraisemblablement déduit qu'elle ne pouvait pas être appliquée en l'absence d'une chose jugée achevant la poursuite.

Grâce à sa démarche fonctionnaliste, et après avoir noté que l'article 54 de la Convention de Schengen est « *une disposition juridique au service d'un processus dynamique d'intégration européenne* », l'avocat général en vient au contraire à l'affirmation que ledit article « *est l'expression de cette garantie en faveur de celui contre qui le ius puniendi est exercé* »⁷⁸⁰ – l'allusion à ce que nous avons appelé la « *sécurité juridique individuelle* »⁷⁸¹ est nette. Par conséquent, l'article 54 « *est l'authentique expression de la garantie en question, qui non s'applique au sein d'un même ordre juridique mais produit également ses effets lorsque les poursuites sont engagées dans deux systèmes juridiques différents* »⁷⁸². Poursuivant son raisonnement, M. Ruiz-Jarabo Colomer prend le contrepoint de son prédécesseur M. Mayras, qui avait considéré dans ses conclusions rendues à propos de l'affaire Boehringer que la règle *ne bis in idem* « *ne vaut qu'à l'intérieur de chacun des ordres juridiques nationaux* »⁷⁸³. Pour M. Ruiz-Jarabo Colomer, « *la construction d'une Europe sans frontières et le rapprochement des différents ordres juridiques nationaux, y compris en matière pénale, qui en est le corollaire, implique que les Etats concernés s'inspirent des mêmes valeurs. Or, c'est ici, dans le domaine des valeurs, que le principe en question prend tout son sens* »⁷⁸⁴. Ces données de départ sont absolument fondamentales et c'est à juste titre que l'avocat général faisait remarquer qu'elles ne sont pas « *un simple exercice de style* ». En effet, « *la raison d'être de la règle ne bis in idem et les valeurs qui la justifient* »⁷⁸⁵ permettent de répondre à la question

⁷⁷⁹ Point 42 des conclusions, c'est nous qui soulignons.

⁷⁸⁰ Points 44 et 46 des conclusions.

⁷⁸¹ Voir *supra*, p. 131 et s. ; voir également le point 49 des conclusions : l'avocat général affirme que la règle *ne bis in idem* « *est fondé[e] sur les deux piliers de tout système juridique. L'un est la sécurité juridique, l'autre l'équité* ».

⁷⁸² Point 47 des conclusions.

⁷⁸³ Conclusions présentées le 29 nov. 1972, aff. C-7-72, Rec. p. 1293-1307, spéc. p. 1296.

⁷⁸⁴ Point 55 des conclusions, c'est nous qui soulignons.

⁷⁸⁵ Point 60 des conclusions.

de savoir si la règle *ne bis in idem* fait ou non obstacle à ce qu'une poursuite pénale soit exercée dans un Etat pour des faits transigés dans un autre Etat.

Après une analyse comparative des mesures de transaction existant dans les systèmes juridiques des Etats parties à la Convention de Schengen, l'avocat général arrive à la conclusion que la transaction est un véritable mode d'administration de la justice. Bien plus qu'un accord privé entre le ministère public et l'individu se trouvant en infraction, elle a « *un caractère judiciaire implicite* » qui fait d'elle une institution qui est l'expression même de la justice pénale⁷⁸⁶. « *Parce que le législateur en a décidé ainsi, dans la transaction l'Etat exerce le ius puniendi à l'égard de certaines infractions moyennant l'intervention du titulaire de l'action publique, qui s'éteint lorsque la sanction a été exécutée. L'Etat se prononce donc définitivement par l'intermédiaire de l'organe compétent. Par conséquent, il administre la justice pénale en répondant de la sorte à un certain type de criminalité* »⁷⁸⁷. En tant qu'institution qui provoque une décision définitive d'abandon des poursuites, la transaction pénale doit donc nécessairement entraîner l'application de la règle *ne bis in idem*. Peu importe alors que, selon le texte de l'article 54 de la Convention, seul le jugement définitif entraîne l'interdiction du renouvellement des poursuites. Car si l'on se fonde sur la finalité de la règle *ne bis in idem*, qui consiste en la préservation de la sécurité juridique, il est inacceptable que celle-ci bénéficie aux grands délinquants pour la raison qu'ils ont été jugés au sens plein du terme, mais qu'elle ne protège pas les petits délinquants qui se sont vus proposer une transaction pénale⁷⁸⁸.

On remarque que l'avocat général parvient à justifier l'application de la règle *ne bis in idem* après une transaction *et* dans les relations internationales sans en passer par le principe de l'autorité de la chose jugée⁷⁸⁹. Notre point de vue à cet égard est que c'est précisément parce que ce principe a été laissé de côté que la mise en œuvre de la règle est rendue possible.

346. La Cour de justice a suivi les conclusions de l'avocat général. Après avoir expliqué que dans une procédure de transaction pénale, « *il est mis fin à l'action publique au moyen d'une décision émanant d'une autorité appelée à participer à l'administration de la justice pénale* »

⁷⁸⁶ Points 84 à 88 des conclusions.

⁷⁸⁷ Point 89 des conclusions.

⁷⁸⁸ Point 116 des conclusions.

⁷⁸⁹ Si l'autorité de la chose jugée est mentionnée à la fin des conclusions (points 100 à 106), c'est uniquement pour préciser le défaut d'influence de la transaction sur la possibilité de la victime d'obtenir réparation du dommage résultant de l'infraction en exerçant une action devant la juridiction compétente.

et que le comportement illicite reproché au prévenu est sanctionné⁷⁹⁰, elle en a déduit que : « dans ces conditions, force est de conclure que, lorsque, à la suite [d'une telle procédure], l'action publique est définitivement éteinte, la personne concernée doit être considérée comme ayant été « définitivement jugée » au sens de l'article 54 de la Convention de Schengen »⁷⁹¹. Ainsi, contrairement aux arguments avancés par les gouvernements allemand, belge et français⁷⁹², « le fait qu'aucune juridiction n'intervient dans le cadre d'une telle procédure et que la décision prise à l'issue de celle-ci ne prend pas la forme d'un jugement n'est pas de nature »⁷⁹³ à faire obstacle à l'application de l'article 54 de la Convention. Reprenant l'argumentation fonctionnaliste de l'avocat général, la Cour précise que « cette interprétation de l'article 54 s'impose d'autant plus qu'elle est la seule à faire prévaloir l'objet et le but de cette disposition sur les aspects de procédure ou de pure forme (...) et à garantir une application utile dudit principe »⁷⁹⁴, « qui a pour objectif d'éviter qu'une personne, par le fait d'exercer son droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs Etats membres »⁷⁹⁵.

A nouveau, nulle référence au principe de l'autorité de la chose jugée. Il apparaît de plus en plus qu'en son absence, la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* en cohérence avec la portée utile de la règle est résolument plus aisée. Néanmoins, la vague d'extension de son application aux décisions ne consistant pas en des « choses jugées » ne semble pas avoir atteint la médiation pénale.

2. La médiation pénale

347. La médiation est une entremise destinée à mettre d'accord, à réconcilier des personnes⁷⁹⁶. Elle nécessite l'intervention d'un tiers, le médiateur, qui assiste les personnes en litige pour parvenir à une solution à l'amiable. Les droits pénaux français et allemand ont reçu la notion en octroyant une place à la réconciliation entre l'auteur et la victime d'une infraction. Toutefois, la médiation pénale a un statut juridique bien différent dans les deux pays.

⁷⁹⁰ Points 28 et 29 de l'arrêt, précité.

⁷⁹¹ Point 30 de l'arrêt.

⁷⁹² Point 41 de l'arrêt.

⁷⁹³ Point 31 de l'arrêt.

⁷⁹⁴ Point 35 de l'arrêt.

⁷⁹⁵ Point 38 de l'arrêt.

⁷⁹⁶ *Le petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, v° médiation, premier sens.

En France, la médiation est exclusivement considérée comme une mesure d'évitement du jugement pénal. En Allemagne, en revanche, la médiation peut à la fois servir de substitut au jugement pénal comme en France, mais elle peut également être utilisée comme accompagnement du procès pénal jusqu'au prononcé de la peine. Parallèlement au traitement judiciaire de l'affaire, les parties tentent de se réconcilier⁷⁹⁷. En cas de réussite de la médiation, la peine pourra être réduite ou, dans certains cas, le juge pourra prononcer la dispense de peine⁷⁹⁸. Nous n'envisagerons pas ce dernier aspect de la médiation pénale allemande dans notre étude.

Plutôt que de déclencher l'action publique, le procureur allemand comme le procureur français peut faire procéder à une médiation qui, si elle est couronnée de succès, dénoue le litige en l'absence de jugement. A l'évidence, il n'y a pas de chose jugée qui puisse faire autorité.

348. En Allemagne, le paragraphe 153a StPO considère la médiation (*Täter-Opfer-Ausgleich*) comme l'une des « obligations ou directives de conduite » que le procureur peut imposer au mis en cause tout en renonçant provisoirement à la poursuite des faits. Au numéro 5 du premier alinéa du paragraphe 153a, il est prévu que le fait de « s'efforcer sérieusement de parvenir à un accord avec la victime en vue de réparer en totalité ou en majeure partie son méfait ou en vue de tendre vers une telle réparation » peut faire l'objet d'une obligation ou d'une directive de conduite.

Nous l'avons vu plus haut, le paragraphe 153a, alinéa 3, 5^{ème} phrase prévoit que le fait ne peut plus être poursuivi en tant que délit lorsque le mis en cause a satisfait aux obligations et aux lignes de conduite qui lui ont été imposées⁷⁹⁹. Cela dit, une décision explicite du procureur d'arrêt de la procédure est nécessaire⁸⁰⁰. En outre, faut-il considérer qu'un individu qui « s'efforce sérieusement de parvenir à un accord avec la victime » sans y parvenir en raison de la réticence de celle-ci pourra bénéficier de l'interdiction d'être poursuivi ? Cette question ne semble pas avoir trouvé de réponse en droit positif.

⁷⁹⁷ Le § 155a StPO prévoit que « le ministère public et le juge doivent examiner la possibilité d'atteindre un accord de médiation entre l'auteur et la victime de l'infraction à tous les stades de la procédure ».

⁷⁹⁸ Le § 46a StGB prévoit que lorsque l'auteur d'une infraction, « dans l'effort d'atteindre un accord avec la victime, a réparé totalement ou en grande partie l'infraction commise ou tente de la réparer (...), le tribunal peut réduire la peine en application du § 49 al. 1^{er} ou (...) s'abstenir de prononcer une peine ». Sur la médiation pénale allemande en général et l'application de cette disposition en particulier, voir W. SCHÄDLE, « Nicht ohne das Opfer ? Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Rechtsprechung des BGH », *NStZ* 2005, p. 366-370.

⁷⁹⁹ Voir *supra*, p. 292.

⁸⁰⁰ A. SCHOREIT, « § 153a » in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, n° 43 a.

349. En France, la loi n'a pas résolu la question de façon beaucoup plus nette. La médiation est réglementée à l'article 41-1, 5° CPP. Le sort de l'action publique est envisagé pour le cas de l'échec de la médiation. Le dernier alinéa de l'article 41-1 dispose : « *En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites* ». En revanche, la réussite de la médiation n'est évoquée par la loi. On peut déduire *a contrario* des dispositions du dernier alinéa de l'article 41-1 que la réussite de la médiation empêche l'exercice d'une poursuite pour les faits concernés par la médiation. C'est sans doute selon cette logique que des auteurs estiment que le succès de la médiation « *aboutit à une sorte de pardon judiciaire* »⁸⁰¹. Mais il aurait été plus satisfaisant que la loi le prévoit expressément.

Ainsi, en France comme en Allemagne, la question de savoir si, lorsqu'un litige a été résolu par la voie de la médiation, les faits qui en sont à l'origine peuvent être poursuivis par la voie judiciaire classique, n'est donc pas réglée par la loi. Mais il est clair que, si le législateur s'en saisissait ou si le juge avait à y répondre, ils ne pourraient appliquer la règle *ne bis in idem* et, partant garantir la sécurité juridique à celui qui peut légitimement penser que son sort est définitivement réglé, qu'en s'affranchissant des conditions de mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée, l'accord de médiation ne comportant à l'évidence aucun des attributs de l'acte juridictionnel.

350. Au terme de cette section, l'on peut rendre compte de la mesure de l'inefficacité du principe de l'autorité de la chose jugée pour empêcher que des faits délictueux sur lesquels il a été définitivement statué fassent l'objet d'un nouvel examen.

Parmi les décisions résolvant définitivement les litiges, seules certaines permettent l'application de la règle *ne bis in idem* en tant qu'effet du principe de l'autorité de la chose jugée. Il s'agit de celles qui correspondent en tous points à la définition de l'acte juridictionnel, ou auxquelles le législateur a *expressément et pleinement* attribué la valeur d'un jugement, ainsi qu'en témoignent les exemples français de l'ordonnance pénale et de l'ordonnance d'homologation clôturant une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

⁸⁰¹ *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, v° médiation.

En revanche, en l'absence d'une telle intervention volontariste du législateur et dès lors que certains critères de l'acte juridictionnel font défaut, la règle *ne bis in idem* se trouve quelque peu « rabougrie ». Elle ne s'applique pleinement qu'à certaines conditions : quand aucune charge nouvelle n'apparaît par la suite, comme le montrent en France l'ordonnance de non-lieu et, en Allemagne, les arrêts anticipés de la procédure selon les paragraphes 174 alinéa 2 et 211 StPO et l'ordonnance pénale, ou encore quand les faits ne sont pas poursuivis ultérieurement sous une qualification pénale plus haute, comme c'est le cas en Allemagne de l'arrêt anticipé de la procédure selon l'article 153 alinéa 2 StPO et de la transaction pénale, qui peuvent être remis en cause par une nouvelle poursuite engagée pour crime. L'on voit donc que l'intervention du législateur ne suffit pas. Il faut encore que celui-ci ne demeure pas influencé par le principe de l'autorité de la chose jugée, comme cela semble avoir été le cas lors de la rédaction de l'article 178 CPP relatif à la reprise de la procédure sur charges nouvelles après une ordonnance de non-lieu ou des paragraphes 174 alinéa 2 et 211 StPO, octroyant une autorité restreinte de la chose jugée aux décisions juridictionnelles d'arrêt anticipé de la procédure. Enfin, en l'absence totale d'intervention du législateur et lorsque le juge n'interfère nullement dans le règlement du litige, la situation reste incertaine, comme le montrent les exemples de l'article 153 alinéa 1 StPO et de la médiation pénale. En tout état de cause, dans toutes ces hypothèses, la portée effective de la règle *ne bis in idem* ne correspond plus à sa portée utile. Par conséquent, la sécurité juridique n'est pas intégralement préservée.

A l'inverse, l'on observe que le cumul des poursuites peut parfaitement être évité, même en l'absence d'une chose jugée, par le recours au mécanisme de l'extinction de l'action publique indépendamment de la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée. L'exemple de la transaction pénale française le montre, qu'il s'agisse de la transaction de l'article 529-3 CPP ou de la composition pénale. La jurisprudence *Gözütok et Brügger* de la Cour de justice des Communautés européennes le confirme.

En somme, soit il existe une chose jugée ou une décision à laquelle la loi confère artificiellement l'autorité de la chose jugée bien qu'elle n'en soit pas une, et la règle *ne bis in idem* peut s'appliquer par le biais du mécanisme traditionnel de la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée. Soit ces conditions ne sont pas remplies, et la règle *ne bis in idem* ne s'applique pas entièrement. En outre, même lorsque la première poursuite s'est conclue par une décision revêtant l'autorité de la chose jugée, le principe de l'autorité de la chose jugée peine à assurer pleinement la stabilité juridique et la protection de l'individu. Le principe de la relativité, qui le gouverne, restreint en effet la portée de la règle *ne bis in idem* d'une autre manière.

Section 2 La restriction apportée par l'exigence d'identité juridique des faits

351. Depuis le début de l'étude, nous raisonnons sur la règle *ne bis in idem* à partir d'une conception « pure » de celle-ci : nous la comprenons comme l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits *matériels*. Rappelons que cette conception est celle de l'article 368 du Code français de procédure pénale, qui prohibe toute nouvelle poursuite à raison des mêmes faits « *même sous une qualification différente* », et qu'elle est la seule qui soit propre à garantir la sécurité juridique. En effet, dès lors que des faits matériels peuvent faire l'objet de plusieurs poursuites répressives les envisageant successivement sous des qualifications juridiques différentes, le risque apparaît de voir se multiplier les décisions répressives, modifiant chacune la situation juridique déterminée par la décision précédente et obligeant l'individu à répondre autant de fois de ses actes devant la justice ; le danger de l'insécurité juridique est donc immédiatement présent.

A présent, nous allons constater que le rattachement la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée n'invite pas nécessairement à concevoir la règle comme nous l'avons fait jusqu'ici. Selon le principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée, cette autorité ne peut faire obstacle à une nouvelle poursuite qu'à la condition qu'il y ait identité de *cause* entre la « chose jugée » et la « chose poursuivie ». Selon la doctrine pénaliste, la cause du litige correspond au fait délictueux qu'il s'agit de réprimer. Toute la question est alors de savoir si, sous les termes « fait délictueux », il est fait allusion aux faits matériels ou aux faits juridiquement qualifiés – c'est-à-dire aux qualifications juridiques fondant ces poursuites⁸⁰². Controversée de longue date, la question n'est toujours pas entièrement résolue. Aussi s'avère-t-il nécessaire, pour y voir plus clair, d'étudier précisément la condition d'identité de cause (§ 1). Ensuite seulement, l'application qu'en donne le droit positif pourra être observée (§ 2).

⁸⁰² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 893 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1480 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, n° 1029 et s.

§ 1 *L'identité de cause*

352. Comme toutes les conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée, la condition d'identité de cause permet au principe de remplir sa fonction, la protection du crédit du juge (A). C'est par ce prisme qu'il faut étudier la condition d'identité de cause, car lui seul permet de comprendre comment se traduit ladite condition, comme exigence d'identité juridique ou simplement matérielle des faits cumulativement poursuivis (B).

A. La fonction de protection du crédit du juge de l'identité de cause

353. L'objectif des développements qui vont suivre est de montrer que la condition d'identité de cause, autant et depuis si longtemps discutée, n'est rien d'autre qu'une exigence directement tirée de la fonction de protection du crédit du juge du principe de l'autorité de la chose jugée. En effet, la condition d'identité de cause n'est qu'une manifestation de la relativité de l'autorité de la chose jugée (1), qui est à son tour le corollaire direct de la fonction de protection du crédit du juge (2).

1. La manifestation de la relativité de l'autorité de la chose jugée

354. La mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée est gouvernée par le principe de la relativité. Ce dernier postule que l'autorité de la chose jugée ne s'impose que *relativement* à ce qui a fait l'objet du jugement, qu'en *relation* avec la chose jugée. Ainsi, pour que l'autorité de la chose jugée fasse obstacle à une poursuite répressive, il faut qu'il existe une stricte identité entre la chose déjà jugée et la « chose poursuivie ».

La seule exception au principe de la relativité concerne l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil – reconnue en France mais pas en Allemagne – qui est absolue⁸⁰³. Mais ce point particulier ne concerne que l'effet positif de la chose jugée : le juge civil doit respecter la chose jugée au pénal en l'appliquant positivement, c'est-à-dire en lui donnant des effets juridiques dans le cadre du procès dont il est saisi. Il n'est donc pas utile de nous y attarder.

⁸⁰³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 899 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1486.

Le principe de la relativité, exprimé à l'article 1351 du Code civil se manifeste par trois conditions d'identité entre la chose jugée et la nouvelle action : les conditions d'identité d'objet, de parties et de cause. L'objet, les parties et la cause, qu'on peut désigner comme les termes du litige, permettent en effet d'identifier très précisément une « chose jugée » et de la distinguer d'autres jugements.

355. Nous avons déjà rencontré la condition d'identité d'objet dans le chapitre précédent⁸⁰⁴. Aussi rappellerons-nous simplement que l'objet d'une action en justice peut être défini comme son but, sa finalité. Il désigne ce que la partie poursuivante souhaite obtenir du jugement. En droit civil, l'objet d'une action peut être très varié. Pour reprendre l'exemple mentionné précédemment, l'on peut, à propos d'un même bail, demander sa résiliation ou simplement la révision du loyer⁸⁰⁵. L'objet de la demande est différent dans les deux cas. En droit pénal, en revanche, l'on affirme traditionnellement que la condition d'identité d'objet est toujours remplie, puisqu'il s'agit toujours, pour la partie poursuivante, d'obtenir que la partie poursuivie soit sanctionnée⁸⁰⁶. Néanmoins, nous l'avons vu, cette condition est parfois utilisée pour justifier que des autorités exerçant une répression de nature différente – pénale et administrative par exemple – s'emparent l'une après l'autre des mêmes faits⁸⁰⁷.

356. Nous n'insisterons pas davantage sur la condition d'identité de parties. Elle a pour conséquence que l'autorité de la chose jugée peut uniquement être invoquée lorsque la nouvelle action en justice concerne les mêmes parties au litige que la première. En matière pénale, les parties sont, d'une part, la partie poursuivante et, d'autre part, la partie poursuivie. Tant que la répression est exercée au nom de l'Etat, la partie poursuivante est toujours la même, c'est l'Etat. Il reste alors à s'assurer, pour que le principe de l'autorité de la chose jugée puisse entrer en jeu, que la partie poursuivie soit bien la même dans les deux poursuites. Le fait qu'une personne a été jugée à propos d'une infraction ne saurait en effet empêcher qu'une autre personne, soit-elle complice ou co-auteur de la personne déjà jugée, réponde à son tour de ses actes devant la justice.

357. Attardons-nous en revanche sur la condition d'identité de cause. Le principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée implique que cette autorité n'ait des effets qu'à

⁸⁰⁴ Voir *supra*, p. 218.

⁸⁰⁵ Voir *supra*, note n° 596.

⁸⁰⁶ Voir notamment Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 14 ; R. MERLE A. et VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 891 (p. 1048) ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1478 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 517.

⁸⁰⁷ Voir *supra*, p. 218

l'encontre d'une action en justice dans laquelle non seulement le même objet est recherché entre les mêmes parties, mais encore la même cause est invoquée.

Pour l'interprétation de l'article 1351 du Code civil, aux termes duquel l'autorité de la chose jugée suppose que « *la demande soit fondée sur la même cause* », la doctrine considère que l'identité de cause est donnée lorsque « *le fondement – de fait et de droit – de la demande nouvelle peut être tenu pour avoir déjà été jugé par la décision dont l'autorité doit être définie* »⁸⁰⁸. L'identité de cause implique donc que la même règle juridique – souvent, le même texte de loi – soit invoquée dans les différentes actions en justice. Dans cette hypothèse seulement, l'exception de chose jugée peut être opposée lors de la deuxième procédure⁸⁰⁹.

En matière pénale, la définition de la condition d'identité de cause n'est pas nette⁸¹⁰. Depuis que, dans le souci de protéger le justiciable contre la multiplication inopinée des poursuites pour les mêmes actes qu'on lui reproche, l'on proposa d'étendre l'autorité de la chose jugée au cas où les mêmes faits *matériels* sont à nouveau poursuivis, même sous une autre qualification juridique⁸¹¹, l'incertitude règne sur la question de savoir si la cause vise les faits juridiquement qualifiés ou les faits matériels.

358. Mais bien que cette question soit en suspens, il est clair que la condition d'identité de cause est un aspect déterminant de la relativité de l'autorité de la chose jugée. Si la solution juridique donnée à un litige s'imposait dans des procès dans lesquels une autre qualification légale est invoquée ou, pire, portant sur des faits matériels différents, l'autorité du premier jugement ne serait plus véritablement relative à la chose jugée, mais prendrait bien plutôt un caractère absolu.

Précisons enfin qu'en matière pénale, la condition d'identité de cause est d'autant plus déterminante de la relativité de la chose jugée que les deux premières conditions d'identité ne

⁸⁰⁸ H. MOTULSKY, *op. cit.*, n° 9, c'est nous qui soulignons ; dans le même article : « *il va de soi, en effet, que lorsqu'on s'interroge sur „ce qui a été jugé“, on ne peut qu'entendre par là „ce qui a été jugé en fait et en droit“* » (n° 1). F. TERRE parle de « fait juridique », *op. cit.*, n° 614. De nombreux auteurs s'accordent sur ce point, pour plus de détails voir *supra* note n° 426.

⁸⁰⁹ Cependant dans un arrêt du 4 mars 2004, la deuxième Chambre civile a retenu que l'allégation d'un fondement juridique nouveau ne s'analyse pas comme une cause nouvelle, mais comme de simples moyens nouveaux, Bull. civ. II, n° 84, D. 2004, Sommaires commentés p. 1204-1205, obs. N. FRICERO. Ce faisant, la Cour suprême retient de la cause une définition centrée sur les faits et indépendante du fondement juridique invoqué, qui est proche de celle proposée par X. LAGARDE, note sous Cass. ass. plén., 3 juin 1994, JCP 1994.II.22309, n° 11 : « [l]a cause de la demande se constitue des allégations, propositions, de fait dont la reconnaissance est nécessaire pour permettre l'accueil des prétentions ». Mais cet arrêt ne possède pas les caractères d'un arrêt de principe.

⁸¹⁰ Voir *supra*, p. 300.

⁸¹¹ Voir *supra*, p. 153.

sont pas des plus parlantes : nous avons constaté que la condition d'identité d'objet est en principe toujours remplie et que la condition d'identité de parties est, en principe également, toujours à moitié remplie puisque la partie poursuivante est toujours la même. Il ne reste alors que la condition d'identité de cause pour marquer véritablement le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée. Or, il est loin d'être anodin que cette relativité soit mise en évidence. Outre qu'elle permet de distinguer la fonction juridictionnelle de la fonction législative⁸¹², celle-ci est le corollaire direct de la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée, la protection du crédit du juge.

2. La protection subséquente du crédit du juge

359. Si, comme nous l'avons montré plus haut, la véritable fonction de l'autorité de la chose jugée consiste en la protection de la crédibilité du juge et de la justice, alors il est naturel que le principe de l'autorité de la chose jugée ne trouve application que dans la mesure où il assure cette protection. Repartons donc de cette fonction de protection du crédit du juge.

Protéger le crédit du juge signifie, avant tout, protéger le juge dans sa crédibilité à remplir sa fonction. Il s'agit par conséquent de préserver le sentiment que le juge est capable d'accomplir sa mission, c'est-à-dire de juger. Pour cela, il importe de soigner le postulat selon lequel la parole du juge est juste. Or, le juge ne se prononce que par rapport au litige qu'on lui soumet. Sa mission est de dire, de fixer le droit par rapport à un litige donné. La protection de son crédit, qui n'a lieu d'être qu'en rapport avec le contenu de sa parole, doit donc se rapporter aux termes du litige. Elle n'a de raison d'être qu'en relation avec ce litige, d'où le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée.

La relativité de l'autorité de la chose jugée trouve donc sa raison d'être dans la fonction de protection du crédit du juge. Elle en est par conséquent le corollaire direct.

360. Aussi la condition d'identité de cause qui, avec la condition d'identité de partie poursuivie, constitue la marque – sinon l'essence – du principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée en matière pénale, est-elle une manifestation directe de la fonction de protection du crédit de la justice. Elle est taillée sur mesure pour assurer cette protection et ne pas en faire plus. Le prisme de la fonction de protection du crédit de la justice est à ce point éclairant qu'il est incontournable pour comprendre comment se réalise la condition de cause.

⁸¹² F. TERRE, *op. cit.*, n° 280 ; Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n°s 44 et 205.

B. La traduction de l'identité de cause

361. Puisque la condition d'identité de cause est une manifestation de la fonction de protection du crédit du juge, il est logique qu'elle se traduise de manière à concrétiser cette protection. Mais que s'agit-il de protéger ? La fonction du juge, nous l'avons vu, est de trancher les litiges en disant le droit. Il la remplit par l'opération du syllogisme juridique, qui se décompose en, d'une part, le choix de la qualification juridique adéquate et son application aux faits de l'espèce – la majeure et la mineure – et, d'autre part, la décision sur la responsabilité pénale et le prononcé de la peine – la conclusion. Le premier temps de la fonction juridictionnelle consiste en la qualification juridique des faits. Le second temps n'est autre que le verdict.

Selon que la protection du crédit du juge s'exerce principalement à propos de l'un ou de l'autre temps de sa parole, l'interdiction du cumul des poursuites s'applique pour la même qualification juridique (1) ou pour les mêmes faits matériels (2).

1. L'interdiction du cumul des poursuites pour la même qualification juridique

362. Afin de comprendre comment s'exerce la fonction de protection du crédit du juge dans l'hypothèse où le renouvellement des poursuites est interdit pour la même qualification juridique, imaginons le cas d'un cumul de poursuites pour la même qualification juridique et voyons en quoi le crédit du juge se trouve atteint.

Le simple fait pour un agent du ministère public de poursuivre des faits matériels déjà jugés sous la *même* qualification juridique implique son désaccord par rapport au verdict du premier jugement. En effet, si ce n'était pour obtenir un verdict différent de celui qui découle du premier jugement, pourquoi le ministère public engagerait-il une nouvelle poursuite pour la même qualification juridique ? Il y a donc une atteinte nette au crédit du premier juge, qui n'attend pas pour être réalisée que la deuxième poursuite débouche sur un autre verdict que celui qui résulte du premier jugement. Au risque de nous répéter, insistons sur le fait que la seule existence de la deuxième poursuite témoigne d'une suspicion par rapport à la justesse du premier jugement. Certes, lorsque la deuxième poursuite aboutit à un verdict en contradiction avec celui du premier jugement, l'atteinte au crédit du juge est d'autant plus forte. Mais dans

tous les cas, l'atteinte au crédit du juge est incontestable. Elle est en outre parfaitement visible par le grand public.

Par ailleurs, insistons sur le fait que le seul objectif de la nouvelle poursuite est d'obtenir un *verdict* différent. Si, par exemple, le premier juge a déclaré la personne coupable, il s'agira par le biais de la nouvelle poursuite de la faire innocenter. En revanche, la qualification juridique des faits opérée par le premier juge n'est nullement remise en question. Or, le verdict – « coupable / non coupable » et la peine – est la partie la plus visible du jugement.

En résumé, le renouvellement d'une poursuite pour la même qualification juridique contient en son sein la remise en cause de la parole du premier juge, et cette remise en cause concerne très précisément le verdict rendu par ce juge. L'atteinte à son crédit est à la fois incontestable et flagrante ; elle peut également être particulièrement intense en cas de verdict différent au terme des deux poursuites.

363. La conception selon laquelle l'interdiction du cumul des poursuites s'applique pour la même qualification juridique s'attache donc à protéger le crédit du juge dans sa fonction de décision quant à la responsabilité pénale et à la peine, l'étape finale du syllogisme, le verdict. En revanche, en permettant qu'une autre poursuite soit engagée sous une qualification juridique différente, elle ne protège pas la parole du juge relativement à la question de la qualification juridique des faits. Cette dernière est, il est vrai, moins visible par le justiciable.

Envisageons de suite l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels afin de compléter l'analyse.

2. L'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels

364. Lorsqu'à la suite d'un premier jugement, une nouvelle poursuite est engagée pour les mêmes faits sous une *autre* qualification juridique, la parole du juge est également remise en cause. En effet, le fait de provoquer, par la nouvelle poursuite, l'examen des faits au regard d'une qualification juridique que le premier juge n'a pas retenue, comporte en soi la contestation de l'opération de qualification juridique à laquelle a procédé le premier juge. Il entame ainsi son crédit, non plus quant à sa capacité de rendre le juste verdict, mais bien plutôt d'effectuer correctement son travail de qualification juridique des faits. Néanmoins, ces propos doivent être relativisés, car l'existence d'une atteinte au crédit du juge sur ce point

n'est pas systématique. Elle dépend de deux conditions fondamentales : la saisine *in rem* du premier juge, d'une part, et l'appartenance de la nouvelle qualification juridique au domaine de compétence du premier juge, d'autre part.

Explicitons d'abord la première condition. Ce n'est que si le juge a le choix de la qualification juridique à donner aux faits matériels que son crédit est touché par l'engagement d'une nouvelle poursuite dans laquelle l'application d'une autre qualification juridique est requise pour les mêmes faits. Si, au contraire, le juge est lié par la qualification juridique proposée lors de sa saisine, l'on ne saurait lui reprocher de n'avoir pas jugé les faits au regard d'une autre qualification juridique. L'atteinte à son crédit n'existe donc qu'en cas de saisine *in rem* du juge, c'est-à-dire de saisine à raison de certains faits matériels – libre au juge de les qualifier juridiquement comme juste lui semble – et non pour l'application d'une qualification juridique déterminée.

La seconde condition, l'appartenance de la qualification juridique fondant la deuxième poursuite au domaine de compétence du premier juge, se comprend tout aussi aisément. En effet, s'il n'était pas du ressort du premier juge d'appliquer la qualification juridique invoquée dans la deuxième poursuite, comment sa position vis-à-vis de cette qualification pourrait-elle lui être reprochée ? A l'évidence, son crédit n'est nullement atteint du fait qu'il ne l'a pas mise en œuvre.

365. Ainsi, sous réserve que ces deux conditions soient remplies, l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels sert également la protection du crédit du juge. Cette dernière fonction se trouve donc bien derrière la condition d'identité de cause, que celle-ci soit comprise comme l'exigence d'identité juridique ou seulement matérielle des faits – toujours, pour l'identité matérielle, dans la mesure où les deux conditions précitées sont remplies. En somme, dans cette mesure, la fonction de protection du crédit du juge se réalise bien que l'identité de cause ne soit pas totale, mais limitée à l'aspect matériel des faits.

Il serait donc erroné de penser que seule l'exigence d'une identité parfaite entre la chose jugée et la « chose poursuivie », incluant non seulement la matérialité mais encore la qualification juridique des faits, permet la mise en œuvre de la fonction de protection du crédit du juge du principe de l'autorité de la chose jugée. L'on pourrait être tenté de penser que, lorsqu'un juge ne s'est pas prononcé sur l'application d'une qualification juridique donnée, le fait d'engager une nouvelle poursuite en vue de l'application de cette qualification ne porte pas atteinte à son

crédit. Mais cela est faux. S'il était techniquement possible pour le juge de qualifier juridiquement les faits en application de ladite qualification, alors le renouvellement des poursuites tendant à sa mise en œuvre discrédite *de facto* le juge qui s'est prononcé, puisqu'il implique que ce dernier aurait dû la retenir. Si la poursuite aboutit à une condamnation en application de cette qualification, le discrédit est d'autant plus fort qu'il y a alors une véritable contradiction entre le premier juge qui a ignoré cette qualification, laissant entendre qu'aucune responsabilité pénale ne pouvait être retenue de son chef, et le deuxième juge qui, au contraire, retient la responsabilité pénale.

On le voit, assurer une bonne protection du crédit du juge suppose aussi de le protéger dans sa crédibilité à effectuer correctement son travail de qualification juridique. Ainsi, fondamentalement, l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels répond parfaitement au souci de protection du crédit du juge.

Il nous faut donc affiner l'hypothèse émise en introduction. Nous avons alors postulé que le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée entraînait la limitation de l'application de la règle au seul cas où il existe une stricte identité de qualifications juridiques invoquées dans les différentes poursuites⁸¹³. A la lumière de la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée, nous avons compris que cela n'était pas exact. La fonction de protection du crédit du juge se satisfait tout à fait de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels. Elle est même mieux servie par cette interdiction plus sévère, car la parole du juge devient non seulement intouchable en ce qui concerne le verdict prononcé, mais aussi l'opération de qualification juridique. Sans doute détenons-nous ici la raison pour laquelle l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels tend à se généraliser dans la pratique. Nous allons le constater de suite, en étudiant comment est appliquée la condition d'identité de cause en droit positif.

⁸¹³ Voir *supra*, p. 64 ; voir également l'introduction de cette section, p. 263.

§ 2 *L'application de l'identité de cause*

366. En procédure pénale, les juridictions sont saisies *in rem*, c'est-à-dire à propos de faits matériels, d'actes dont on leur rapporte la commission. Elles ont toujours la possibilité de modifier la qualification juridique qui leur est proposée lors de la saisine et de qualifier les faits comme juste leur semble, en application des dispositions qui relèvent de leur compétence. Ainsi, la première condition nécessaire à ce que la protection du crédit du juge s'exerce par le biais de l'interdiction de poursuivre plusieurs fois les mêmes faits *matériels* est remplie. Cela explique la généralisation de cette interdiction (A), au détriment de l'exigence d'identité juridique des faits pour qu'il soit fait barrage au renouvellement des poursuites. En revanche, la condition d'appartenance de la qualification juridique fondant la deuxième poursuite au domaine de compétence du premier juge n'est pas toujours réalisée. En effet, toute juridiction, toute autorité répressive reste « enfermée » dans un certain domaine de compétence, à la fois matériel et géographique. Par conséquent, il demeure des exceptions au phénomène de la généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels, qui sont dues aux limites de la compétence de la première autorité saisie (B).

A. La généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels

367. En France comme en Allemagne, l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits *matériels* a gagné du terrain par rapport à l'exigence d'identité de qualification juridique entre les différentes poursuites. Cette généralisation est perceptible en France, où elle semble s'effectuer dans les limites de la nécessité de protéger le crédit du juge (1). Elle est très nette en Allemagne, où l'on peut même se demander si elle ne s'étend pas au-delà de cette nécessité (2).

1. La généralisation partielle en France

368. A l'observation du régime d'application de la règle *ne bis in idem* depuis le XIX^{ème} siècle, l'on constate que l'exigence d'identité de qualification juridique dans les différentes poursuites engagées pour les mêmes faits matériels a progressivement régressé au profit de

l'exigence d'une simple identité matérielle des faits pour faire obstacle au cumul. L'évolution s'est opérée par voie légale d'abord, à propos de la question du renouvellement des poursuites après qu'un arrêt de cour d'assises a statué sur les faits, aujourd'hui réglée à l'article 368 du Code de procédure pénale (a). Sous l'impulsion du législateur, la généralisation s'est ensuite entendue par voie jurisprudentielle à des hypothèses dans lesquelles l'article 368 du Code de procédure pénale n'est pas applicable (b).

a. L'impulsion du législateur

369. L'analyse de l'article 368 du Code de procédure pénale doit commencer par un bref rappel de l'histoire de la disposition. Jusqu'en 1941, l'interdiction du cumul des poursuites relevait de l'article 360 du Code d'instruction criminelle, qui énonçait : « *Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusé à propos du même fait* ». Tout au long du XIX^{ème} siècle et de la première partie du XX^{ème} siècle, la Chambre criminelle de la Cour de cassation considérait que le cumul des poursuites n'était prohibé que si la qualification juridique était rigoureusement identique dans les différentes poursuites⁸¹⁴. Ainsi, une personne acquittée après avoir été jugée pour homicide volontaire pouvait être poursuivie une seconde fois pour homicide involontaire, voire une troisième pour coups et blessures ayant entraîné la mort. L'autorité de poursuite et la partie civile non satisfaites du verdict pouvaient indéfiniment reprendre la bataille. On perçoit bien le peu d'états qui est fait, dans cette jurisprudence, des deux composantes de la sécurité juridique dont la règle *ne bis in idem* est censée assurer la protection⁸¹⁵.

Pour couper court aux abus des parties poursuivantes et à la situation d'insécurité dans laquelle se retrouvait l'individu poursuivi, une loi du 25 novembre 1941 modifia l'article 360 du Code d'instruction criminelle, qui devint alors l'article 359, pour lui donner la consistance suivante : « *aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits* ». Cette formule plus large tendait à montrer que l'interdiction de renouveler les poursuites visait non plus seulement *le fait* juridiquement qualifié, mais *les*

⁸¹⁴ Ch. réunies 25 nov. 1841, *Sirey* 1942.I.93 ; Cass. crim. 23 juil. 1863 et 29 août 1863, *Sirey* 1864.I.198 ; Ch. réunies 7 juil. 1875, *D.* 1876.I.47. La même jurisprudence était suivie en dehors de la matière criminelle : Cass. crim. 14 août 1875 et Ch. réunies 10 janv. 1876, *Sirey* 1877.I.41, note VILLEY ; Cass. Crim. 30 janv. 1937, *Sirey* 1939.I.193, note LEGAL ; 27 janv. 1949, *D.* 1949, J., p. 514, note DONNEDIEU DE VABRES.

⁸¹⁵ Cette jurisprudence suscita de nombreuses polémiques en doctrine, que nous n'estimons pas utile de reprendre ici mais dont on trouvera un résumé in M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 518 et s., p. 836-841.

faits qui ont fait l'objet du procès, dans tous leurs aspects, toutes leurs qualifications⁸¹⁶. Prenant acte de l'intervention du législateur, la Cour de cassation opéra un important revirement de jurisprudence en 1956, dans une décision restée célèbre : l'arrêt Chevalot⁸¹⁷, que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer⁸¹⁸.

Aujourd'hui, l'article 368 du Code de procédure pénale de 1958 est plus précis encore, privant les juges de toute marge d'interprétation : « *Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente* ». Le cumul des poursuites pour les mêmes faits *matériels* est on ne peut plus clairement exclu.

370. Cette longue évolution législative s'inscrit parfaitement dans la logique de la fonction de protection du crédit du juge du principe de l'autorité de la chose jugée. Nous l'avons vu, dans la mesure où la juridiction qui a déjà statué sur les faits était saisie *in rem* et où elle était matériellement compétente pour juger les faits en application de la qualification juridique invoquée dans la nouvelle poursuite⁸¹⁹, cette dernière porte atteinte à son crédit. Or, la cour d'assises n'est nullement tenue par la qualification juridique des faits proposée par la juridiction d'instruction qui la saisit. Elle peut toujours requalifier les faits comme juste lui semble. Il est même de son devoir de faire ainsi. En témoigne l'article 351 du Code de procédure pénale, aux termes duquel : « *S'il résulte des débats que le fait comporte une qualification légale autre que celle donnée par la décision de mise en accusation, le président doit poser une ou plusieurs questions subsidiaires* ». En outre, la cour d'assises bénéficie, comme le souligne l'article 231 du Code de procédure pénale, de la plénitude de juridiction. Cela signifie notamment qu'elle est compétente pour juger les faits qui lui sont déférés quelque soit la qualification légale qui leur revient, même si cette qualification n'est pas de nature criminelle⁸²⁰. L'extension par le législateur de l'interdiction de poursuivre plusieurs fois les mêmes faits au cas où une autre qualification juridique serait invoquée dans une nouvelle poursuite faisant suite à un arrêt de cour d'assises est donc tout à fait conforme à la fonction de protection de crédit du juge. Voyons à présent comment cette extension s'est

⁸¹⁶ L. HUGUENEY, note sous CA d'Amiens, 12 juil. 1954, *D.* 1955, J. p. 317 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 895.

⁸¹⁷ Cass. Crim. 20 mars 1956, *D.* 1957, J., p. 33, note HUGUENEY ; *JCP* 1956.II.9251.

⁸¹⁸ Voir *supra*, p. 195.

⁸¹⁹ Voir *supra*, p. 310.

⁸²⁰ R. MERLE ET A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 705.

propagée aux hypothèses ne relevant pas du domaine d'application de l'article 368 du Code de procédure pénale.

b. Les progrès de la généralisation par voie jurisprudentielle

371. En l'absence de réglementation législative des conditions d'application de la règle *ne bis in idem* en dehors du champ d'application de l'article 368⁸²¹, c'est aux juges qu'est revenue la tâche de trancher la question de savoir si l'identité matérielle des faits suffisait à prohiber le renouvellement des poursuites ou si l'identité des qualifications juridiques était également requise. La question est apparue à propos de la reprise des poursuites à la suite d'une ordonnance de clôture de l'information rendue par une juridiction d'instruction, d'une part, et à propos des jugements des tribunaux correctionnels et de police, d'autre part.

372. En ce qui concerne le cas des ordonnances de clôture des juridictions d'instruction, la jurisprudence est dépourvue d'ambiguïté. La Cour de cassation considère « *qu'une décision de non-lieu s'oppose, sauf réouverture de l'information sur charges nouvelles [expressément autorisée par l'article 188 CPP], à une nouvelle poursuite à raison des mêmes faits sous quelque qualification pénale que ce soit* »⁸²², mais la solution est aussi valable pour les ordonnances de renvoi⁸²³. Elle n'est guère surprenante puisque, comme la cour d'assises, le juge d'instruction est saisi *in rem*⁸²⁴ et sa compétence matérielle s'étend à toutes les infractions pénales⁸²⁵.

373. Enfin, nous avons pu constater dans des développements précédents que l'interdiction du renouvellement des poursuites pour les mêmes matériels est désormais de droit positif en cas de première poursuite qui s'est achevée par un jugement rendu en matière correctionnelle⁸²⁶, mais dans la seule hypothèse où la juridiction statuant en deuxième main exerce la même compétence matérielle que la juridiction s'étant déjà prononcée – c'est-à-dire dans

⁸²¹ En ce qui concerne les juridictions de jugement, l'art. 6 CPP se contente d'affirmer que « *l'action publique (...) s'éteint par (...) la chose jugée* » ; pour ce qui est des juridictions d'instruction, l'art. 188 CPP dispose simplement que « *la personne (...) ne peut plus être recherchée à l'occasion du même fait* », sans préciser comme l'article 368 que cela s'applique même en cas de nouvelle poursuite fondée sur une qualification différente.

⁸²² Cass. Crim. 17 janv. 1962, Bull. crim. n° 38 ; 24 jan. 2001, *Droit pénal* 2001, comm. 121, obs. MARON, Cass. crim. 4 sept. 2002, pourvoi n° 01-88.260, inédit titré.

⁸²³ CA Bordeaux, Ch. instr., 12 juin 2001, *D.* 2002, J., p. 918, note Couronne-Palat.

⁸²⁴ Art. 80 CPP, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n°s 413 et 533.

⁸²⁵ Art. 178, 179 et 181 CPP ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 535.

⁸²⁶ Nous n'avons pas relevé d'exemple en matière contraventionnelle, mais il n'existe pas de raison objective pour que cette jurisprudence reste limitée à la matière contraventionnelle.

l'hypothèse où la deuxième poursuite est également de nature correctionnelle. Nous avons cité sur ce point les arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation des 8 octobre 1959, 7 et 20 janvier 2004 et 19 janvier 2005⁸²⁷.

On comprend à présent que cette jurisprudence n'est pas seulement bénéfique à la sécurité juridique, répondant en cela aux préoccupations de la doctrine⁸²⁸. Elle est également parfaitement cohérente avec la fonction de protection du crédit du juge du principe de l'autorité de la chose jugée. On le voit, la généralisation de la suppression de l'exigence d'identité de qualification juridique dans les différentes poursuites en cause reste, pour l'instant du moins, confinée dans un domaine où la nécessité de protéger le crédit du juge est bien présente.

En Allemagne, l'on retient également le critère de l'identité matérielle des faits, mais la généralisation de ce critère est telle, que l'on peut penser qu'elle dépasse les nécessités de la protection du crédit du juge.

2. La généralisation au-delà des nécessités de la protection du crédit du juge en Allemagne ?

374. Aux termes de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale, « *nul ne peut être puni plusieurs fois pour le même fait sur la base des lois pénales générales* ». Selon la jurisprudence et la doctrine, la notion de fait (*Tatbegriff*) se rapporte au fait matériel⁸²⁹. La définition couramment donnée du fait est la suivante : « *le déroulement historique – c'est-à-dire limité temporellement et matériellement – auquel renvoient la plainte et la décision d'ouverture des poursuites et au sein duquel l'accusé aurait réalisé une infraction pénale (...)* »⁸³⁰.

⁸²⁷ Voir *supra*, p. 197.

⁸²⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 895 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *op. cit.*, n° 976, p. 928 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 520, p. 840-841, qui justifie cette solution par l'équité individuelle qui « *se dresse alors aux côtés du bon droit et du bon sens* ».

⁸²⁹ Voir l'arrêt RG 25 fév. 1884, *RGSt.* vol. n° 6, p. 145 et s., spéc. p. 147. G. NOLTE, *op. cit.*, n° 201 et s. ; C. ROXIN, *op. cit.*, § 50, n° 11 et 13, p. 411-412. Pour des explications très détaillées sur le sujet, voir P. RIEß, *op. cit.*, n° 59 et s.

⁸³⁰ Voir notamment les arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale du 7 sept. 1977, *BVerfGE*, vol. n° 45, p. 434 et s., spéc. p. 435 ; du 8 janv. 1981, *BVerfGE*, vol. n° 56, p. 22 et s., spéc. p. 28 ; l'arrêt BGH 29 sept. 1987, *BGHSt.* vol. n° 35, p. 60 et s., spéc. p. 61. Parmi une doctrine très abondante, voir notamment G. NOLTE, *op. cit.*, n° 201 et s.

En droit allemand, le cumul des poursuites est donc prohibé non seulement lorsqu'un même fait matériel est appréhendé à plusieurs reprises sous la même qualification juridique, mais encore lorsqu'il est envisagé sous un aspect juridique différent à chaque nouvelle poursuite. L'application du critère de l'identité matérielle ne connaît aucune restriction comparable aux restrictions relevées en France. Cette généralisation s'étendrait-elle au-delà de la nécessité de protéger le crédit du juge, dans un véritable souci de préservation de la sécurité juridique ?

En Allemagne comme en France, les juridictions pénales sont saisies *in rem*. Les paragraphes 155 alinéa 2 et 264 alinéa 2 StPO le précisent : tant pour la phase d'instruction (paragraphe 155 alinéa 2) qu'en ce qui concerne le jugement (paragraphe 264 alinéa 2), les juridictions ne sont pas liées par la qualification proposée lors de leur saisine. Elles sont mêmes tenues de requalifier les faits si cela est nécessaire⁸³¹. Notre première condition pour la fonction de protection du crédit du juge puisse s'exercer au travers de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels est donc remplie.

Mais, en Allemagne comme en France, il existe une répartition matérielle des compétences entre les tribunaux, qui peut conduire à ce qu'un fait soit envisagé sous une certaine qualification pénale par un tribunal, puis poursuivi sous une autre qualification pénale devant un autre tribunal, la nouvelle qualification pénale n'étant pas du ressort du premier tribunal. Dans cette situation, la nouvelle poursuite ne crée pas de discrédit sur le premier juge, qui ne pouvait pas envisager le fait sous la seconde qualification invoquée. Pourtant, elle est prohibée. Comment expliquer cela ?

Deux explications sont possibles. La première est la suivante. En procédure pénale allemande, il existe de nombreuses règles permettant d'assouplir la rigueur de la répartition matérielle des compétences entre les tribunaux. Ainsi, le paragraphe 209 StPO prévoit que lorsqu'un tribunal saisi s'aperçoit, après avoir vérifié d'office qu'il est compétent pour juger les faits comme le lui impose le § 6 StPO, qu'un tribunal de rang inférieur est compétent, il doit *lui-même* saisir ce tribunal en ouvrant la procédure de jugement devant ce dernier. Lorsque c'est un tribunal de rang supérieur qui paraît compétent, il doit simplement transmettre le dossier à ce tribunal par l'intermédiaire du ministère public. Les tribunaux allemands semblent donc avoir une forte responsabilité dans le choix du tribunal compétent. Dans ce contexte, si une nouvelle poursuite pour une autre qualification juridique est engagée et qu'elle est fondée, celle-ci

⁸³¹ P. RIEß, *op. cit.*, n° 60 ; H. ENGELHARDT, « § 264 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, n° 14 et s.

remettrait nécessairement en cause la parole du juge qui s'est déjà prononcé sur les faits puisque celui-ci aurait dû, aux côtés du ministère public, faire en sorte que le tribunal compétent soit saisi dès l'origine. Ainsi l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels concrétiserait-elle encore la fonction de protection du crédit du juge.

Mais peut-être cette explication va-t-elle trop loin ; peut-être n'est-elle pas juste et le principe de l'autorité de la chose jugée est-il, dans l'hypothèse que nous venons d'étudier, mis en œuvre dans le seul but de préserver la sécurité juridique. En d'autres termes, peut-être notre thèse atteint-elle ici ses limites.

Cependant, en dehors de l'Allemagne, l'exigence d'identité de qualification juridique n'est pas rare. Mais évoquer cette question revient déjà à s'intéresser aux exceptions à la généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels.

B. Les exceptions à la généralisation

375. Comme il a déjà été mentionné, la saisine des juridictions répressives se fait *in rem*⁸³². La nécessité de protéger le crédit du juge en ce qui concerne son travail de qualification juridique des faits est donc toujours donnée, favorisant l'extension de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits au cas où ils sont poursuivis sous une autre qualification juridique. Mais encore faut-il, pour que le crédit du juge puisse être atteint, que le juge qui s'est prononcé ait été en mesure de retenir la qualification juridique sur laquelle est fondée la nouvelle poursuite. Autrement dit, dans les hypothèses où le juge n'était pas compétent pour appliquer cette qualification aux faits, aucun reproche ne peut lui être fait pour n'avoir pas retenu cette qualification. Il n'est donc plus nécessaire de protéger son crédit ni, partant, de mettre en œuvre la règle *ne bis in idem*.

Cela se traduit très concrètement, en droit positif, par l'existence d'îlots d'exceptions à la généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels. Comme la compétence du juge est limitée à la fois matériellement et géographiquement, on retrouve l'exigence d'identité de qualification juridique entre les différentes poursuites pour la mise en œuvre de l'interdiction du cumul des poursuites au-delà du domaine matériel de compétence de la première juridiction saisie, mais aussi de son domaine géographique de

⁸³² Voir *supra*, p. 310.

compétence. En d'autres termes, il existe des exceptions à la généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour la seule raison que les faits doublement poursuivis sont semblables dans leur matérialité en ce qui l'application interne de la règle *ne bis in idem* (1), mais aussi des réticences pour que cette généralisation atteigne l'application internationale de la règle (2).

1. Les exceptions pour l'application interne de la règle *ne bis in idem*

376. En ce qui concerne l'application interne de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits, l'on trouve des exceptions à la généralisation de l'exigence d'identité simplement matérielle des faits dans la jurisprudence française (a), mais aussi dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (b).

a. L'exigence d'identité de qualification juridique dans la jurisprudence française

377. Bien que l'interdiction de renouveler les poursuites pour les mêmes faits même sous une autre qualification juridique progresse au-delà du champ d'application de l'article 368 CPP⁸³³, il demeure un courant jurisprudentiel étranger à cette évolution. Nous avons mentionné dans le chapitre précédent les arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation des 6 novembre 1963, 22 juin 1994 et 4 septembre 2001, dans lesquels l'interdiction du cumul des poursuites reste subordonné à l'exigence d'identité de qualification juridique des faits⁸³⁴. Or, dans toutes ces hypothèses⁸³⁵, la première juridiction saisie n'était pas compétente pour appréhender les faits sous la qualification juridique fondant la nouvelle poursuite. Par conséquent, cette dernière ne peut s'analyser comme une remise en cause du crédit du premier juge. Le principe de l'autorité de la chose jugée dont la fonction est de protéger ce crédit n'a donc plus lieu de s'appliquer et le renouvellement des poursuites est admis. En outre, il n'existe aucun risque de contradiction entre les deux poursuites – la contradiction entre deux décisions de justice étant particulièrement nuisible à la crédibilité de la justice ! –, puisque les faits sont envisagés sous l'angle de dispositions pénales différentes. L'absence de risque de

⁸³³ Voir *supra*, p. 312.

⁸³⁴ Voir *supra*, p. 210.

⁸³⁵ On pourrait encore citer à l'appui les célèbres arrêts Thibaut du 25 mars 1954 et Laurent du 19 mai 1983, précités, dans lesquels les deux individus d'abord condamnés pour homicide involontaire furent ensuite poursuivis devant la cour d'assises pour meurtre. Mais l'on sait que ces deux affaires présentent une particularité qui invite à relativiser leur portée dans le cadre de notre étude : des faits nouveaux avaient été découverts après la première condamnation (voir *supra*, p. 212).

contradiction, qui nous semble déterminante ici, a d'ailleurs parfois été expressément mentionnée dans la jurisprudence pour justifier l'inutilité de déclencher la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, on peut lire dans un arrêt de la Chambre criminelle du 22 mars 1873 : « *attendu que si le demandeur a été condamné le 27 septembre 1872 pour un délit de chasse (...), et que si l'arrêt attaqué le condamne pour une tentative de meurtre commise le même jour et dans la même commune, il n'existe aucune contradiction entre ces deux décisions ; que la chose demandée et la cause de la demande ne sont pas les mêmes ; que dès lors, il ne saurait y avoir violation de la chose jugée* »⁸³⁶.

A notre connaissance, il n'existe pas pour le moment de décision dans laquelle l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits *matériels* a été appliquée sans que cela contribue à « couvrir » le juge dans son travail de qualification juridique des faits. Certes, on trouve des arrêts dans lesquels la Cour de cassation prohibe une nouvelle poursuite pour les mêmes faits matériels alors même que la qualification fondant cette poursuite n'était pas du ressort de la première juridiction s'étant prononcée. Nous avons cité, déjà, les arrêts des 3 mars 1959 et 9 mai 1961⁸³⁷. Mais dans ces espèces, bien que les faits eussent nécessairement été envisagés sous des qualifications pénales différentes, le risque de contradiction existait. Pour ne rappeler que l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 3 mars 1959, l'auteur avait été condamné pour la *contravention* de blessures involontaires (impliquant une incapacité de travail de la victime *inférieure* à six jours) et la nouvelle poursuite était engagée sur le fondement du *délit* de blessures involontaires (impliquant une incapacité de travail *supérieure* à six jours). Cette seconde poursuite discréditait la parole du premier juge et tendait à l'obtention d'une décision contradictoire avec la première.

Ainsi, le mystère de l'« incohérence »⁸³⁸ de la jurisprudence quant à la question de savoir si, en matières correctionnelle et contraventionnelle, l'exigence d'identité des faits concerne les faits matériels ou leur qualification juridique, s'éclaircit de plus en plus. Ce qui peut paraître tout à fait incohérent au premier coup d'œil – et injustifiable en termes de préservation de la sécurité juridique – devient parfaitement logique grâce au prisme de la fonction de protection du crédit du juge du principe de l'autorité de la chose jugée : la généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels est tout à fait souhaitable au regard du crédit du juge dans sa capacité à choisir justement la qualifications juridique des faits, mais

⁸³⁶ Cass. crim. 22 mars 1873, *D.* 1973.1.267, c'est nous qui soulignons.

⁸³⁷ Voir *supra*, p. 214.

⁸³⁸ Voir *supra*, p. 215.

elle n'a pas lieu d'être lorsque la nouvelle poursuite ne met pas en jeu ce crédit. En somme, il n'est pas du tout étonnant que l'évolution récente marquée par les arrêts des 7 et 20 janvier 2004 et du 19 janvier 2005 se soit réalisée dans des constellations où les différentes poursuites étaient engagées devant des poursuites « soumises à la même autorité répressive » – pour reprendre les termes employés dans le chapitre précédent – : le crédit du juge se trouvait en effet menacé.

Cela étant, cet élan jurisprudentiel aura peut-être des répercussions dans des hypothèses où les juridictions successivement saisies exercent une compétence matérielle différente. L'avenir nous le dira et, à cet égard, il s'avérera tout à fait palpitant de suivre l'actualité jurisprudentielle. Car, si tel devait être le cas, alors le dogme du rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée serait fondamentalement brisé, sinon dans son aspect extérieur, pour sûr dans son essence.

Venons-en à présent aux exceptions à la règle de l'interdiction du cumul pour les mêmes matériels présentées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

b. L'exigence d'identité de qualification juridique par la Cour européenne des droits de l'homme

378. Avant d'entamer l'étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, rappelons les termes de l'article 4 du Protocole n° 7 : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* »⁸³⁹. Le terme « infraction » est ambigu. L'infraction est en effet tout à la fois l'acte infractionnel reproché à un individu, comme en témoigne l'expression « commettre une infraction à la loi », mais aussi la qualification juridique que réalise cet individu par son comportement matériel. L'exposé des motifs du Protocole n° 7 n'apporte aucune clarification à cet égard. Toutefois, l'on peut penser avec certains commentateurs que dans le libellé de l'article 4, dans sa version anglaise (« *offense* ») comme dans sa version française, le terme « infraction » renvoie plutôt à la notion de qualification juridique⁸⁴⁰. En effet, si les rédacteurs du Protocole n° 7 avaient voulu faire allusion au fait *matériel*, ils se

⁸³⁹ C'est nous qui soulignons.

⁸⁴⁰ H. MOCK, « Une clarification bienvenue de la portée du principe „*Ne bis in idem*“ au sens de l'article 4 du Protocole n° 7 », *RTDH* 1999, p. 623-636, spéc. p. 634.

seraient probablement exprimés de manière plus explicite. Ils pouvaient notamment prescrire que nul ne soit poursuivi en raison « d'un acte », « de faits » ou « d'un comportement » (en anglais : *for* « *an act* », « *a fact / facts* », ou « *a conduct* ») pour le[s]quel[s] il a été acquitté ou condamné. Une interprétation littérale rigoureuse du texte de l'article 4 mène donc à la conclusion qu'il ne prohibe que le cumul des poursuites exercées pour mêmes faits appréhendés sous la même qualification juridique.

L'on sait que cette interprétation de la règle *ne bis in idem* a pour conséquence d'écartier l'application de la règle quand la nouvelle poursuite est fondée sur une autre qualification juridique. L'on se souvient des retombées catastrophiques, en termes de sécurité juridique, de cette conception. S'ajoute la considération qu'un peu partout en Europe se développe une tendance prononcée à l'inflation législative en matière répressive, c'est-à-dire à la multiplication des dispositions juridiques susceptibles d'appréhender un même acte matériel. Naturellement, la multiplication des infractions extra-pénales n'arrange pas la situation. Dans ce contexte de foisonnement normatif, la sécurité juridique du citoyen se trouve bien faiblement protégée tant que la règle du non cumul des poursuites pour ne s'applique qu'en cas d'identité de qualification juridique dans les deux poursuites.

379. Confrontée à cet enjeu, la Cour européenne des droits de l'Homme allait-elle s'affranchir des termes de l'article 4 pour élargir la portée de la règle *ne bis in idem* ?

On a pu le croire pendant quelques années, à la suite de la décision Gradinger contre Autriche rendue par la Cour le 23 octobre 1995. Rappelons que M. Gradinger avait pris le volant après avoir consommé de l'alcool et provoqué la mort d'un cycliste. Au terme d'une première poursuite, il fut condamné pour homicide par imprudence (article 80 du Code pénal autrichien) mais l'aggravation de l'article 81 § 2 du même Code, visant spécifiquement l'homicide par imprudence commis sous l'effet de l'alcool, ne fut pas retenue par le tribunal au motif que le taux d'alcoolémie de M. Gradinger n'était pas suffisant. Puis, une nouvelle poursuite fut engagée contre lui et il fut condamné par l'administration du district pour conduite sous l'effet de l'alcool en vertu des articles 5 §1 et 99 § 1 a) du Code de la route. Contrairement au tribunal qui s'était déjà prononcé, l'administration du district estima, après

consultation d'un expert, que le taux d'alcoolémie de l'intéressé était suffisant pour être retenu à sa charge⁸⁴¹.

Devant la Cour européenne, le Gouvernement défendeur argua de la différence de caractère et d'objet des dispositions sur lesquelles s'appuyaient les deux poursuites pour justifier le cumul. Tandis que l'une tend à la répression des atteintes à la vie, précisa-t-il, l'autre a pour fonction d'assurer un trafic fluide⁸⁴².

Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ne s'attardèrent guère à ces considérations et tranchèrent le litige à l'unanimité dans les termes suivants : « *La Cour n'ignore pas que les dispositions [invoquées à la base des deux poursuites] se distinguent non seulement sur le plan de l'appellation des infractions mais aussi sur celui, plus fondamental, de leur nature et de leur but. Elle relève en outre que l'infraction punie par l'article 5 du code de la route ne présente qu'un aspect du délit sanctionné par l'article 81 § 2 du code pénal. Néanmoins, les deux décisions litigieuses se fondent sur le même comportement. Partant, il y a eu violation de l'article 4 Protocole n° 7* »⁸⁴³. En appuyant son raisonnement sur l'identité de *comportement* ayant donné naissance aux différentes actions répressives engagées pour statuer sur la violation alléguée, la Cour prenait clairement et nettement position pour la prohibition des cumuls de poursuites pour les mêmes faits matériels. Elle tranchait ainsi en faveur de la solution la plus respectueuse de la sécurité juridique, bien que cette interprétation ne fût pas très fidèle au texte de l'article 4.

380. Cependant, à la surprise des observateurs, les juges européens revinrent sur leur position dans l'arrêt Oliveira contre Suisse du 30 juillet 1998.

Les faits de l'affaire Oliveira sont presque similaires à ceux de l'affaire Gradinger, à cela près que l'accident causé par Mme Oliveira entraîna une blessure grave et non la mort de la victime, et qu'il fut provoqué non en raison de la consommation d'alcool, mais de la trop grande vitesse du véhicule sur une route verglacée. Par contre, le déroulement des procédures devant les justices autrichienne et suisse laisse apparaître quelques différences. Mme Oliveira fut condamnée par le tribunal de police à une amende de 200 francs (suisses) pour défaut de maîtrise du véhicule en raison de la non-adaptation de la vitesse aux conditions de circulation (articles 31 et 32 de la loi sur la circulation routière). En revanche, le tribunal se déclara

⁸⁴¹ Plus de détails sur l'affaire, voir *supra*, p. 185.

⁸⁴² Point 54 de l'arrêt.

⁸⁴³ Point 55 de l'arrêt.

incompétent pour statuer sur l'infraction de lésion corporelle par imprudence. Deux ans plus tard, le tribunal de district condamna Mme Oliveira pour lésions corporelles par négligence (paragraphe 125 du Code pénal) à une amende de 1500 francs, dont furent déduits les 200 francs de la première condamnation.

Le 1^{er} juillet 1997, la Commission européenne des droits de l'Homme, appliquant rigoureusement la jurisprudence Gradinger, conclut à la condamnation de la Suisse pour violation de l'article 4 du Protocole n° 7 (vingt-quatre voix contre huit).

En revanche, la Cour trancha en sens inverse. Après avoir analysé la situation comme « *un cas typique de concours idéal d'infractions* », elle affirma : « *il n'y a là rien qui contrevienne à l'article 4 Protocole n° 7, dès lors que celui-ci prohibe de juger deux fois une même infraction alors que dans le concours idéal d'infractions, un même fait pénal s'analyse en deux infractions distinctes* »⁸⁴⁴. Par suite, elle prononça la non violation de l'article 4 à huit voix contre une.

381. La différence de raisonnement par rapport à l'arrêt Gradinger est flagrante. En 1995, la Cour s'était fondée uniquement sur le comportement à l'origine de l'infraction pour décider de la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*. En 1998, au contraire, elle ne considère plus que les qualifications juridiques sur lesquelles reposent les deux poursuites. De 1995 à 1998, on est passé d'un « *idem* » matériel à un « *idem* » juridiquement qualifié.

Mais la Cour ne semble pas considérer qu'elle a procédé à un revirement de jurisprudence. Au contraire, elle s'efforce de préciser en quoi les deux affaires se distinguent à ses yeux, tentant de justifier la différence de conclusion. L'analyse qu'elle propose est riche d'enseignements pour notre étude. Dans l'arrêt Oliveira, la Cour affirme : « *la présente affaire se distingue donc de l'affaire Gradinger, où le taux d'alcoolémie du requérant avait été apprécié de façon contradictoire* »⁸⁴⁵. Ainsi, à en croire l'arrêt Oliveira, bien plus que le souci de préserver le souci de sécurité juridique, ce serait celui de sanctionner la contradiction entre les décisions de deux autorités nationales qui aurait motivé la solution de l'arrêt Gradinger⁸⁴⁶. En l'absence

⁸⁴⁴ Point 26 de l'arrêt.

⁸⁴⁵ Point 28 de l'arrêt, c'est nous qui soulignons.

⁸⁴⁶ En ce sens O. BACHELET, obs. sous CEDH, Oliveira c. Suisse, 30 juil. 1998, *JDI* 1999, p. 255-257, spéc. p. 256, faisant référence à l'arrêt Gradinger : « *De cette façon, il semble que, dans son constat de violation de l'article 4 du Protocole n° 7, la Cour ne venait pas tant sanctionner la double condamnation pour une même fait matériel, mais plutôt la contradiction apparue entre deux décisions portant sur un même aspect de ce fait* ».

d'une telle contradiction, il n'est plus nécessaire, laisse entendre la Cour dans l'arrêt *Olivera*, de mettre en œuvre la règle *ne bis in idem*.

De prime abord, on voit mal en quoi la question de l'existence d'une contradiction de jurisprudence entre autorités répressives nationales peut justifier un changement d'interprétation d'une stipulation de la Convention européenne par la Cour de Strasbourg – car, nous le maintenons, dans l'arrêt *Oliveira*, la Cour abandonne bien le principe de l'interdiction du cumul des poursuites pour le même comportement posé dans l'arrêt *Gradinger*⁸⁴⁷. Mais si l'on est conscient de l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée sur la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*, d'une part, et de la fonction de protection du crédit du juge du principe de l'autorité de la chose jugée, d'autre part, tout devient plus clair. En présence d'une contradiction, le crédit du juge est atteint, justifiant la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée ; en l'absence de contradiction, il ne l'est pas. Ainsi, même là où l'on s'y attend le moins, étant donné qu'il n'est certainement pas du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme de se soucier de la réputation de la justice interne au détriment de la sécurité juridique des justiciables, c'est encore la fonction de protection du crédit du juge qui tire les ficelles⁸⁴⁸. Si l'on peut encore comprendre qu'une telle préoccupation guide les juges nationaux, qui ne font alors que veiller à leur propre autorité, il ne nous semble pas acceptable qu'elle influence également les juges de la Cour européenne des droits de l'homme.

382. Remarquons d'ailleurs qu'il ressort de la décision *Oliveira* un certain malaise des juges. Ces derniers accompagnent en effet leur décision validant le cumul des poursuites de la remarque suivante : « *il aurait certes été plus conforme aux principes d'une bonne administration de la justice que, les deux infractions provenant d'un même fait pénal, elles fussent sanctionnées par une seule juridiction, dans une procédure unique* »⁸⁴⁹. N'est-ce pas cela, *ne bis in idem* ?...

⁸⁴⁷ En ce sens, la Cour européenne elle-même dans l'arrêt *Fischer c. Autriche*, voir *infra*, p. 310 et note n° 858.

⁸⁴⁸ Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que les deux auteurs qui approuvent la solution de l'arrêt *Oliveira* prennent le soin – inconsciemment sûrement, mais le fait est là – de rappeler que la règle *ne bis in idem* est liée au principe de l'autorité de la chose jugée : O. BACHELET, *op. cit.*, p. 255, première phrase du commentaire : « *Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg consacre pour la première fois l'intégralité d'une décision au principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel, plus couramment désigné par l'adage „non bis in idem“* » ; H. MOCK, *op. cit.*, p. 625 : « *La mise en œuvre du principe [ne bis in idem] suppose (...) un jugement définitif, autrement dit une décision judiciaire ayant acquis force de chose jugée („res judicata“)* ».

⁸⁴⁹ Point 27 de l'arrêt.

383. Enfin, l'opinion dissidente du juge Repik est très intéressante⁸⁵⁰. Soucieux d'assurer la protection des intérêts défendus par la règle *ne bis in idem*, ce juge propose une échappatoire à la lettre de la stipulation : « *Il appartient à la Cour de donner au terme „infraction“ une signification autonome correspondant à son objet et à son but. Ce but répond au souci „d'assurer au prévenu que son sort ne sera pas remis en question“⁸⁵¹, c'est-à-dire de lui assurer qu'il ne sera pas deux ou plusieurs fois exposé aux contraintes des poursuites pénales et condamné pour la même cause. A ce souci de sécurité juridique est adaptée la solution que la Cour a choisie dans l'arrêt Gradinger* ». Nous partageons pleinement sa position.

384. Devant ce spectaculaire revirement de jurisprudence, il s'imposait de suivre de près l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La décision qui marqua la suite de l'évolution fut rendue le 14 décembre 1999 dans l'affaire Ponsetti et Chesnel contre France, déjà évoquée plus haut⁸⁵². Il ne s'agit que d'une décision sur la recevabilité, mais elle est néanmoins très enrichissante, en particulier pour les juristes français, puisque l'affaire Ponsetti et Chesnel n'est autre que celle qui avait également donné lieu à l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 juin 1996⁸⁵³.

L'on se souvient que MM. Ponsetti et Chesnel avaient fait l'objet de poursuites administratives puis pénales pour avoir contrevenu à la législation fiscale française. Implicitement, la Cour européenne laissa entendre dans sa décision que l'article 4 du Protocole n° 7 était applicable malgré la différence de nature des deux poursuites en cause⁸⁵⁴. Elle s'attela surtout à la difficile question de l'exigence d'identité de faits matériels ou juridiques.

Sans donner aucune explication sur sa propre démarche, la Cour procéda à une comparaison entre les deux infractions ayant fondé les deux poursuites, pour mettre en valeur leur différence. Après avoir précisé que le délit de fraude fiscale de l'article 1741 du code général des impôts suppose que l'omission de déclarer ses impôts soit réalisée *volontairement*, elle enchaîna : « *les éléments constitutifs de ce délit diffèrent de ceux de l'„infraction fiscale“ de l'article 1728 du code général des impôts, laquelle est constituée par le seul défaut de*

⁸⁵⁰ Elle est reproduite à la *RTDH* 1999, p. 621-622.

⁸⁵¹ Le juge Repik cite « R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Paris, Cujas, 4^{ème} éd., 1989, s. 878 ».

⁸⁵² Voir *supra*, p. 187.

⁸⁵³ Voir *supra*, p. 204.

⁸⁵⁴ Voir *supra*, p. 187.

déclaration dans lesdits délais »⁸⁵⁵. La conclusion est la suivante : « les articles 1741 et 1728 du code général des impôts n'ont pas trait à la même infraction, de sorte qu'aucune question ne saurait se poser en l'espèce sous l'angle de l'article 4 du Protocole n° 7 »⁸⁵⁶. La Cour déclara par conséquent la requête manifestement mal fondée.

La Cour semble donc persévérer dans le sillage de la jurisprudence Oliveira, retenant l'exigence d'identité de qualification juridique pour la mise en œuvre de l'interdiction du cumul des poursuites, sans s'arrêter à l'existence de dispositions textuelles distinctes pour conclure à l'existence de qualifications juridiques différentes – en l'espèce, elle vérifie que les articles 1741 et 1728 du Code général des impôts ne constituent pas une seule et même infraction. En fait, les éléments déterminants de la jurisprudence Fischer contre Autriche étaient déjà présents en germe.

385. Le 29 mai 2001, la Cour européenne des droits de l'homme rendit son troisième grand arrêt relatif à l'article 4 du Protocole n° 7⁸⁵⁷. Rappelons que les faits ayant donné lieu au litige présentaient, une fois encore, une similitude frappante avec l'affaire Gradinger. M. Fischer, après avoir tué un cycliste alors qu'il était ivre au volant de son véhicule, fit l'objet d'une poursuite administrative pour infraction au code de la route pour conduite en état d'ivresse, puis d'une poursuite pénale pour homicide par imprudence après d'être intoxiqué par la consommation d'alcool. Tous les éléments étaient rassemblés pour permettre à la Cour de mettre fin à la divergence de jurisprudence entre l'arrêt Gradinger et l'arrêt Oliveira.

Après avoir noté que l'approche de la Cour apparaît « quelque peu contradictoire » (*somewhat contradictory*) dans les arrêts Gradinger et Oliveira⁸⁵⁸, les juges développèrent minutieusement leur conception de l'interprétation à donner à l'article 4 du Protocole n° 7. On peut lire au point 25 de la décision : « le texte de l'article 4 du Protocole n° 7 ne fait pas référence à „la même infraction“, mais plutôt au fait de poursuivre et de juger „à nouveau“⁸⁵⁹ quelqu'un en raison d'une infraction pour laquelle le requérant a déjà été acquitté ou condamné définitivement. Ainsi, s'il est vrai que le simple fait qu'un acte unique réalise plus d'une infraction n'est pas contraire à cet article, la Cour ne doit pas se limiter à constater qu'un requérant a été, sur la base d'un même acte, poursuivi ou puni pour des

⁸⁵⁵ Point 5 de la décision.

⁸⁵⁶ Point 5 de la décision, c'est nous qui soulignons.

⁸⁵⁷ Arrêt Fischer c. Autriche, précité.

⁸⁵⁸ Point 23 de l'arrêt Fischer.

⁸⁵⁹ Contrairement à la version française, la version anglaise de l'article 4 du Protocole n° 7 contient la précision « nul ne peut être poursuivi ou jugé de nouveau (again) en raison d'une infraction... ».

infractions d'appellations différentes (nominally different offences). A l'instar de la Cour constitutionnelle autrichienne⁸⁶⁰, la Cour note qu'il existe des cas où, à première vue, un acte semble réaliser plus qu'une infraction, bien qu'un examen plus approfondi montre qu'une seule infraction devrait être poursuivie parce qu'elle regroupe tous les torts (wrongs) contenus dans les autres. Un exemple évident est celui d'un acte qui réalise plusieurs infractions dont l'une d'entre elles contient précisément les éléments des autres plus un élément supplémentaire. Il peut y avoir d'autres cas où les infractions ne font que se recouper partiellement. Ainsi, là où différentes infractions basées sur le même acte sont poursuivies de manière consécutive, l'une après la décision finale issue de l'autre, la Cour doit examiner si de telles infractions contiennent les mêmes éléments constitutifs »⁸⁶¹. En somme, la Cour se rallie à la conception de l'exigence d'identité juridique des faits consacrée dans l'arrêt Oliveira⁸⁶², mais s'efforce de constater l'identité juridique au regard des éléments constitutifs des diverses infractions en cause et non simplement de la disposition légale qui les contient.

386. La démarche de la Cour est intéressante, à plusieurs points de vue.

En premier lieu, parce que bien qu'en limitant l'interdiction du cumul des poursuites au cas de l'identité juridique des faits, elle pose un frein au cumul systématique des poursuites pour les mêmes faits matériels. Autrement dit, elle évite les abus grossiers de cumul des poursuites, ce qui s'avère particulièrement opportun au regard du problème de l'inflation législative.

En deuxième lieu, parce que la Cour parvient à ce but sans qu'il puisse lui être reproché de dénaturer les termes de l'article 4 du Protocole n° 7. En cela, elle réalise un véritable numéro d'acrobatie d'interprétation juridique ! Mais celui-ci paraît prometteur de longévité pour sa nouvelle jurisprudence⁸⁶³.

Enfin, en troisième lieu, parce qu'elle se fonde sur un critère précis permettant de trancher la question de savoir si deux dispositions peuvent ou non faire l'objet d'actions répressives cumulatives : l'identité de leurs éléments constitutifs. L'on se souvient de la jurisprudence de la Cour de cassation française, selon laquelle le cumul de poursuites est légitime lorsqu'elles

⁸⁶⁰ Décision du 5 décembre 1996 citée dans l'arrêt Fischer, rendue dans cette même affaire.

⁸⁶¹ Il s'agit d'une traduction de l'anglais, la décision n'ayant été publiée que dans cette langue.

⁸⁶² Dans la décision Garaudy contre France du 24 juin 2003, req. 65831/01, la Cour européenne a confirmé sa position sur ce point : « l'article 4 du Protocole n° 7 ne joue que lorsqu'une même infraction est punie deux ou plusieurs fois. Tel n'est pas le cas ici : (...) il existait des infractions distinctes », point 2 de la décision, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui souligne. D. 2004, J. p. 239-244, note ROETS.

⁸⁶³ Voir, déjà, les arrêts W. F. c. Autriche, 30 mai 2002, req. n° 38275/97 et Sailer c. Autriche, 6 juin 2002, req. n° 38237/97.

ont un « objet » différent, la différence d'objet des poursuites étant implicitement déduite de la différence de la valeur juridique protégée par les infractions fondant les poursuites⁸⁶⁴. Non seulement il n'est pas toujours aisé de déterminer quelle est la valeur protégée par une infraction, mais au-delà de cette première difficulté pratique, on ne peut nier qu'il est toujours possible de recourir à de nouvelles valeurs juridiques correspondant plus ou moins à chaque nouvelle infraction. Prenons l'exemple proposé par l'affaire Fischer. L'on pourrait soutenir que l'infraction pénale d'homicide par imprudence commis après s'être imbibé d'alcool tend à protéger la vie – comme toutes les infractions d'homicide – alors que l'infraction administrative de conduite en état d'ivresse tend à assurer la sécurité sur la route. Ce n'est que si l'on pousse la réflexion plus loin que l'on arrive à la question suivante : dans quel but assure-t-on la sécurité routière si ce n'est pour protéger la vie des usagers de la route ? Sinon, l'on en reste à l'idée que les deux poursuites, parce qu'elles poursuivent des objectifs différents, sont justifiées. La démarche prônée par la Cour européenne des droits de l'homme est plus satisfaisante, car la comparaison des éléments constitutifs des différentes infractions en cause apparaît autrement plus objective que celle des valeurs juridiques protégées par ces infractions.

Néanmoins, en termes de préservation de la sécurité juridique, cette jurisprudence n'est pas complètement satisfaisante. Elle ne garantit en effet ni à la collectivité, ni au citoyen, qu'une fois définitivement jugés, les faits ne pourront plus l'être.

387. Ajoutons que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme risque d'influencer l'interprétation des termes de l'article 50 de la Charte sur les droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, cette disposition reproduit, sur ce point, l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme à l'identique : « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ». En revanche, contrairement à l'article 4 du Protocole n° 7, l'article 50 de la Charte ne concerne pas seulement l'application interne de la règle *ne bis in idem*. Elle est également applicable pour sa mise en œuvre dans les rapports internationaux au sein de l'Union. Or, les réticences envers la généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels existent déjà en ce qui l'application internationale de la règle *ne bis in idem*.

⁸⁶⁴ Voir *supra*, p. 204 et p. 218.

2. Les réticences vis-à-vis du critère de l'identité matérielle des faits pour l'application internationale de la règle *ne bis in idem*

388. Dans le contexte de l'application internationale de la règle *ne bis in idem*, l'hypothèse est celle d'une autorité répressive invitée à se prononcer sur des faits matériels qui ont déjà fait l'objet d'un jugement à l'étranger. Il est évident que la qualification retenue par la seconde autorité ne relève pas de la compétence de la première, puisque toutes les deux appliquent les dispositions d'un droit différent. La seconde poursuite ne peut donc en rien discréditer la parole du premier juge, puisque celui-ci ne pouvait pas, par hypothèse, appliquer la qualification invoquée dans la seconde poursuite. En outre, les risques de contradiction entre les deux décisions sont extrêmement faibles puisque les dispositions et les règles juridiques en vertu desquelles les deux autorités se sont prononcées sont en principe différentes. Nous nous trouvons par conséquent dans une situation où la protection du crédit du juge dans son travail de qualification juridique n'a aucune utilité. Est-il alors nécessaire d'étendre l'application de la règle *ne bis in idem* au cas où seuls les faits matériels sont identiques dans les différentes poursuites ?

Le débat sur la question de savoir si, dans les rapports internationaux, la règle *ne bis in idem* doit s'appliquer en cas d'identité simplement matérielle ou, au contraire, juridique des faits dans les différentes poursuites, est engagé. Pourtant, comme l'on pouvait s'y attendre, les avis sont partagés. Il ne s'agira pas, dans les développements qui vont suivre, de répéter ce débat. Nous voudrions simplement montrer à quel point les auteurs qui se prononcent contre l'extension de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels restent influencés par la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée – au détriment de la sécurité juridique. Nous prendrons pour exemple l'analyse de Mme van den Wyngaert et M. Stessens, présentée dans un article paru en 1999⁸⁶⁵.

Ces auteurs préconisent que la condition d'identité de qualification juridique soit requise pour l'application internationale de la règle⁸⁶⁶, considérant qu'« *il serait abusivement zélé, précisément en considération de la divergence des traditions juridiques, de faire obstacle à toute nouvelle poursuite pour des faits qui ont déjà été jugés au cours d'une procédure*

⁸⁶⁵ Ch. VAN DEN WYNGAERT et G. STESSENS, « The international *non bis in idem* principle : resolving some the unanswered questions », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. n° 48, oct. 1999, p. 779-804.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, p. 791.

étrangère antérieure »⁸⁶⁷. Les auteurs avancent divers arguments pour étayer leur thèse, notamment celui que l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels reviendrait, dans les relations internationales, à empêcher des Etats concernés par les faits d'exercer leur pouvoir répressif pour la seule raison qu'un autre Etat a déjà exercé le sien.

Mais ils affirment également : « *L'argument traditionnel contre une règle non bis in idem internationale, selon lequel l'unification prérequis du système juridique – et reposant sur le fait que le respect de la res judicata demeure dans le contexte domestique – fait défaut, conserve sa pertinence* »⁸⁶⁸. Pourquoi l'unification du système juridique est-elle nécessaire au respect de la chose jugée, si ce n'est parce qu'en l'absence d'une telle unification, la fonction de protection du travail de qualification juridique des faits qui incombe au juge n'a plus aucun sens et que, par conséquent, il devient inutile de mettre en œuvre le principe de l'autorité de la chose jugée ?

On le voit, tant que la règle *ne bis in idem* sera rattachée au principe de l'autorité de la chose jugée, il sera vain d'espérer que l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits dans les rapports internationaux se passe de l'exigence d'identité de qualification juridique dans les différentes poursuites en cause. Pourtant, à bien y songer, une telle identité n'existe qu'exceptionnellement dans les rapports internationaux⁸⁶⁹. Car même si la même incrimination fondamentale est retenue, le vol par exemple, il ne faut pas oublier qu'un vol selon le droit belge n'est pas forcément un vol selon le droit français, qui n'est pas forcément un vol selon le droit allemand, etc... Il est donc quasiment toujours possible de déceler une différence entre les qualifications pénales de deux systèmes juridiques, ou entre leur circonstances aggravantes, pour justifier le cumul des poursuites. Il faut se rendre à l'évidence : tant qu'elle sera rattachée au principe de l'autorité de la chose jugée, la règle *ne bis in idem* restera inefficace dans les rapports internationaux.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, p. 792 (« *it would be overzealous, precisely in view of the diverging legal traditions, to bar any new prosecution for facts that were already tried in an earlier foreign procedure* »).

⁸⁶⁸ *Ibidem* : « *The traditional objection against an international non bis in idem rule, namely that the prerequisite unification of the legal system – the foundation upon which the respect for res judicata rests in a domestic context – is absent, holds true* ». En ce sens également H. THOMAS, *op. cit.*, qui classe l'adage *res judicata pro veritate habetur*, en tant que « composante » de la règle *ne bis in idem*, parmi les obstacles à l'internationalisation de la règle *ne bis in idem*.

⁸⁶⁹ Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général près la CJCE rendues le 20 oct. 2005 dans l'affaire Van Esbroek, voir *infra*, p. 503.

389. En cette fin de section, nous sommes en mesure de préciser en quoi consiste, en substance, la restriction de la portée de la règle *ne bis in idem* par la condition d'identité de cause entre la « chose jugée » et la « chose poursuivie ».

Au regard de la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée, la protection du crédit du juge, la condition d'identité de cause ne se traduit certes pas nécessairement par l'exigence que les faits cumulativement poursuivis le soient sous la même qualification juridique, comme nous le pensions en introduction⁸⁷⁰. La protection du crédit du juge implique parfois que l'interdiction du cumul des poursuites sévise dès lors que les mêmes faits matériels sont à nouveau poursuivis. Parfois seulement, car il faut pour cela qu'il soit nécessaire de couvrir d'une autorité incontestable l'opération de qualification juridique des faits effectuée par le premier juge saisi. Or, cette nécessité n'existe que dès lors que le premier juge pourrait être discrédité pour n'avoir pas appliqué la qualification juridique invoquée lors de la deuxième poursuite. Cela suppose, d'une part, qu'il était saisi *in rem* et non pas pour l'application du qualification juridique imposée et, d'autre part, qu'il était compétent matériellement pour appliquer cette qualification. En somme, la fonction de protection du crédit du juge invite à la généralisation de la suppression de la condition d'identité de qualification juridique des faits, qui est d'ailleurs bien visible droit positif, mais seulement dans le cas où les deux autorités répressives successivement poursuivies risquent de se contredire. Cette hypothèse est généralement donnée lorsque ces autorités appliquent les mêmes droits substantiels, donc lorsqu'elles exercent la même compétence matérielle⁸⁷¹.

C'est ici, très précisément, qu'apparaît la restriction de la portée de la règle *ne bis in idem*. Dès lors que les autorités successivement saisies des faits matériels n'exercent pas la même compétence matérielle, l'on se trouve dans un cas d'exception à l'application de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels : la condition d'identité de qualification juridique resurgit. Or, nous savons que celle-ci œuvre contre une bonne mise en œuvre de la sécurité juridique. L'étude du droit positif a confirmé cette analyse pour l'application interne de la règle *ne bis in idem*, sauf en ce qui concerne le droit allemand. La généralisation de la simple exigence d'identité matérielle des faits – à quelques petites exceptions près – permet, dans ce système juridique, que la sécurité juridique soit bien préservée. Pour l'application internationale de la règle *ne bis in idem*, où les compétences

⁸⁷⁰ Voir *supra*, p. 308.

⁸⁷¹ Il existe aussi le cas anecdotique dans lequel des autorités de compétences matérielles différentes ont à appliquer des incriminations pénales exclusives l'une de l'autre, voir *supra*, p. 317.

matérielles exercées par les autorités répressives successivement saisies sont par hypothèse différentes puisque ces autorités mettent en œuvre des droits différents, l'application de l'interdiction du cumul des poursuites en cas de simple identité matérielle des faits matériels semble impossible tant que la mise en œuvre de la règle dépendra du principe de l'autorité de la chose jugée.

En somme, pour l'application internationale comme pour l'application interne de la règle *ne bis in idem*, la suppression des exceptions à la généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels, indispensable aux progrès de la sécurité juridique, passe inévitablement par la rupture du lien entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée.

Conclusion du chapitre

390. Dans ce chapitre, nous avons pu constater que la restriction de la portée de la règle *ne bis in idem* s'exerce tant par la condition d'existence d'une chose jugée, requise pour la mise en œuvre du principe de l'autorité de la chose jugée, que par la condition d'identité de qualification juridique des faits, qui reste parfois nécessaire à ce que cette chose jugée fasse autorité et, partant, obstacle à de nouvelles poursuites.

Certes, des aménagements existent, comme le montre la méthode de l'attribution par voie légale de l'autorité de la chose jugée à des décisions qui ne revêtent pourtant pas tous les caractères de l'acte juridictionnel. Mais la plupart du temps, il s'agit d'une autorité « restreinte » de la chose jugée, ne permettant pas d'empêcher toute nouvelle poursuite pour les mêmes faits matériels et, par conséquent, ne satisfaisant pas pleinement aux exigences de la sécurité juridique. Par ailleurs, si l'exigence d'identité simplement matérielle des faits et le principe de l'autorité de la chose jugée font bon ménage dans certaines hypothèses, les exceptions restent bien visibles. Trop souvent, l'exigence d'identité juridique des faits resurgit, affaiblissant à nouveau la sécurité juridique.

En réalité, une bonne protection de la sécurité juridique nécessite l'effacement de toute restriction à la portée de la règle *ne bis in idem*. Elle suppose, en premier lieu, l'abandon de la condition d'existence d'une chose jugée pour la mise en œuvre de la règle, au profit de la simple exigence que les faits aient donné lieu à une décision répressive *définitive*, c'est-à-dire une décision qui n'a nul besoin d'être complétée pour résoudre entièrement le litige. Elle implique, en second lieu, la suppression complète de la condition d'identité de qualification juridique dans les différentes poursuites, au profit de la seule exigence d'identité matérielle des faits.

Or, ces deux changements par rapport à l'état du droit positif signifient, ni plus ni moins, l'abandon du recours au principe de l'autorité de la chose jugée pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*.

Conclusion du titre

391. Le phénomène de restriction de la règle *ne bis in idem* par le principe de l'autorité de la chose jugée, dont nous avons supposé l'existence au vu du décalage de fonctions entre la règle et le principe, est bien présent en droit positif. On l'observe très nettement en ce qui concerne le champ d'application de la règle *ne bis in idem*, qui s'avère souvent trop étroit pour que la règle remplisse sa fonction de préservation de la sécurité juridique chaque fois que cela est nécessaire. Mais la restriction apparaît également sans ambiguïté à l'égard de la portée de la règle. Le cumul des poursuites reste trop souvent possible lorsque la première poursuite concernant les faits ne s'est pas achevée par un jugement à part entière, ou quand les qualifications juridiques fondant les différentes poursuites ne sont pas strictement identiques.

392. Il existe naturellement des efforts perceptibles en droit positif pour élargir le champ d'application et étendre la portée de la règle *ne bis in idem*. Les plus spectaculaires sont l'extension quasi-totale de l'application du principe l'autorité de la chose jugée au domaine de la répression administrative par le paragraphe 84 de la loi allemande sur les infractions administratives ; l'adoption de l'article 54 de la Convention de Schengen consacrant la mise en œuvre internationale de la règle *ne bis in idem* sans en passer par l'étape de la reconnaissance des jugements étrangers – celle-ci revenant à attribuer une autorité à la parole du juge étranger ; la généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels, que l'on observe très nettement en Allemagne et, dans une moindre mesure, en France, mais qui n'a pas atteint la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ; enfin, l'application de la règle *ne bis in idem* après une transaction pénale grâce à l'intervention du législateur – de façon complète en France et, soumise à des exceptions, en Allemagne – ainsi qu'à la jurisprudence depuis l'arrêt Gözütok et Brügge de la Cour de justice des Communautés européennes.

Mais ces efforts appellent deux remarques.

D'une part, si elles sont sans aucun doute favorables à la sécurité juridique, ces mesures répondent de façon quasi-systématique avant tout à l'exigence de protection du crédit du juge. Par conséquent, elles trouvent la plupart du temps leurs limites dans l'épuisement de la nécessité de soigner ce crédit. Ainsi, en France, la généralisation de l'interdiction du cumul

des poursuites pour les mêmes faits matériels est, pour le moment du moins, limitée aux hypothèses dans lesquelles soit l'existence d'une nouvelle poursuite jetterait le discrédit sur la parole du juge prononcée au terme de la première poursuite, soit le cumul des poursuites pourrait engendrer des contradictions entre les différentes décisions rendues. Il est rare que l'extension de l'application de la règle *ne bis in idem* se fasse au-delà de ce que nécessite la préservation du crédit du juge et parvienne à une protection satisfaisante de la sécurité juridique. On citera néanmoins les exemples de l'application de la règle à l'ensemble de la matière pénale – en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – et après une transaction pénale.

D'autre part, à bien y regarder, ces mesures ne sont autres que des restrictions... aux restrictions provoquées par le recours au principe de l'autorité de la chose jugée. Ne serait-il pas plus simple et plus orthodoxe, plutôt que de restreindre les restrictions, de cesser de s'en remettre à la logique de l'autorité de la chose jugée pour appliquer la règle *ne bis in idem* ? Une réponse positive semble s'imposer d'autant que, pour que les différentes restrictions de restrictions fonctionnent, c'est-à-dire permettent à la règle *ne bis in idem* de remplir effectivement sa fonction de garantie de la sécurité juridique, il faut encore qu'elles agissent simultanément. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme *Ponsetti et Chesnel* du 14 décembre 1999⁸⁷² va permettre d'illustrer ce propos et de conclure notre analyse du droit positif. Il s'agissait de savoir si une infraction à la législation fiscale française pouvait donner lieu au cumul d'une poursuite pénale et d'une poursuite administrative sans violer l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. En appliquant l'article 4 dans le domaine de la « matière pénale », la Cour de Strasbourg a déjoué une première restriction au champ d'application de la règle *ne bis in idem* due à l'influence du principe de l'autorité de la chose jugée. La barrière posée par la Cour de cassation française à l'application de la règle *ne bis in idem* entre des poursuites pénales et administratives était ainsi franchie. Mais il restait à examiner la question de l'identité des faits. Or, la Cour européenne des droits de l'homme continue d'exiger l'identité des qualifications juridiques invoquées dans les différentes poursuites – une autre restriction de la règle *ne bis in idem* imputable à la logique de l'autorité de la chose jugée. Cependant, les infractions fiscales administrative et pénale du droit français ne sont pas rigoureusement identiques – ce qui justifie d'ailleurs leur coexistence. Après avoir contourné la première restriction, la Cour européenne échoue donc devant la seconde...

⁸⁷² Voir *supra*, p. 187.

393. Ainsi, l'on ne peut se contenter de restreindre les effets restrictifs du principe de l'autorité de la chose jugée. Comme, à quelques exceptions près, la logique de l'autorité de la chose jugée – c'est-à-dire l'objectif de protection du crédit du juge – tire toutes les ficelles de la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*, celles de son champ d'application comme celles de sa portée, elle re-surgit toujours d'une manière ou d'une autre, mettant en péril la sécurité juridique. Il n'y a donc pas de demi-mesure satisfaisante. Il faut débarrasser la règle *ne bis in idem* du lien qui la rattache au principe de l'autorité de la chose jugée, de la façon la plus complète qui soit.

Conclusion de la première partie

394. La première partie de cette étude a permis de montrer que le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée, très largement pratiqué par le droit positif et approuvé à la quasi-unanimité par la doctrine, n'est pas pertinent.

Sur le plan théorique, il apparaît que la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée n'ont pas les mêmes fonctions. Tandis qu'il s'agit pour la règle *ne bis in idem* d'assurer la sécurité juridique de l'individu qui a définitivement répondu de ses actes devant la justice et la sécurité juridique de la collectivité qui aspire à la stabilité des situations juridiques fixées par la justice, le principe de l'autorité de la chose jugée a pour fonction unique la protection de l'autorité du juge aux yeux de la société, l'entretien de son crédit à remplir sa mission : « dire le droit et trancher les litiges ». Certes, la fonction de préservation de la sécurité juridique collective de la règle *ne bis in idem* et la fonction de protection de la crédibilité de la justice du principe de l'autorité de la chose jugée se rejoignent dans l'objectif commun de contribution à la paix sociale. En revanche, la fonction de protection de la sécurité juridique de l'individu n'appartient qu'à la règle *ne bis in idem*. Le principe de l'autorité de la chose jugée lui est totalement indifférent. La conception selon laquelle la règle *ne bis in idem* n'est qu'un effet du principe de l'autorité de la chose jugée doit donc être remise en question.

En droit positif, il est parfaitement visible que le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée provoque dans une large mesure la restriction de la mise en œuvre de la règle : tant son champ d'application que sa portée se voient rapetissés par la condition d'existence d'une chose jugée qui fasse autorité. Cette restriction est telle que la règle *ne bis in idem* ne parvient pas à remplir effectivement sa fonction de préservation de la sécurité juridique. Des ajustements opérés par le droit positif permettent certes d'améliorer quelque peu la situation. Mais parce qu'ils répondent, pour la plupart, encore et toujours à la nécessité de protéger le crédit du juge, ils ne parviennent pas à garantir de façon satisfaisante la sécurité juridique. Ils n'emportent donc pas la conviction.

Ainsi, le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas seulement insatisfaisant en théorie, il est également nocif en pratique. La conclusion

à tirer est évidente : si l'on veut une règle *ne bis in idem* qui assure la sécurité juridique – en particulier celle de l'individu qui a définitivement répondu de ses actes devant la justice – au lieu de se contenter de protéger le crédit du juge, fonction que remplit déjà le principe de l'autorité de la chose jugée, il faut rompre le lien entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée. Osons ces termes : il faut libérer la règle *ne bis in idem* du carcan dans lequel l'enferme la logique de l'autorité de la chose jugée.

395. Mais la rupture ne doit pas rester superficielle. Il faut en tirer toutes les conséquences.

La première conséquence est que la notion d'autorité *négative* de l'autorité de la chose jugée, qui constitue le point précis où s'établit le lien entre le principe de l'autorité de la chose jugée et la règle *ne bis in idem*, n'a plus de raison d'être.

La deuxième conséquence est qu'il faut supprimer toutes les implications de la logique de protection du crédit du juge dans la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*. Cela suppose naturellement d'abandonner la condition essentielle d'application du principe de l'autorité de la chose jugée qu'est l'existence d'une chose jugée. L'existence d'une décision répressive définitive suffira. Mais il faut également se débarrasser des retombées de la relativité de l'autorité de la chose jugée, qui incarne typiquement la fonction de protection du crédit du juge. En particulier, il est indispensable de bannir toute interprétation de la condition d'identité d'objet qui tendrait à nier l'existence de cette identité à l'issue d'une distinction selon la nature, l'objectif ou les valeurs protégées par la répression mise en œuvre dans les différentes poursuites exercées. Le champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* devant être la répression dans sa globalité, l'identité d'objet doit être considérée comme donnée dès lors que les différentes actions en justice ont un but répressif. De même, à l'égard de la condition d'identité de cause, il faut s'astreindre à ne raisonner qu'en termes de protection de la sécurité juridique. Celle-ci ne laisse aucune hésitation : l'identité matérielle des faits doit suffire. En revanche, il n'y a pas lieu de se départir de la condition d'identité de parties. Nous ne l'avons pas rencontrée parmi les facteurs de restriction de l'application de la règle *ne bis in idem*. Et pour cause, puisque la sécurité juridique s'en accommode fort bien : l'existence d'une décision répressive définitive doit uniquement garantir la sécurité juridique de la personne visée par cette décision. Il n'est nullement question d'en faire bénéficier un quelconque autre individu. Enfin, l'argument de la différence d'ordre juridique dans lequel s'accomplissent les différentes poursuites pour les mêmes faits, qui semble être sous-jacent au refus d'appliquer la règle *ne bis in idem* entre une poursuite nationale et une poursuite

communautaire, doit être combattu. En effet, si la protection du crédit du juge n'a pas lieu d'être assurée lorsque des juges de systèmes juridiques différents se prononcent sur les mêmes faits, la sécurité juridique reste grandement menacée par ce genre de cumul des poursuites.

La troisième conséquence à tirer de la rupture du lien entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée concerne l'internationalisation de la règle. Elle n'est envisagée dans cette étude qu'au sein de l'Union européenne où, malgré l'existence des articles 54 et suivants de la Convention de Schengen, les efforts doivent être accrus en vue d'une mise en œuvre de la règle répondant aux exigences de la sécurité juridique. Dans cette perspective, il est impératif de se méfier au plus haut point de l'idée selon laquelle l'application internationale de la règle *ne bis in idem* dépendrait des progrès de la reconnaissance mutuelle – entre Etats de l'Union – des décisions de justice. Si la reconnaissance des décisions répressives étrangères peut certainement favoriser l'application de la règle *ne bis in idem*, en aucun cas elle ne doit en être une condition. En effet, reconnaître les décisions étrangères n'est rien d'autre que leur accorder une autorité. Exiger la reconnaissance des décisions étrangères pour que la règle *ne bis in idem* s'applique revient à internationaliser le principe de l'autorité de la chose jugée, autrement dit à importer au niveau international toutes les difficultés qu'il pose au niveau national. Gardons-nous en !

396. En cette fin de première partie, nous voici en présence d'une règle *ne bis in idem* libérée du principe de l'autorité de la chose jugée, mais orpheline. Si la règle *ne bis in idem* n'est plus un effet du principe de l'autorité de la chose jugée, qu'est-elle donc ? Si sa mise à l'écart doit être bannie lorsque cela résulte de la logique de l'autorité de la chose jugée, la règle doit-elle pour autant ne souffrir d'aucune exception dans sa mise en œuvre ?

Jusqu'à présent, la règle *ne bis in idem* s'est servie du principe de l'autorité de la chose jugée comme d'un fondement. Celui-ci ne lui permettant pas de remplir ses fonctions, il faut non seulement en détacher la règle, mais encore la doter d'un véritable fondement. Dès lors que nous aurons identifié ce fondement, nous pourrons répondre sans difficulté à ces questions.

A notre sens, le fondement de la règle *ne bis in idem* se trouve dans l'idée simple qu'à un acte délictueux, il ne peut être donné qu'une réponse. Une action répressive peut/doit être exercée, mais une seule. Aussi proposons-nous, comme fondement juridique de la règle *ne bis in idem*, le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits.

SECONDE PARTIE

**PROPOSITION D'UN FONDEMENT
POUR LA REGLE *NE BIS IN IDEM* :
LE PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE**

397. L'objectif de cette seconde partie est de suggérer une mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* qui garantisse convenablement la sécurité juridique, puisque telle est la fonction de la règle. Comme la sécurité juridique n'a plus lieu, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁸⁷³, de s'arrêter aux frontières des Etats membres de l'Union européenne, les trois dimensions de la règle *ne bis in idem* présentes dans l'Union seront prises en compte : ses dimensions interne (au sein d'un Etat de l'Union), internationale (entre les Etats de l'Union) et supranationale (entre les Etats et l'Union).

Pour atteindre cet objectif, nous proposons un fondement pour la règle *ne bis in idem*. Immédiatement, une question essentielle se pose : est-ce bien nécessaire ? Ne peut-on pas simplement détacher la règle *ne bis in idem* du principe de l'autorité de la chose jugée et purifier sa mise en œuvre des éléments relevant de la logique de ce principe ?

398. Deux raisons invitent à ne pas raisonner à partir de la règle *ne bis in idem* elle-même, mais d'un principe qui lui serve de fondement.

La première raison est que la mise en œuvre d'une règle de droit ne peut se faire de façon aveugle. Il faut savoir d'où provient la règle, quel est le principe fondateur qui la gouverne. La principale différence entre une *règle* et un *principe* est que la règle revêt un aspect technique, relatif à des situations précises, tandis que le principe a un caractère constituant, fondateur, qui implique une certaine généralité. Cette distinction bien visible à la consultation des dictionnaires de sciences humaines⁸⁷⁴ a également été mise en lumière en théorie du droit. Le principe est général en ce qu'il « *règne sur le droit positif; (...) en dirige le développement* »⁸⁷⁵ et « *comporte une série indéfinie d'applications* »⁸⁷⁶, tandis que la règle est spéciale en ce sens qu'elle « *ne régit que tels actes ou tels faits* »⁸⁷⁷. Les règles juridiques

⁸⁷³ Voir l'art. 2, 4^{ème} tiret du *Traité sur l'Union européenne* : « (L'Union se donne pour objectif) de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes ... » et l'art. 29 du même traité : « Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice... ».

⁸⁷⁴ Ainsi, selon A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Quadrige / PUF 5^{ème} éd., 1999, les règles peuvent être définies comme une « *formule indiquant ou prescrivant ce qui doit être fait dans un cas déterminé* » (p. 906), tandis que les principes sont des « *propositions directrices auxquelles tout le développement ultérieur est subordonné* » (p. 828). Selon L.-M. MORFAUX, *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Paris, A. Colin, 12^{ème} éd., 1989, la règle est une « *formule prescriptive qui indique la voie à suivre pour atteindre une certaine fin* » (p. 311), tandis que le principe est une « *proposition initiale d'une déduction d'où l'on tire d'autres propositions dites conséquences qui en résultent nécessairement* » (p. 286).

⁸⁷⁵ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, p. 51-74, n° 6 (p. 57).

⁸⁷⁶ *Ibidem*, n° 5 (p. 56) ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, n° 75 (p. 101).

⁸⁷⁷ J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 5 (p. 56) ; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 75 (p. 101).

ne sont, en fin de compte, que « *des applications des principes* »⁸⁷⁸. Il n'est alors pas étonnant que la règle « *se caractérise davantage par la précision et l'univocité* »⁸⁷⁹. Au contraire, le principe « *ne prétend pas fixer des conditions dans lesquelles son application est nécessaire. Il indique plutôt une raison d'aller dans un sens* »⁸⁸⁰. Ainsi, il est symptomatique de constater, à propos des principes généraux du droit, que « *les métaphores qui les désignent renvoient toutes à l'idée de solidarité et de cohérence* »⁸⁸¹. On les désigne en effet d'« *armatures de la pensée juridique* », de « *poutres maîtresses de tout l'édifice juridique* »⁸⁸², de « *normes générales que les agents considèrent (...) comme ayant une fonction justificative et explicative pertinente à l'égard des règles du droit en vigueur* », ou encore d'éléments « *fédérateurs* » exprimant les valeurs fondatrices »⁸⁸³.

S'il est vrai que de nombreux auteurs – et même la plupart des textes internationaux – emploient l'expression « principe *ne bis in idem* » ou utilisent indifféremment les termes « règle » et « principe » *ne bis in idem*, les considérations qui précèdent montrent que la qualification de « principe » est inexacte. La formule « *ne bis in idem* » exprime ce qui doit être fait dans le cas précis où une décision répressive a été rendue à l'encontre d'une personne pour certains faits qu'on lui reproche : il ne faut pas recommencer ce qui a déjà été accompli. En revanche, elle n'évoque en rien l'idée originelle, fondatrice qui la gouverne. De même, les dispositions de droit positif consacrant la maxime « *ne bis in idem* » indiquent que, dans la situation particulière qu'elles visent, il ne peut y avoir de nouvelle poursuite⁸⁸⁴. Mais elles ne donnent pas le sens, la raison profonde de cette prohibition. Elles ne contiennent donc qu'une règle de droit.

⁸⁷⁸ J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 6 (p. 57). L'auteur précise qu'« *il existe entre un principe et une règle juridique non seulement une inégalité d'importance, mais une différence de nature* », n° 5 (p. 55).

⁸⁷⁹ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, p. 121.

⁸⁸⁰ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Traduction de l'anglais de *Taking Rights Seriously* (Londres, Duckworth, 4^{ème} éd. avec réponse aux critiques, 1984) par M.-J. Rossignol et F. Limare, révisée et présentée par F. Michaut, préface de P. Bouretz, Paris, PUF, 1995, p. 84. L'auteur rejoint J. Boulanger en précisant que « *la distinction entre principes juridiques et règles de droit est une distinction d'ordre logique* » (p. 82), voir *supra*, note n° 878.

⁸⁸¹ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, p. 131.

⁸⁸² J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 84 et 86 ; cité par M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, p. 131.

⁸⁸³ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Traduction de l'anglais de *Legal reasoning and legal theory* (Oxford, Clarendon Press, 1978), par J. Gagey, PUF, 1996, p. 182 ; cité par M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, p. 131.

⁸⁸⁴ Par exemple, l'art. 368 CPP impose l'application de la règle *ne bis in idem* à la suite d'un arrêt de cour d'assises ; le § 84 OWiG l'étend en Allemagne à la répression des infractions administratives ; l'art. 54 de la Convention de Schengen la consacre entre les Etats de l'espace Schengen ; quant aux art. 103 al. 3 de la Loi fondamentale allemande et 4 du Prot. n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, dont les termes peuvent paraître plus généraux, leur vocation à s'appliquer à des cas déterminés ne fait pas de doute.

D'où la nécessité de proposer un fondement pour la règle *ne bis in idem*, qui soit, contrairement à elle, un véritable principe. D'ailleurs, la meilleure preuve que la règle *ne bis in idem* nécessite d'être rattachée à un principe fondateur n'est autre que le constat du besoin qu'elle a eu, pendant des siècles, d'emprunter au principe de l'autorité de la chose jugée.

399. La seconde raison d'asseoir la règle *ne bis in idem* sur un principe fondateur résulte de la nécessité de la faire s'appliquer dans l'ensemble de l'Union européenne, de sorte que la sécurité juridique assurée règne dans l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice. Or, cela implique que la règle *ne bis in idem* soit mise en œuvre entre les Etats membres de l'Union de façon relativement harmonieuse : en effet, si certains Etats posent des exigences sévères pour la mise en œuvre de la règle et d'autres en retiennent une application large, l'objectif de sécurité juridique ne sera atteint que de façon inégale. Le processus d'harmonisation est d'ailleurs déjà doublement engagé, d'une part autour de l'article 54 de la Convention de Schengen, directement applicable devant les tribunaux nationaux et soumis au contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes, d'autre part sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme veillant à la mise en œuvre de l'article 4 du Protocole n° 7 dans la plupart des Etats membres de l'Union⁸⁸⁵. Enfin, l'article 50 de la Charte sur les droits fondamentaux de l'Union européenne, qui retient pour seule délimitation du champ géographique d'application de la règle les termes « dans l'Union », invite encore à l'harmonisation juridique.

Mais l'harmonisation juridique ne se fait pas à partir de règles techniques. Elle ne peut réussir qu'à l'aide de principes directeurs⁸⁸⁶, qui possèdent à la fois une certaine force fédératrice, ce qui suppose qu'ils reposent sur des valeurs solidement ancrées dans les différents systèmes juridiques concernés, et la plasticité nécessaire à leur réception par ces mêmes systèmes. En dépit de sa formulation en latin qui lui confère une apparence d'universalité, la règle *ne bis in idem* ne possède pas ces qualités. Elle est une notion brouillée puisqu'elle signifie tantôt l'interdiction du cumul des poursuites, tantôt celle des sanctions, ou encore celle des qualifications pénales au sein d'une poursuite unique⁸⁸⁷. Elle est de surcroît largement imprégnée de la logique du principe de l'autorité de la chose jugée, dont il faut se débarrasser.

⁸⁸⁵ Parmi les Etats membres de l'Union européenne, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni n'ont pas ratifié le Protocole n° 7.

⁸⁸⁶ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, p. 130 et s. et 135 et s. : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁸⁷ Voir *supra*, p. 21.

Aussi est-il indispensable d'en recourir à un nouveau principe, à la fois fondateur de la règle *ne bis in idem* et directeur du procès répressif européen. Ce principe devra bien entendu procurer à la règle le ressort lui permettant de remplir sa fonction, la préservation de la sécurité juridique.

400. A notre sens, ce principe fondateur ne peut être que celui de l'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits. Il repose sur l'idée simple qu'à une action délictueuse ne doit répondre qu'une seule action répressive⁸⁸⁸, et que l'on peut encore nommer « l'idée d'unicité ». Une fois qu'une action répressive a été exercée, elle est consommée et ne peut plus être réutilisée. Alors, la sécurité juridique peut généreusement s'installer.

Les termes « unicité d'action répressive » ne sont pas sans rappeler le principe allemand d'« *Einmaligkeit der Strafverfolgung* »⁸⁸⁹. Mais l'application de ce dernier est conditionnée par l'existence d'une décision revêtant l'autorité de la chose jugée. Il faudra donc l'en libérer. De même, l'idée de consommation de l'action par son exercice (*Strafklageverbrauch* en allemand) n'est pas neuve. Elle dominait l'ancien droit romain⁸⁹⁰ et fut reprise par les auteurs allemands Binding et Sauer qui se refusaient à raisonner en termes d'autorité de la chose jugée⁸⁹¹. Elle pourra être utilement exploitée.

Porteur d'une idée directrice cohérente avec la fonction de préservation de la sécurité juridique et détaché de toute empreinte nationale – qualités que ne possèdent pas le principe de l'autorité de la chose jugée –, le *principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits* doit permettre l'émergence de solutions communes au problème du cumul de répression dans l'Union européenne. Au-delà de son rôle fondateur à l'égard de la règle *ne bis in idem*, il pourra, sous réserve d'être accueilli dans les ordres juridiques européens comme principe de droit objectif, guider l'organisation de la répression de telle sorte que les cumuls soient évités en amont.

401. Il reste à réfléchir à l'intégration de l'unicité d'action répressive dans l'ordre juridique, de sorte que celle-ci devienne un véritable principe juridique.

⁸⁸⁸ Nous précisons plus loin la notion d'« action répressive » et la distinction entre l'action et la poursuite répressive, voir *infra*, p. 484.

⁸⁸⁹ Voir *supra*, p. 62.

⁸⁹⁰ Voir *supra*, p. 55.

⁸⁹¹ Voir *supra*, p. 65.

L'idée d'unicité d'action répressive doit pouvoir s'intégrer aisément dans l'ordre juridique, afin de devenir un véritable principe juridique. Pour cela, il faut rechercher les valeurs juridiquement consacrées auxquelles l'unicité d'action répressive est intrinsèquement reliée. En somme, en prolongeant ces valeurs tout en fondant la règle *ne bis in idem*, le principe d'unicité d'action répressive constituera le chaînon aujourd'hui manquant entre lesdites valeurs et la règle.

Il nous revient donc, à partir de *l'idée* d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits, de construire un *principe juridique* du même nom. Pour que ce principe s'intègre sans difficulté dans l'ordre juridique, il convient de le définir en pleine connaissance des valeurs le sous-tendant (titre 1). Ensuite seulement, pourront être précisés les contours du principe (titre 2).

Titre 1

Les valeurs sous-tendant le principe d'unicité d'action répressive

402. La recherche des valeurs sous-tendant l'idée d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits mène rapidement au constat que celles-ci sont nombreuses. Dans la mesure où les valeurs recherchées ont vocation à fonder juridiquement l'unicité d'action répressive, c'est aux valeurs juridiquement consacrées qu'il importera de s'intéresser. Mais avant cela, il n'est pas inutile de recenser les valeurs morales, politiques ou d'autre nature justifiant également la reconnaissance du principe d'unicité d'action répressive. Parmi ces valeurs, certaines concernent la protection du justiciable, tandis que d'autres se rapportent à l'entretien du système répressif lui-même.

403. En ce qui concerne les valeurs protectrices du justiciable, l'on doit d'abord mentionner la *loyauté*. La doctrine fait remarquer que le renouvellement des poursuites envers la même personne pour les mêmes faits n'y est guère conforme. Hugueney écrit ainsi, à propos d'une poursuite criminelle faisant suite à une condamnation correctionnelle, que le procédé « *a quelque chose de déplaisant, et même de déloyal et d'inhumain* »⁸⁹². Faisant écho à ces propos, un auteur ajoute : « *Dans la joute judiciaire, il faut savoir être beau joueur. A quoi bon user de procédés dont la mesquinerie et l'inélégance sautent aux yeux du moins averti ?* »⁸⁹³. De fait, qu'un individu ait été relaxé ou condamné pour les faits qui lui sont reprochés, il apparaît particulièrement déloyal d'engager un nouveau procès pour obtenir sa condamnation ou l'aggravation de la condamnation existante. Notons encore que l'exigence de loyauté de la part du pouvoir répressif étatique s'impose d'autant plus que ce dernier est en position de supériorité par rapport à l'individu poursuivi⁸⁹⁴.

Des auteurs évoquent l'exigence d'*équité* pour justifier l'interdiction du cumul des poursuites envers la même personne pour les mêmes faits. Ainsi, M. Pralus considère que la règle *ne bis in idem* est « *destinée (...) à empêcher une redondance de répression qui serait contraire à l'équité et à la sécurité juridique* »⁸⁹⁵. Le recours à la notion d'équité est séduisant, mais il faut en préciser la signification. Le terme « équité » possède en effet plusieurs sens. Selon une

⁸⁹² L. HUGUENEY, note sous Cass. crim. 20 fév. 1931, *Sirey* 1932, J., p. 273-274, c'est nous qui soulignons.

⁸⁹³ R. COMBALDIEU, *op. cit.*, p. 370, *in fine*.

⁸⁹⁴ Voir sur ce point M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 516 (p. 834) : « *compte tenu de la disproportion existant entre la société et l'individu, celui-ci doit bénéficier des maladroresses et de l'inefficacité de celle-là parce que ce sont pour elle des fautes* ».

⁸⁹⁵ M. PRALUS, « A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : *non bis ?* », n° 2 (p. 38) ; voir également L. HUGUENEY, note sous Cass. crim. 20 fév. 1931, *Sirey* 1932, J., p. 273-274 ; J.-A. ROUX, *op. cit.*, p. 210 ; A.-W. HEFFTER, *op. cit.*, p. 14-16 ; R. BOMMER, *op. cit.*, p. 32-33 ; H. RHEINGANS, *op. cit.*, p. 32-33. A.-F. BERNER, *op. cit.*, p. 472-496, spéc. p. 472-473

conception objective, dérivée du mot latin *æquitas*, équité est synonyme d'égalité⁸⁹⁶. Or, l'égalité entre les justiciables est respectée dès lors qu'à situation comparable, ceux-ci sont traités de la même façon – de façon dite équitable. Ainsi, si tout justiciable soupçonné d'avoir commis une infraction était poursuivi deux fois, l'égalité n'en souffrirait guère, si bien qu'en ce sens l'équité ne peut servir de fondement à l'unicité d'action répressive. Dans une conception résolument plus subjective, l'équité désigne le sentiment naturel de justice, considéré indépendamment de ce que prescrivent les règles de droit⁸⁹⁷. Ainsi conçue, l'équité permet de compléter ou de corriger l'application des règles juridiques⁸⁹⁸. A ce titre, elle a été adoptée en Angleterre et dans d'autres pays comme véritable source du droit. C'est par référence à cette conception subjective que la doctrine se réfère à l'équité en relation avec la règle *ne bis in idem* : si le droit permet parfois que plusieurs poursuites répressives soient exercées envers la même personne pour les mêmes faits, l'équité s'y oppose⁸⁹⁹. Cependant, en ce sens, l'équité n'est plus juridique puisqu'elle se situe précisément *hors* du droit. Elle ne peut donc constituer qu'un fondement axiologique de l'unicité d'action répressive.

Certes, la notion d'équité tend à se juridiciser par le biais de la notion de *procès équitable*, lequel est juridiquement garanti aux justiciables par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Des plaideurs ont d'ailleurs tenté d'obtenir la condamnation d'Etats européens n'ayant pas ratifié le protocole n° 7, dont l'article 4 consacre expressément la règle *ne bis in idem*, sous l'angle de l'article 6 de la Convention. Les organes de Strasbourg ont cependant refusé de faire entrer l'unicité d'action répressive par la porte de l'article 6⁹⁰⁰. Cela les aurait du reste obligés à contourner la volonté des Etats de ne pas être liés par l'article 4 du

⁸⁹⁶ *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° équité, point n° 1 : « justice fondée sur l'égalité ; devoir de rendre à chacun le sien ; principe qui commande de traiter également les choses égales » ; Ch. JARROSSON et F.-X. TESTU, « Equité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, Quadriga / Lamy-PUF, 2003, p. 635-638, spéc. p. 635.

⁸⁹⁷ Ch. JARROSSON et F.-X. TESTU, *op. cit.*, p. 635 ; *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° équité, points n° 5 et 6.

⁸⁹⁸ Ch. JARROSSON et F.-X. TESTU, *op. cit.*, p. 635 ; E. LOQUIN, « Equité », in *Dictionnaire de la Justice, op. cit.*, p. 425-431, spéc. p. 425-426 ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique, op. cit.*, v° équité : « correctif de la justice légale ; moyen de moraliser le droit » ; *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° équité, point n° 3 : « atténuation, modification apportées au Droit, à la loi, en considération de circonstances particulières » ; point n° 4 : « Manière de résoudre les litiges en dehors des règles du droit (...) ».

⁸⁹⁹ Les propos de L. HUGUENEY sont très révélateurs à cet égard : « S'il est vrai qu'en droit strict [l'arrêt commenté, acceptant le cumul de poursuites] se défend, encore convient-il d'avouer qu'en équité, il nous choque », note sous Cass. crim. 20 fév. 1931, *Sirey* 1932, J. p. 273-274.

⁹⁰⁰ Voir notamment la décision du 12 déc. 1988 de l'ancienne Commission européenne, R. c. Luxembourg, req. n° 12584/86, et plus récemment, la décision de la Cour du 9 sept. 2003, J.-R. Storck c. France, req. n° 73804/01, point 3 : « La Cour rappelle (...) que le principe non bis in idem est consacré par le seul article 4 du Protocole n° 7 (...). Les autres dispositions de la Convention n'en garantissent le respect ni explicitement, ni implicitement ». Même dans sa décision du 17 janv. 1996, Sommer c. Italie, req. 25336/94, qui concernait un cas de cumul de poursuites dans deux Etats européens différents, hypothèse sortant sans équivoque du champ d'application de l'art. 4 du Prot. n° 7, la Commission n'a pas souhaité consacrer l'applicabilité de l'article 6 § 1.

protocole n° 7. Mais indépendamment de cet argument, il convient de souligner que la notion de procès équitable ne renvoie ni véritablement à l'idée d'égalité, ni à celle de justice naturelle située hors du droit. A bien y regarder, l'article 6 de la Convention européenne a avant tout vocation à garantir le caractère *loyal* du procès. Il en va ainsi des exigences d'indépendance et d'impartialité du tribunal, de la présomption d'innocence, ou encore du principe de l'égalité des armes. Et si dans ce dernier, la notion d'égalité apparaît, c'est pour s'imposer entre les parties opposées au procès, afin que ce dernier soit loyal envers tous et permette de faire la vérité sur les faits. On le voit, équité et loyauté se confondent, et il n'est pas exclu qu'en ralliant l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits à l'équité, la doctrine se réfère en réalité à la loyauté.

Une autre valeur, la *proportionnalité*, permet également d'assurer la protection du justiciable contre la répression. Or, poursuivre plusieurs fois la même personne pour les mêmes faits semble bien s'apparenter à un exercice disproportionné de la répression. Cependant, si le droit positif consacre le principe de proportionnalité des peines⁹⁰¹, il ne se préoccupe nullement de la proportionnalité de la mise en œuvre de la répression par le biais de l'exercice de l'action publique. Force est de constater qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de principe juridique de proportionnalité des poursuites répressives.

En matière de protection du justiciable, il faut enfin citer cette valeur fondamentale qu'est la *légitimité* de la répression. La répression poursuivant des objectifs précis, elle n'a plus lieu d'être quand ces objectifs sont atteints ; sa mise en œuvre devient alors illégitime. L'un des buts de la répression est l'expiation des crimes. Or, comme le mentionnait justement Jousse, « si l'on admettait des accusations réitérées, et qu'on remit en jugement les crimes après une absolution ou une condamnation à une peine plus légère, (...) le plus souvent, ce serait donner lieu à la punition des crimes pardonnés, ce qui répugne à la nature et à la raison »⁹⁰². Si l'individu a été sanctionné, alors le fondement même de la répression, la réponse à la commission de l'infraction, disparaît, puisqu'à cette infraction une réponse a déjà été donnée. La nouvelle action répressive est alors illégitime. Mais la répression poursuit encore l'objectif de réinsérer les délinquants. Or, lorsque l'on poursuit un individu qui a déjà fait l'objet d'une décision répressive définitive, l'on encourt le risque de le sanctionner alors qu'il est peut-être

⁹⁰¹ Voir notamment l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁹⁰² JOUSSE, cité par A. Hommey, *op. cit.*, p. 26.

parfaitement réinséré⁹⁰³. La légitimité de la nouvelle poursuite est également douteuse sur ce point.

404. Concernant les valeurs utiles au système répressif, il faut évoquer en premier lieu la *cohérence*, dont ne peut se passer la répression sous peine de contribuer à sa propre désagrégation. Nous ne décrirons pas à nouveau l'éclatement matériel et géographique du système répressif⁹⁰⁴, qui contribue amplement au déclin de sa cohérence. Rappelons simplement que l'unicité des poursuites est un incitateur particulièrement performant de cohérence, puisqu'elle oblige à choisir l'action répressive la plus adéquate.

En second lieu, il convient de mentionner l'exigence d'*efficacité* de la justice répressive. Or, une justice qui doit s'y prendre à plusieurs fois pour atteindre ses objectifs ne brille pas par son efficacité. Même dans l'hypothèse où plusieurs actions répressives seraient légitimes, n'y a-t-il pas là source de lenteurs, de redondances, de pertes d'énergies ? N'est-il pas inutilement fastidieux et coûteux de poursuivre plusieurs fois la même personne pour les mêmes faits ? Il n'est, au fond, guère étonnant que l'analyse économique du droit se prononce elle aussi largement en faveur de l'unicité d'action répressive⁹⁰⁵.

405. La loyauté, la proportionnalité, la légitimité, la cohérence et l'efficacité de la répression sont des valeurs qui ont certainement un rôle à jouer pour défendre la reconnaissance du principe d'unicité d'action répressive en des termes politiques. Cependant, notre but premier n'étant pas de convaincre le lecteur de la pertinence de l'unicité d'action répressive, mais de réfléchir à l'intégration du principe d'unicité d'action répressive dans l'ordre juridique, nous consacrerons principalement aux valeurs *juridiques* qui sous-tendent l'idée d'unicité. Plus ces valeurs seront fondamentales, plus le principe d'unicité d'action répressive et son application, la règle *ne bis in idem*, devront être placés haut dans la hiérarchie des normes.

406. Par ailleurs, il faut bien veiller à ne pas rattacher le principe d'unicité d'action répressive à des valeurs qui réduiraient sa fonction de préservation de la sécurité juridique, comme c'est le cas de l'autorité de la chose jugée gouvernée par la logique de protection du crédit du juge.

⁹⁰³ H. THOMAS, *op. cit.*, p. 128 et s.

⁹⁰⁴ Voir *supra*, p. 41.

⁹⁰⁵ W.P.J. WILS, « The Principle of 'Ne Bis In Idem' in EC Antitrust Enforcement: A legal and Economic Analysis », *World Competition*, Vol. 26, Issue 2, juin 2003, p. 131-148.

Plusieurs auteurs qui s'inquiétèrent du détournement de la règle *ne bis in idem* de ses objectifs firent remarquer que l'accent devait être mis sur la protection de l'individu. M. Gassin concluait, en 1963, son article sur les propos suivants : « *On peut certes abandonner les aspects [du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel (employé ici comme synonyme de la règle ne bis in idem)] qui se rattachent à la théorie générale de la chose jugée et à son fondement proprement social. Mais il paraît sans doute souhaitable de s'efforcer de concilier les réalités nouvelles avec le fondement individualiste du principe dont l'histoire montre la permanence et l'importance primordiale* »⁹⁰⁶. Un abandon complet de l'aspect social ne nous semble pas pertinent, puisque la fonction de préservation de la sécurité juridique collective que possède la règle *ne bis in idem* est déterminante pour la paix sociale. En revanche, la mise en valeur du fondement individualiste est indispensable. De façon générale, la logique de l'Etat de droit, octroyant à l'individu la primauté sur la collectivité⁹⁰⁷, invite à considérer le principe d'unicité d'action répressive au regard des valeurs protectrices de l'individu. L'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes, M. Ruiz-Jarabo Colomer le confirme, si besoin était : « *Le principe ne bis in idem n'est pas (...) une règle d'ordre procédural mais une garantie fondamentale des citoyens dans les systèmes juridiques qui, comme ceux des partenaires de l'Union européenne, sont fondés sur la reconnaissance à l'individu d'un ensemble de droits [et] de libertés face à l'action des pouvoirs publics* »⁹⁰⁸. Ce sont donc des valeurs juridiques protectrices de l'individu qui doivent en première ligne guider l'intégration du principe d'unicité d'action répressive dans l'ordre juridique. Au fond, il s'agira de valeurs juridiques incitant à la mise en œuvre de la garantie de la « sécurité juridique individuelle »⁹⁰⁹.

407. L'appréhension du principe d'unicité d'action répressive sous l'angle de la protection de l'individu ne reste pas sans conséquence sur son statut juridique et celui de son application, la règle *ne bis in idem*. Nous avons déjà souligné que la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* comme droit de l'homme en France en 1791, comme droit fondamental en Allemagne et comme droit consacré par le Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international sur les droits civils et politiques⁹¹⁰ était directement liée à sa fonction protectrice de l'individu. De la même manière, le rattachement de l'idée d'unicité

⁹⁰⁶ R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel... », n° 44, p. 278 *in fine*, c'est nous qui soulignons.

⁹⁰⁷ Voir *supra*, note n° 444.

⁹⁰⁸ Conclusions rendues le 19 septembre 2002 dans les affaires Gözütok et Brügger, précitées, point 114.

⁹⁰⁹ Voir *supra*, p. 131 et s.

⁹¹⁰ Voir *supra*, p. 125 et s.

d'action répressive à des valeurs juridiques protectrices de l'individu va nous permettre de faire de cette idée un véritable principe juridique.

Après avoir identifié les valeurs juridiques sous-tendant le principe d'unicité d'action répressive (chapitre 1), nous étudierons l'effet de ces valeurs sur le statut juridique du principe et de son application, la règle *ne bis in idem* (chapitre 2).

CHAPITRE 1 L'IDENTIFICATION DES VALEURS SOUS-TENDANT LE PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE

408. Dans ce chapitre, il conviendra d'identifier les valeurs juridiques protectrices de l'individu qui sous-tendent l'idée d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits et qui, partant, invitent à la reconnaissance d'un principe juridique d'unicité d'action répressive. Comme au jour d'aujourd'hui, ce principe n'existe pas, c'est à son application, la règle *ne bis in idem*, qu'il faudra parfois recourir pour découvrir quelles sont, dans le droit positif ou la doctrine, les valeurs qui ont présidé à sa reconnaissance – hormis celles qui se rapportent au principe de l'autorité de la chose jugée, naturellement.

409. L'apparition dans des contextes historiques différents en France et en Allemagne de la fonction protectrice de l'individu de la règle *ne bis in idem*⁹¹¹ laisse présager l'existence de nuances quant aux valeurs qui sous-tendent l'idée d'unicité d'action répressive dans les traditions juridiques de ces deux pays.

A la lecture de la doctrine contemporaine française, l'on constate que les auteurs, tout accaparés qu'ils sont par la logique de l'autorité de la chose jugée, s'interrogent peu sur les valeurs sous-tendant la règle *ne bis in idem*. Certains mentionnent, il est vrai, la liberté individuelle, qui serait gravement atteinte si un individu pouvait faire l'objet de perpétuelles reprises du procès pour les mêmes faits⁹¹². Mais ils le font de façon elliptique, sans chercher, notamment, à rattacher la règle *ne bis in idem* aux dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'on évoque également les droits de la défense, qui s'exerceraient dans ce contexte « après procès »⁹¹³. Pourtant, les droits de la défense ne sont pas une finalité, ils ne sont que le moyen de mettre en œuvre des valeurs plus profondes. Enfin, l'on développe l'idée de contrat social⁹¹⁴, qui n'accorderait qu'une seule action à la société contre ceux qui

⁹¹¹ Voir *supra*, p. 121 et s.

⁹¹² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 886 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON évoquent la préservation de « l'individu dans sa liberté puisque son sort ne peut plus être remis en question », *op. cit.*, n° 664 ; Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 6 notamment ; R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel... », n° 2 (p. 240) et n° 44 (p. 278)

⁹¹³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, n° 976 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 886.

⁹¹⁴ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, n° 516.

commettent des infractions. La réflexion est intéressante, mais elle ne permet pas de fonder juridiquement le principe d'unicité d'action répressive à l'encontre de la même personne pour les mêmes faits. Pourtant, le siècle des Lumières, qui donna naissance à la fonction protectrice l'individu de la règle *ne bis in idem*, livra également une valeur juridique essentielle à laquelle le principe d'unicité d'action répressive peut être rattaché : la sûreté individuelle, consacrée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

410. En Allemagne, depuis la Loi fondamentale de 1949, l'ensemble du système protecteur des droits fondamentaux dont fait partie la règle *ne bis in idem* repose sur le principe de respect de la dignité humaine. Dans ce contexte, le rattachement du principe d'unicité d'action répressive à la dignité humaine s'effectue de la façon la plus naturelle qui soit.

411. La sûreté individuelle et la dignité humaine, telles sont les valeurs qui, du moins au regard des traditions juridiques française et allemande, semblent à première vue pouvoir soutenir le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits. Mais ce principe a vocation à s'appliquer dans l'ensemble de l'Union européenne. Nous allons donc examiner successivement si la sûreté (section 1) et la dignité humaine (section 2) peuvent constituer, dans le contexte européen, le fondement du principe d'unicité d'action répressive.

Section 1 La sûreté dans sa conception révolutionnaire

412. La tradition juridique française semble inviter au rattachement de l'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits à la sûreté. En effet, en donnant naissance à la sûreté, les révolutionnaires lui attribuèrent une compréhension large, à même d'englober la protection de la sécurité juridique individuelle (§ 1). Cependant, la notion de sûreté a connu de multiples évolutions au fil des siècles, pour n'être aujourd'hui reconnue dans l'Union européenne qu'à la portion congrue de la sécurité physique de l'individu (§ 2). La sécurité juridique se trouvant exclue de la conception actuelle de la sûreté, celle-ci ne pourra constituer qu'un fondement théorique pour le principe d'unicité d'action répressive.

§ 1 La conception révolutionnaire large de la sûreté

413. Telle que conçue par les révolutionnaires, la sûreté était un rempart abritant l'individu contre tout traitement arbitraire du pouvoir étatique. Ainsi, le droit de l'individu à la sûreté fut mentionné à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. L'arbitraire pouvant provenir de l'exercice de la répression, la sûreté avait vocation à protéger l'individu contre toute forme d'arbitraire de la répression. En ce sens, elle peut être considérée comme s'opposant au cumul arbitraire d'actions répressives pour les mêmes faits (A). Mais encore faut-il, pour qu'il enfreigne le droit à la sûreté, que ce cumul soit arbitraire. Or, dès lors qu'il n'est pas expressément prévu par la loi, le cumul des poursuites pour les mêmes faits peut être qualifié d'arbitraire (B).

A. La protection contre toute forme arbitraire de répression

414. La révolution idéologique des Lumières part de l'affirmation de l'homme comme d'un être libre par nature⁹¹⁵. L'homme doit, par conséquent, être détaché de tout lien entravant l'exercice de cette liberté naturelle⁹¹⁶. Les seules atteintes admissibles à la liberté sont celles auxquelles l'individu consent implicitement pour rendre possible la vie en société ou, en d'autres termes, celles qui résultent de son adhésion au « contrat social »⁹¹⁷. Ces restrictions à la liberté doivent être les moindres possibles⁹¹⁸. Ainsi peut se réaliser la synthèse entre la vie en société et la liberté.

Au siècle des Lumières, l'homme se vit donc reconnaître des droits naturels individuels, c'est-à-dire des droits qu'il détient par nature, en raison de sa seule existence en tant qu'être humain⁹¹⁹. L'individu passa ainsi du statut d'*objet* de droit à celui de *sujet* de droit, ce dernier devenant la « clef de voûte » du système juridique. L'individu sujet de droit peut alors opposer ses droits naturels à la force publique⁹²⁰. En vertu de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ces « *droits naturels et imprescriptibles de l'homme (...) sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». Parmi eux, la liberté et la sûreté, notions étroitement liées⁹²¹, retiendront notre attention.

415. La liberté n'existe pas en tant que droit consacré de façon générale et absolue car, par hypothèse, la liberté des individus n'est pas totale : elle est limitée par les termes du contrat social. La liberté individuelle, encore appelée liberté juridique ou liberté civile, consiste par conséquent en le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi⁹²².

⁹¹⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), Le livre de poche, 1996, Livre I, Chapitre I, première phrase : « *L'homme est né libre, et partout il est dans les fers* » (p. 45).

⁹¹⁶ J. MORANGE, « Liberté », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 946 ; H. RHEINGANS, *op. cit.*, p. 23 et 29-30.

⁹¹⁷ J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, Livre I, Chapitre VI (Du pacte social), p. 53 et s. ; Livre II, Chapitre IV (Des bornes du pouvoir souverain), p. 65 et s.

⁹¹⁸ J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, Livre II, Chapitre IV, p. 66 : « le souverain (...) ne peut charger les sujets d'aucune chaîne inutile à la communauté ».

⁹¹⁹ A. SERIAUX, « Droit naturel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 508.

⁹²⁰ A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Sujet de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1453 ; F.-X. TESTU, « Individu », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 820 ; voir également les explications de J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2003, p. 243.

⁹²¹ De cette liaison étroite, la conception voltairienne du terme « liberté » au sens de garantie contre l'arbitraire semble témoigner, J. BOUINEAU, « Révolution française et droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1367.

⁹²² Article 4 de la Constitution ; MONTESQUIEU, *op. cit.*, Livre XI, Chapitre III (Qu'est-ce que la liberté), p. 395 : « *Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce*

Quant à l'exercice de la liberté individuelle, il suppose que les individus ne subissent pas de restrictions à leur liberté « naturelle », celle dont ils disposent en l'absence d'ingérence d'autrui. Il faut donc protéger cette liberté naturelle des individus, à commencer par leur liberté physique et leur liberté générale d'agir, puisque que de cette liberté dépend l'exercice de toutes les autres⁹²³. La protection doit être assurée contre toute atteinte possible, provenant des particuliers comme de la puissance publique. Tandis que la loi, notamment pénale, se charge de la lutte contre les intrusions des particuliers dans la liberté des autres, la sûreté s'impose comme le garant de la liberté individuelle contre l'oppression de l'Etat. La sûreté est ainsi la facette de la liberté individuelle opposable à la force publique. Pour résumer, on peut dire que la sûreté est l'outil indispensable à la mise en œuvre de la liberté, que la liberté implique la sûreté ou encore que « *la sûreté constitue donc une protection avancée de toutes les libertés : elle en permet l'exercice paisible* »⁹²⁴.

416. Des précisions s'imposent à propos de la notion de sûreté. Celle-ci peut en effet être définie de plusieurs manières, qui sont très différentes. Les révolutionnaires la définirent comme « *la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de sa propriété* », ainsi qu'en témoigne l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen précédent la Constitution du 24 juin 1793. C'est à la lumière de cette définition qu'il faut interpréter l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹²⁵. Ensuite, en tant synonyme de « sécurité publique », la sûreté fut comprise comme « *l'ensemble des mesures prises par l'autorité publique afin d'assurer un minimum d'ordre entre les citoyens, et notamment la sécurité* »⁹²⁶. Sous cette deuxième acception, apparue au XIX^{ème} siècle, elle devint la mission principale de la police administrative⁹²⁷. Enfin, après la seconde guerre mondiale, la sûreté prit une troisième signification, renvoyant à la protection contre les risques de l'existence, notamment

que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. (...) La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent ». *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, v° Liberté civile, p. 337.

⁹²³ J. MORANGE, *op. cit.*, p. 949 et s.

⁹²⁴ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Les libertés publiques*, tome 1, Paris, PUF, 9^{ème} éd., 2003, n° 26 (p. 17) ; tome 2, n° 37 (p. 45). Voir également MONTESQUIEU, *op. cit.*, Livre XII, Chapitre II (De la liberté du citoyen), p. 431 : « *La liberté philosophique consiste dans l'exercice de sa volonté, ou du moins (s'il faut parler dans tous les systèmes) dans l'opinion où l'on est que l'on exerce sa volonté. La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté* » (c'est nous qui soulignons).

⁹²⁵ F. LUCHAIRE, « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP* 1989, p. 609-634, spéc. p. 610-612.

⁹²⁶ *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° sûreté, point n° 2 relatif à la sûreté publique, p. 866.

⁹²⁷ F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 612-614.

par le biais de la sécurité sociale⁹²⁸. A la garantie des droits s'est donc ajoutée la garantie de l'ordre puis la garantie des moyens d'existence.

Les trois acceptions du terme sûreté se rejoignent certes dans une fonction commune : il s'agit de répondre à l'aspiration du citoyen à vivre en sécurité, dans la tranquillité. Pour cela, il faut proscrire les intrusions arbitraires qui, précisément parce que l'arbitraire, antonyme du légitime et du raisonnable, est ce à quoi l'on ne peut s'attendre, constituent des entorses insupportables au déroulement paisible de la vie.

Mais juridiquement, les trois sûretés se ressemblent peu. Selon la première acception, la sûreté est une prérogative du citoyen qu'il peut exercer au nom de sa liberté individuelle pour se défendre *contre* l'arbitraire de la force publique. MM. Rivero et Moutouh parlent encore de « *sécurité juridique* »⁹²⁹, soulignant eux-mêmes le terme « juridique ». Ils précisent que « *l'objet de la sûreté [ainsi entendue] est (...) la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir* »⁹³⁰. Aux termes de la deuxième acception, la sûreté est une protection du citoyen assurée *par* la force publique « contre les agressions humaines et les fléaux naturels », au prix de la restriction de certaines de ses libertés – ou de la liberté collective⁹³¹. Quant à la troisième acception, elle envisage également la sûreté comme une protection du citoyen émanant de la force publique, à ceci près qu'elle s'effectue dans le domaine socio-économique⁹³².

C'est uniquement la première acception que nous continuerons d'emprunter. Comme le laisse deviner l'expression « *sécurité juridique* » forgée par M. Rivero⁹³³, la sûreté ainsi entendue contient en son sein la « sécurité juridique individuelle » garantie par l'interdiction de renouveler les poursuites répressives pour les mêmes faits⁹³⁴, donc par l'unicité d'action répressive.

417. En effet, les doctrines dégagées par la philosophie des lumières trouvèrent rapidement application en procédure pénale. Bien qu'il s'intéressât peu aux questions pénales, Montesquieu souligna le premier le lien entre l'exercice de la répression et la liberté et la sûreté des citoyens : « *Si vous regardez [les formalités] dans le rapport qu'elles ont avec la*

⁹²⁸ F. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 614-615.

⁹²⁹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *op. cit.*, tome 1, n° 26, (p. 17).

⁹³⁰ *Ibidem*.

⁹³¹ *Ibidem*.

⁹³² *Ibidem*.

⁹³³ Voir la 8^{ème} édition (1997) de l'ouvrage précité *Les libertés publiques*, écrite par J. RIVERO seul, tome 1, p. 28.

⁹³⁴ Voir *supra*, p. 131 et s.

*liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu ; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté »*⁹³⁵.

Attardons-nous quelque peu sur la largesse de la conception de la sûreté retenue par Montesquieu. Au titre des atteintes potentielles à la liberté et à la sûreté, l'auteur visait de façon globale « *les dangers même de la justice* ». A propos de la sûreté précisément, Montesquieu affirmait encore qu'elle « *n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées* »⁹³⁶. Poursuivons sa pensée : si la sûreté « *n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées* », que penser alors du *renouvellement* des accusations à propos des mêmes faits ?

Le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits peut donc tout à fait être envisagée sous l'angle de la sûreté. La relation entre la sécurité juridique contenue dans la notion de sûreté et la fonction protectrice de la sécurité juridique individuelle de la règle *ne bis in idem* paraît d'ailleurs évidente, si bien que l'on trouve une cohérence parfaite entre la valeur sous-tendant le principe d'unicité d'action répressive et la fonction de la règle œuvrant à son application. Ce rattachement au droit à la sûreté nous semble préférable à celui qui est couramment opéré dans la doctrine, à la liberté individuelle⁹³⁷. Juridiquement plus précis, il exprime mieux l'idée de protection contre l'arbitraire de la force publique et de garantie d'une part de sécurité à l'individu. D'ailleurs, M. Luchaire considère que « *la sécurité juridique est un élément de la sûreté* »⁹³⁸ et M. Mathieu affirme pour sa part qu'« *il existe incontestablement un lien étroit entre la sûreté et la sécurité juridique* »⁹³⁹.

Mais pour que le cumul d'actions répressives puisse être considéré comme une infraction au droit à la sûreté, encore faut-il que ce cumul revête un caractère arbitraire. C'est le cas lorsqu'il n'est pas prévu par la loi.

⁹³⁵ MONTESQUIEU, *op. cit.*, Livre VI, Chapitre 2, p. 310. C'est nous qui soulignons.

⁹³⁶ MONTESQUIEU, *op. cit.*, Livre XII, Chapitre II, p. 431.

⁹³⁷ Voir *supra*, p. 356.

⁹³⁸ F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 67-69, p. 67, première phrase de l'article.

⁹³⁹ B. MATHIEU, « Constitution et sécurité juridique – France », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XV-1999, p. 155-192, spéc. p. 166 (l'auteur ajoute qu'« *il est possible de considérer que [l'art. 2 et 7 de la DDH et l'art. 66 de la Constitution] confèrent valeur constitutionnelle au principe de sécurité juridique en matière répressive* ». Notons également que le rapport du Conseil d'Etat sur la sécurité juridique commence par la phrase : « *L'article 2 de la DDH fait de la sûreté "un droit naturel et imprescriptible" du citoyen* », *Rapport public du Conseil d'Etat pour 1991*, Paris, La documentation française, Etudes et documents n° 43, 1992.

B. La protection contre le cumul des poursuites non prévus par la loi

418. En explicitant la notion de sûreté, nous avons vu que celle-ci se caractérise par l'absence d'arbitraire⁹⁴⁰, ce dernier pouvant être défini comme ce qui dépend du seul bon plaisir, du caprice et qui s'affranchit du souci d'observation de règles⁹⁴¹.

La meilleure garantie qu'inventèrent les penseurs du XVIII^{ème} siècle contre l'arbitraire, cible essentielle de leur combat, est, en ce qui concerne la répression, le principe de la légalité des délits et des peines⁹⁴². Le génie de Beccaria, stimulé par Montesquieu⁹⁴³ et aussitôt reconnu par Voltaire⁹⁴⁴, peut être résumé à ces quelques mots, que l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 fit siens. Le premier aspect du principe, la légalité des délits – ou, plus généralement, des incriminations –, selon lequel tout individu ne peut être condamné qu'en vertu d'une incrimination prévue par la loi au moment de la commission des faits, retiendra plus particulièrement notre attention.

Lorsqu'un individu est poursuivi pour des faits matériels appréhendés une première fois sous l'incrimination A puis une nouvelle fois sous l'incrimination B, l'équivalent des qualifications (A + B) ne trouvant pas de traduction autonome dans l'ordre juridique, l'on peut se demander si l'opération de qualification juridique des faits sous les deux incriminations A *et* B est compatible avec le principe de légalité. Observées séparément, les deux poursuites sont tout à fait respectueuses de la légalité des incriminations. Mais si elle entraînent toutes les deux la condamnation – ce peut être le cas à chaque fois que la seconde autorité n'exerce pas la même compétence que la première, donc statue par hypothèse à propos d'incriminations différentes –, alors la personne poursuivie se retrouve condamnée pour les incriminations A *et* B bien que

⁹⁴⁰ L'idée de protection contre l'arbitraire est nettement mise en évidence par F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 398 ; du même auteur : « Garantir la sûreté, c'est protéger l'homme contre l'arbitraire », in « Préambule », *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, dir. F. Luchaire et G. Conac, Paris, Economica, 1987, 2^{ème} éd., p. 87-103, spéc. p. 91.

⁹⁴¹ *Le Petit Robert*, v^o arbitraire.

⁹⁴² R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, numéro spécial « Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ? », p. 106-129, spéc. p. 106 : « *Le droit criminel, c'est ensuite le droit de la légalité, notamment celle des délits et des peines proclamée en 1789, seule à même d'assurer la sécurité juridique du sujet de droit* ».

⁹⁴³ Beccaria déclare dans l'introduction de son ouvrage « suivre les traces lumineuses de ce grand homme », *op. cit.*, p. 61.

⁹⁴⁴ Voir le *Commentaire sur le livre des Délits et des Peines* (de Beccaria) « par un avocat de province », in VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 237. Dans une lettre à Damilaville du 16 octobre 1765, Voltaire écrivait : « *Je commence à lire aujourd'hui le livre italien Des Délits et des Peines. A vue de pays, cela me paraît philosophique ; l'auteur est un frère* ».

la qualification juridique (A + B) ne soit pas prévue par la loi⁹⁴⁵. On le voit, le cumul des poursuites pour les mêmes faits peut aller jusqu'à porter atteinte au principe fondateur de notre droit pénal contemporain.

419. Mais il y a plus. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est précédé de l'article 7, qui n'est pas en reste au regard du principe de légalité. Aux termes de cette disposition, « *nul ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* ». L'on peut voir dans les termes « *nul ne peut être accusé (...) que dans les cas déterminés par la loi* », un principe de « légalité des accusations », que l'on pourrait encore nommer « principe de légalité des poursuites » si cela ne prêtait pas à confusion avec le principe bien connu selon lequel la commission de toute infraction impose aux autorités répressives de poursuivre l'auteur des faits – par opposition au principe d'opportunité des poursuites. Qu'on nous l'accorde : nul besoin d'un grand effort d'exégèse pour tirer de l'article 7 de la Déclaration de 1789 le principe selon lequel une accusation – ou une poursuite – ne peut avoir lieu que si elle est prévue par la loi⁹⁴⁶.

Or, si la poursuite de faits délictueux doit indubitablement être considérée comme prévue par la loi du simple fait de l'existence d'une incrimination à même d'appréhender pénalement ces faits, l'existence de plusieurs incriminations permettant la répression des faits litigieux ne signifie pas *ispo facto* que la loi a prévu, ne serait-ce qu'implicitement, que ces différentes incriminations puissent être appliquées l'une après l'autre, au cours de poursuites successives. Et pour cause : l'on ne saurait soupçonner le législateur d'avoir voulu assortir l'existence de plusieurs qualifications juridiques théoriquement envisageables pour des faits matériels d'un cumul concret d'actions répressives – ou même d'en avoir accepté l'idée. En d'autres termes, si le phénomène de l'« inflation législative » souvent dénoncé par la doctrine⁹⁴⁷ existe, l'on ne saurait affirmer qu'il a vocation à engendrer le cumul d'actions répressives. Bien plus, l'« inflation législative » s'explique par le souci de l'organe souverain de créer des incriminations qui soient le mieux adaptées possible à l'ingéniosité des délinquants.

⁹⁴⁵ Ce raisonnement est emprunté à M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 91 (il est utilisé par ces auteurs à propos du cumul des sanctions issu du cumul des poursuites, pour montrer qu'il porte atteinte au principe de légalité des peines).

⁹⁴⁶ En ce sens R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, *op. cit.*, p. 107 : « *Il est aujourd'hui bien connu que le principe de la légalité criminelle signifie triplement : ni infraction, ni peine, ni procédure sans loi* », c'est nous qui soulignons.

⁹⁴⁷ Voir notamment F. DEBOVE, « L'overdose législative », *Droit pénal*, oct. 2004, p. 6-8 ; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, p. 56-71 (paragraphe intitulé « les infractions se multiplient »).

Du reste, si à un seul acte matériel délictueux, plusieurs poursuites répressives pouvaient s'attaquer, non pas en application de règles prévoyant ce cumul mais en raison du seul bon vouloir des autorités étatiques qui, dans leur fonction législative, ont créé plusieurs qualifications juridiques permettant l'appréhension juridique des faits et, dans leur fonction judiciaire, utilisent une ou plusieurs de ces qualifications au gré des circonstances, ne serions-nous pas en présence d'un archétype d'arbitraire ?

Un auteur s'est déjà indigné qu'un accusé « *puisse subir une série d'épreuves différentes devant des juridictions successives, tant que le fait, à raison duquel il est poursuivi, n'a pas été dépouillé de toutes les qualifications dont peut le gratifier l'ingénieuse et subtile érudition du juriste* »⁹⁴⁸. De façon évidente, il apparaît que la désorganisation du droit positif quant au nombre de poursuites répressives envisageables pour un fait matériel unique heurte le droit à la sûreté sous la compréhension généreuse qu'en donnèrent les rédacteurs de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

L'on pourrait certes objecter au raisonnement qui précède que, pour qu'un cumul des poursuites pour les mêmes faits ne heurte pas l'article 7 de la Déclaration de 1789, il suffit qu'il soit prévu par la loi. C'est ici précisément que le principe d'unicité d'action répressive prend tout son intérêt. En effet, si l'ensemble du droit répressif était gouverné par l'exigence d'unicité d'action répressive par action délictueuse, même le législateur ne pourrait plus se prêter au jeu du cumul des poursuites aux dépens de l'individu.

420. Revenons sur la consécration de la règle *ne bis in idem* en tant que droit de l'homme à la fin du XVIII^{ème} siècle. Il semble qu'elle puisse s'expliquer comme suit : la règle *ne bis in idem*, en interdisant le renouvellement intempestif des poursuites pour les mêmes faits, concrétisait une valeur fondamentale de la philosophie des Lumières, la sûreté, comprise comme la garantie de l'individu contre l'arbitraire de la répression. En permettant à l'individu de se défendre contre un aspect particulier de l'arbitraire de l'Etat, la multiplication des poursuites répressives pour les mêmes faits, la règle *ne bis in idem* constituait même un excellent instrument de mise en œuvre de la sûreté. Il n'est alors nullement surprenant qu'il apparaisse très aisé de fonder le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits sur la sûreté.

⁹⁴⁸ R. COMBALDIEU, *op. cit.*, (dernière phrase de l'article).

421. D'ailleurs, le recours à la sûreté comme fondement théorique du principe d'unicité d'action répressive ne heurterait pas, dans son principe, les convictions de la doctrine allemande. En effet, malgré la clarté de la logique constitutionnelle allemande qui rattache la règle *ne bis in idem* à la dignité de l'être humain⁹⁴⁹, les commentateurs de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale évoquent quasiment tous le souci de protection de la liberté individuelle de l'interdiction du cumul des poursuites contre la même personne pour les mêmes faits⁹⁵⁰. De fait, dès lors que le justiciable peut en permanence être à nouveau poursuivi pour des faits dont il a déjà répondu devant la justice, il perd nécessairement un peu de sa liberté.

Certes, la notion de sûreté en tant que telle est peu connue des juristes allemands. Mais l'on sait à quel point les notions de sûreté et de liberté sont proches. Or, le rattachement du principe d'unicité d'action répressive à la liberté individuelle est tout à fait seyant. Et l'affirmer pour le droit allemand paraît d'autant plus pertinent que la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* au milieu du XIX^{ème} siècle par les lois particulières allemandes est en partie due à l'influence française⁹⁵¹.

422. Conçue comme le faisaient les révolutionnaires, la sûreté constituerait donc certainement un fondement pertinent pour le principe d'unicité d'action répressive. Cependant, la sûreté d'aujourd'hui n'est plus celle de la fin du XVIII^{ème} siècle. Elle est rétrécie à la protection de la seule sécurité physique.

⁹⁴⁹ Voir *infra*, p. 378.

⁹⁵⁰ B. PIEROTH et B. SCHLINK, *op. cit.*, n° 1101, (p. 277) ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 11 (p. 9). En revanche, dans une section pourtant spécifiquement consacrée aux rapports entre l'article 103 al. III et les autres normes constitutionnelles, G. NOLTE n'évoque ni l'article 2 ni l'article 104 consacrant la liberté individuelle, *op. cit.*, n° 229 et s. (p. 1430 et s.).

⁹⁵¹ Voir *supra*, p. 126.

§ 2 *Le rétrécissement actuel de la sûreté à la protection de la sécurité physique*

423. L'étroitesse de la définition de la sûreté généralement retenue de nos jours contraste fortement avec la compréhension qu'en avaient les auteurs de la Déclaration de 1789. Aujourd'hui, la doctrine française définit couramment la sûreté comme le droit à ne pas être arbitrairement arrêté ou détenu, c'est-à-dire à ne pas se voir arbitrairement privé d'une *partie seulement* de sa liberté, la liberté physique d'aller et venir⁹⁵². L'idée de protection de l'individu contre *toute* atteinte arbitraire de la part du système répressif est largement abandonnée⁹⁵³.

Quant au Conseil constitutionnel, s'il reconnaît bien la sûreté comme un droit de l'homme⁹⁵⁴, il ne l'a encore jamais utilisée pour protéger l'individu contre l'insécurité *juridique*⁹⁵⁵. C'est ainsi qu'au sein même du système juridique qui lui sert de berceau, le droit à la sûreté se voit rétréci au droit à la sûreté physique.

424. Les textes du XX^{ème} siècle relatifs aux droits de l'homme consacrent également la sûreté dans cette conception réduite à la protection de la liberté physique. Dans la Loi fondamentale allemande de 1949, l'article 2 alinéa 2, deuxième phrase dispose : « *La liberté de la personne est inviolable* »⁹⁵⁶. Cependant, la liberté ici consacrée n'est pas générale, mais concerne uniquement la liberté physique de se mouvoir (*körperliche Bewegungsfreiheit*)⁹⁵⁷. La preuve en est qu'elle peut être restreinte en vertu d'une loi⁹⁵⁸ et en application des prescriptions de

⁹⁵² Selon J. RIVERO : « *On classe souvent cette liberté fondamentale parmi les libertés de la personne physique, en raison de son aspect le plus voyant : la certitude, pour les citoyens, qu'ils ne feront pas l'objet, notamment de la part du pouvoir, de mesures arbitraires les privant de leur liberté matérielle, telles qu'arrestation ou détention* », *op. cit.*, tome 1, 8^{ème} éd., 1997, p. 28. Cette conception est notamment celle de : P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd. 2002, n° 413 et s. (p. 373 et s.) ; G. LEBRETON, qui retient une définition extrêmement étroite : « *Le droit à la sûreté est le droit de ne pas être détenu arbitrairement* », in *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, A. Colin, 6^{ème} éd., 2003, p. 361 ; D. THOMAS, « Le droit à la sûreté », in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2005, p. 325-350. La définition du *Vocabulaire juridique* est un peu plus large. Sont incluses dans les atteintes à la sûreté, outre les arrestations et les détentions arbitraires, les *peines* arbitraires (v° sûreté, p. 866).

⁹⁵³ Voir cependant J. RIVERO et F. LUCHAIRE, *infra*, p. 371.

⁹⁵⁴ Voir les explications de A. HEYMMAN-DOAT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1997, p. 134 et s.

⁹⁵⁵ F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », p. 67.

⁹⁵⁶ La traduction est tirée de l'ouvrage *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, Traduction en français revue et corrigée par Chr. Autexier, J.-F. Flauss, M. Fromont, C. Grewe, O. Jouanjan et P. Koenig, publication de l'office de presse et d'information du Gouvernement fédéral, Bonn, Kettler, 1998, p. 43.

⁹⁵⁷ Th. MAUNZ et R. ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, München, C.H. Beck, 30^{ème} éd., 1998, § 24 III, p. 183-184 ; B. PIEROTH et B. SCHLINK, *op. cit.*, n° 413 (p. 96).

⁹⁵⁸ Art. 2, al. 2, 3^{ème} phrase de la Loi fondamentale.

l'article 104 de la Loi fondamentale, qui est relatif aux garanties juridiques en cas de *détention*. Quant à l'alinéa 1^{er} de l'article 2, il consacre le « *droit [de chacun] au libre épanouissement de sa personnalité* »⁹⁵⁹, qui n'entretient guère de rapport avec la notion de *sûreté*⁹⁶⁰.

L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, affirmant que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* », est également très net dans le sens de la réduction de la *sûreté* à son aspect physique. Après avoir consacré le droit à la liberté et à la *sûreté*, il n'évoque en effet que la privation de liberté physique. Il en va de même pour l'article 9 du Pacte international sur les droits civils et politiques qui, après avoir posé pour principe que « *tout individu a droit à la liberté et à la sécurité [employé ici comme synonyme de sûreté] de sa personne* », enchaîne immédiatement sur l'interdiction des arrestations et des détentions arbitraires. Enfin, dans la Charte sur les droits fondamentaux de l'Union européenne, la *sûreté* est uniquement évoquée à l'article 6 sous la formule laconique « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* ». Il faut considérer que cette disposition a le même sens et la même portée que l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁶¹.

425. L'on peut regretter cette conception étroite à plus d'un titre. Notons d'abord qu'en France, elle est *contra legem*. Rappelons qu'aux termes de l'article 7 de la Déclaration de 1789, « *nul ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* ». L'interdiction de l'accusation arbitraire, placée en première place et qui ne touche pas à la sécurité physique, y revêt une importance toute aussi grande que la prohibition de l'arrestation et de la détention arbitraires.

De façon générale, concevoir la *sûreté* réduite à sa composante relative à la liberté physique affaiblit considérablement la protection de la liberté imaginée par les philosophes des

⁹⁵⁹ La traduction est tirée de l'ouvrage *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, p. 43.

⁹⁶⁰ La jurisprudence considère que ce droit protège la « *liberté générale d'agir* » (*allgemeine Handlungsfreiheit*), qui consiste en « *un droit du citoyen de n'avoir à supporter de contrainte qu'en application de dispositions qui sont formellement et matériellement conformes à la Constitution* » (décision du 15 déc. 1970, *BVerfGE* vol. n° 42, p. 402 et s. spéc. p. 408) citée par B. PIEROTH et B. SCHLINK, *op. cit.*, n° 368 (p.84), que l'on peut encore identifier comme la « *liberté pour l'individu d'agir en fonction de ses propres décisions* » Th. MAUNZ et R. ZIPPELIUS, *op. cit.*, § 24 I 2, p. 178). Un auteur considère que le cumul des poursuites pour les mêmes faits porte atteinte au droit au libre épanouissement de la personnalité (O. LAGODNY, *Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen? Gutachten im Auftrag des Bundesministerium der Justiz*, Berlin, Mars 2001, p. 34 et s. ; du même auteur, « *Viele Strafgewalten und nur rein transnationales ne-bis-in-idem ?* » in *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel*, p. 253-267, spéc. p. 256 et s.). Cela dit, le fondement du droit au libre épanouissement de la personnalité n'est autre que la dignité humaine (B. PIEROTH et B. SCHLINK, *op. cit.*, n° 373 ; Th. MAUNZ et R. ZIPPELIUS, *op. cit.*, § 24 I 2, p. 179), sur laquelle nous reviendrons plus loin (voir *infra*, p. 371).

⁹⁶¹ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, p. 107.

Lumières. En effet, si la liberté consiste, une fois les restrictions tenant à l'adhésion au contrat social retranchées, en le droit de faire tout ce qui n'est pas prohibé par la loi et si la sûreté est l'instrument de mise en œuvre de la liberté⁹⁶², alors la sûreté doit permettre au citoyen de se défendre contre *toutes* les atteintes de la puissance publique entravant l'exercice des activités permises par la loi, qui ne sauraient s'arrêter à celle d'aller et venir. La protection octroyée au citoyen par la sûreté doit s'étendre à l'intégralité de la liberté. Aussi peut-on considérer avec M. Rivero que « *c'est restreindre la [sûreté] que de la réduire uniquement à son aspect le plus voyant – la protection contre les détentions arbitraires –* »⁹⁶³. En réalité, « *la notion de sûreté est plus large : au-delà même de la privation de liberté physique, elle condamne toute forme d'arbitraire de la répression. L'objet de la sûreté est donc la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir. Par là, elle constitue la protection avancée de toutes les autres libertés. Elle est la liberté fondamentale, qui garantit les autres* »⁹⁶⁴. M. Luchaire précise d'ailleurs que « *trop souvent, on a pensé que, par le mot sûreté, les hommes de la Révolution ne pensaient qu'à la protection des personnes et des biens. C'est une erreur : pour eux, la sûreté s'étendait à la protection des droits. L'article 10 de la déclaration girondine, l'article 8 de la déclaration jacobine le confirment expressément : protéger les droits, c'est bien assurer la sécurité juridique* »⁹⁶⁵.

Toutefois, l'état du droit positif étant ce qu'il est, la sûreté ne vise plus, aujourd'hui, que la protection de la sécurité physique...

426. En somme, l'analyse menée dans cette section montre que si la conception de la sûreté était, aujourd'hui et dans l'ensemble de l'Union européenne, celle qu'en avaient donné les révolutionnaires français du XVIII^{ème} siècle, elle constituerait une valeur idéale à laquelle rattacher le principe d'unicité d'action répressive. Mais en l'état du droit positif dans l'Union,

⁹⁶² Voir *supra*, p. 359.

⁹⁶³ J. RIVERO, *op. cit.*, tome 2, (6^{ème} éd., 1997), p. 21.

⁹⁶⁴ J. RIVERO, *op. cit.*, tome 1, (8^{ème} éd., 1997), p. 28. Voir également J. RIVERO et H. MOUTOUH, *op. cit.*, tome 2, PUF, Coll. Droit public, 7^{ème} éd., 2003, n° 37 (p. 45).

⁹⁶⁵ F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », p. 67. Cet auteur invite par ailleurs à la prudence à propos de la sûreté. En 1989, il terminait son article intitulé « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? » par la phrase suivante : « *Oui, décidément, la sûreté est une arme plus dangereuse encore que le sabre de Joseph Prudhomme* ». Cette mise en garde est principalement dirigée contre les compréhensions de la sûreté en tant que protection du citoyen *par* (et non pas *contre*) la puissance publique (p. 633), qui ne nous concernent pas puisque nous envisageons la sûreté comme instrument de protection de l'individu contre l'arbitraire de la répression. Mais se référant à cette dernière conception, F. Luchaire signale encore que la sûreté « *est un danger pour les progressistes puisqu'elle peut conduire à maintenir des situations juridiques existantes* » (p. 633). Néanmoins, il semble que l'auteur ait en vue non pas les situations juridiques fixées par la justice, mais par la loi ou les décisions administratives, qui doivent pouvoir être modifiées au gré de l'évolution socio-économique (lire p. 623 et s.).

la sûreté ne peut constituer un fondement juridique adéquat pour le principe d'unicité d'action répressive.

En revanche, la dignité humaine, valeur protectrice de l'individu apparue plus récemment dans la sphère juridique, est largement consacrée dans les textes fondamentaux européens, ce qui fait d'elle un fondement non pas seulement théorique, mais le fondement de droit positif du principe d'unicité d'action répressive dans l'Union européenne.

Section 2 La dignité humaine

427. Comme la sûreté comprise au sens large révolutionnaire, la dignité humaine constitue un fondement axiologique pertinent pour le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits (§ 1). Mais, contrairement à la sûreté qui, dans le droit positif de l'Union européenne, ne trouve de traduction juridique que dans son aspect protecteur de la liberté physique, la dignité humaine est une valeur pleinement consacrée juridiquement dans l'Union européenne (§ 2).

§ 1 ***La dignité humaine au fondement du principe d'unicité d'action répressive***

428. La dignité humaine est une notion extrêmement délicate à cerner⁹⁶⁶. Selon un auteur, il conviendrait même de s'abstenir de la définir, car l'on briserait par là son « *mystère* »⁹⁶⁷, sacré s'il est vrai qu'il la préserve de la banalisation et lui permet de conduire toujours à l'espérance⁹⁶⁸. Néanmoins, il semble désormais acquis que l'exigence de respect de la dignité humaine constitue un véritable principe juridique⁹⁶⁹, même en France où la doctrine juridique lui témoigne encore un certain scepticisme⁹⁷⁰. L'application du principe exige alors que l'on

⁹⁶⁶ R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC notent, à propos du « *droit à la dignité* », qu'il est un « *droit aussi considérable dans sa dimension symbolique que difficile à cerner dans sa dimension positive* », *op. cit.*, p. 128.

⁹⁶⁷ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Préface F. Sudre, Paris, La documentation française, 1999. L'auteur engage son étude en affirmant : « *La dignité humaine se présente (...) comme un mystère* » (p. 7) et la conclut en rappelant que « *la dignité humaine (...) échappe au droit. Il serait trop grave que ce dernier, imbu de son pouvoir, se charge de la définir et de décider qui en est détenteur, et qui ne l'est pas. La dignité de la personne garde son mystère, il convient de le préserver* » (p. 491). En sens opposé, M. DELMAS-MARTY, « *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain* », *RSC* 1994, p. 477-490, dernière phrase de l'article : « *Il devient donc plus que jamais nécessaire de préciser, par énumération ou par une définition, la notion de dignité, non seulement celle de la personne, mais aussi de la communauté humaine* ».

⁹⁶⁸ B. MAURER, *op. cit.*, p. 491.

⁹⁶⁹ Voir notamment : B. MAURER, *op. cit.*, p. 481 ; B. MATHIEU, « *La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?* », *D.* 1996, chron. p. 282 ; M.-L. PAVIA et Th. REVET, « *Avant-propos* », in *La dignité de la personne humaine*, dir. M.-L. Pavia et Th. Revet, Paris, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. V ; V. SAINT-JAMES, « *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français* », *D.* 1997, chron. p. 61 ; C. NEIRINCK, « *La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique* », in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Ch. Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 39-50 ; Ch. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « *Introduction* », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, dir. Ch. Girard et S. Hennette-Vauchez, Paris, PUF, 2005, p. 17.

⁹⁷⁰ F. BORELLA, « *Le concept de dignité de la personne humaine* », in *Ethique, droit et dignité de la personne*, p. 29-38 ; C. GIRAULT, *Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques*, Préface J. Francillon, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n^{os} 153, 164 et 165 (selon cet auteur, la vocation de la dignité est « *essentiellement éthique* ») ; V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal*

s'accorde, ne serait-ce que grossièrement, sur sa consistance⁹⁷¹, ou du moins sur les caractéristiques des actes susceptibles de lui porter atteinte. Aussi allons-nous d'abord tenter d'explicitier la notion de dignité (A), avant de montrer que le principe d'unicité d'action répressive n'est autre qu'une concrétisation du respect de la dignité (B).

A. La notion de dignité humaine

429. Pour cerner l'essence de la dignité humaine, il faut partir de la notion d'humanité, à laquelle se rapporte la dignité. Nous entendons ici l'humanité non pas comme l'ensemble des êtres humains, mais comme la caractéristique commune à tous ces êtres, qui les regroupent au sein de l'espèce humaine. En ce sens, l'humanité peut être définie comme « *la réunion symbolique de tous les hommes dans ce qu'ils ont de commun, à savoir leur qualité d'être humains. En d'autres termes, elle est ce qui permet la reconnaissance d'une appartenance à un même „genre“ : le genre humain* »⁹⁷². Quant à la dignité humaine, on a encore pu écrire qu'« *elle n'est autre que la qualité de cette appartenance* »⁹⁷³. Ainsi, la dignité humaine serait la marque de l'appartenance de l'homme à l'humanité. En raison de sa seule appartenance à l'humanité, l'homme est « digne » et il faut respecter sa dignité, au risque de s'en prendre à l'humanité elle-même. Ce commencement de définition semble rassembler la doctrine⁹⁷⁴.

La difficulté devient réelle lorsqu'il s'agit d'expliquer en quoi consiste cette marque. Il apparaît alors plus aisé de renverser la proposition, pour tenter de déterminer ce qui constitue une atteinte à la qualité d'appartenance de l'homme à l'humanité. La doctrine allemande, confrontée avant la doctrine française au problème de la définition de la dignité humaine en raison de son inscription en tête de la Loi fondamentale en 1949, a utilisé la métaphore pour expliciter l'atteinte à la dignité de l'être humain (*die Würde des Menschen*). Elle se fonda sur

constitutionnel espagnol, Préface D. Rousseau, Paris, LGDJ, 2004 : « *le principe de dignité, tel qu'il est utilisé par les ordres juridiques espagnol et français, (...) est tout simplement parfois inutile* » (dernière phrase de la thèse).

⁹⁷¹ L'utilisation d'un principe dont les contours ne sont pas correctement établis peut avoir des conséquences fatales : voir à propos de la dignité les mises en garde d'O. CAYLA, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde* du 31 janvier 2003 et de C. NEIRINCK, *op. cit.*, sur les dangers d'une mauvaise utilisation du concept.

⁹⁷² B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, chron. p. 185-188, n° 10.

⁹⁷³ B. EDELMAN, *op. cit.*, n° 11.

⁹⁷⁴ En ce sens également, O. CAYLA, « Le droit de se plaindre, Analyse du cas (et de l'anti-cas Perruche) », in *Du droit de ne pas naître, A propos de l'affaire Perruche*, O. Cayla et Y. Thomas, Mayenne, Gallimard, 2002, p. 21-87, spéc. p. 48 ; M.-L. PAVIA, « La découverte de la dignité de la personne humaine », in *La dignité de la personne humaine, op. cit.*, p. 3-23, p. 16 ; Selon M. DELMAS-MARTY, l'humanité se caractérise par la « *singularité* » et « *l'égle appartenance* » à l'espèce humaine, in « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *op. cit.*, p. 489-490.

la philosophie morale de Kant, pour qui l'être humain existe en tant que but en soi, et ne peut, par conséquent, être utilisé uniquement en tant que moyen⁹⁷⁵. Il en résulta une formule célèbre, parfois visée par la doctrine française⁹⁷⁶, selon laquelle la dignité de l'être humain implique que celui-ci « *ne soit pas réduit à l'état de simple objet de la puissance publique* ». Notamment, il ne peut être « *rabaissé à un simple moyen pour la collectivité, à un simple outil ou à un objet d'une procédure dénué de droits* »⁹⁷⁷.

Certes, la formule manque de précision et, comme le soulignent elles-mêmes la Cour constitutionnelle fédérale et la doctrine, elle ne peut suffire pour caractériser les atteintes à la dignité : « *l'être humain n'est pas rarement un simple objet non seulement des rapports et du développement de la société, mais aussi du droit, dans la mesure où il doit s'y conformer sans considération de ses intérêts. On ne peut voir en cela qu'une violation de la dignité de l'être humain* »⁹⁷⁸. Aussi les juges doivent-ils vérifier si l'individu se prétendant victime d'une atteinte à sa dignité « *a été soumis à un traitement qui remet par principe sa qualité de sujet en question, ou [si], dans le cas concret, le traitement consiste en un mépris arbitraire de la dignité de l'être humain* », c'est-à-dire au mépris de « *la valeur qui lui revient par son état de personne* »⁹⁷⁹ – en d'autres termes, par son appartenance à l'humanité. On le voit, les tentatives de précision de l'atteinte à la dignité ne sont pas des plus fructueuses : elles en reviennent au problème de l'identification de ce qui caractérise l'appartenance de l'homme à l'humanité, le fameux « *mystère* ». Néanmoins, le critère de l'arbitraire du traitement infligé à

⁹⁷⁵ I. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Trad. V. Delbos revue par A. Philonenko, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1980, p. 112 et s. ; voir également A. LALANDE, *op. cit.*, p. 236 : « *On désigne sous [le nom de dignité] le principe moral énonçant que la personne humaine ne doit jamais être traité seulement comme un moyen, mais comme une fin en soi ; autrement dit que l'homme ne doit jamais être employé comme un moyen sans tenir compte de ce qu'il est en même temps une fin en soi* ».

⁹⁷⁶ C. GIRAULT, *op. cit.*, n° 155 ; V. GIMENO-CABRERA, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁷⁷ Voir les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale suivantes : 8 janv. 1959, *BVerfGE* vol. n° 9, p. 89 et s., spéc. p. 95 (la Cour juge qu'il découle de la dignité humaine que l'individu soit entendu par le tribunal qui va le juger ; sinon, l'individu n'est qu'un « *objet de la décision juridictionnelle* ») ; 16 juil. 1969, *BVerfGE* vol. n° 27, p. 1 et s., spéc. p. 6 ; 9 juin 1970, *BVerfGE* vol. n° 28, p. 386 et s., spéc. p. 391 ; 21 juin 1977, *BVerfGE* vol. n° 45, p. 187 et s., spéc. p. 228 ; 17 janv. 1979, *BVerfGE* vol. n° 50, p. 166 et s., p. 175. La Cour européenne des droits de l'homme utilise également la « formule de l'objet », arrêt Tyrer c. RU, 25 avril 1978, Série A 26, § 33. Ch. STARCK, « Art. 1 »), in *Bonner Grundgesetz Kommentar* (H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck), Vol. 1, München, F. Vahlen, 4^{ème} éd., 2001, p. 30-187, n° 13 ; M. HERDEGEN, « Art. 1 », in *Kommentar zum Grundgesetz* (Maunz – Dürig), München, C.H. Beck, 2004, n° 33 ; G. ROBBERS, « Art. 1 » in *Grundgesetz Mitarbeiterkommentar*, dir. D.-C. Umbach et Th. Clemens, Heidelberg, C.F. Müller, 2002, n° 9 ; B. SCHMIDT-BLEIBTREU et F. KLEIN, « Art. 1 », *Kommentar zum Grundgesetz*, Neuwied und Kriftel, Luchterhand, 1999, n° 1. T. GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p. 31 et s. Pour une analyse en langue française, voir B. MAURER, *op. cit.*, p. 125 et s.

⁹⁷⁸ Décision du 15 déc. 1970, *BVerfGE* vol. n° 30, p. 1 et s., spéc. p. 25.

⁹⁷⁹ Décision du 15 déc. 1970, précitée, p. 26 ; Ch. STARCK, *op. cit.*, n° 13 ; M. HERDEGEN, *op. cit.*, n° 34 ; T. GEDDERT-STEINACHER, *op. cit.*, p. 45 et s.

l'individu, souvent invoqué pour repérer l'entorse à sa dignité⁹⁸⁰, est intéressant. Il rappelle l'objectif de la consécration du droit à la sûreté au XVIII^{ème} siècle, qui n'était autre que de lutter contre la soumission de l'individu à l'arbitraire.

430. En outre, la doctrine allemande a dégagé, de façon positive, les grandes lignes de ce à quoi la dignité de l'être humain oblige en tout état de cause. En premier lieu, la dignité implique la priorité de l'être humain sur l'Etat (*Vorrang des Menschen vor dem Staat*) et, par conséquent, la primauté des intérêts du premier sur ceux du second⁹⁸¹. L'Etat est là pour l'individu et non le contraire⁹⁸². En second lieu, la dignité découlant du postulat que l'être humain est « *un but en soi* »⁹⁸³, la garantie de sa dignité impose de lui préserver la possibilité de décider lui-même ce qui est bon pour lui. Dans une formule prégnante, la doctrine insiste sur le fait que « *la dignité implique l'autodétermination* » (*zur Würde gehört Selbstbestimmung*)⁹⁸⁴. La dignité de l'être humain nécessite donc sa *liberté*. Par conséquent, la protection de la dignité opère contre les intrusions de l'Etat ou des tiers à l'encontre de l'individu, mais ne saurait obliger ce dernier à un quelconque comportement ou à une abstention sous prétexte de préserver sa propre dignité. Car la dignité que l'on protégerait alors ne serait plus la dignité de l'être humain – que celui-ci tire de son appartenance à l'humanité –, mais la dignité de l'humanité tout entière. En cela, on accorderait la priorité à l'intérêt de la collectivité sur l'intérêt de l'individu, ce contre quoi la garantie de la dignité humaine a précisément pour but de lutter⁹⁸⁵.

Cette précision est extrêmement importante, car elle permet d'écarter une utilisation de la notion de dignité humaine pratiquée par la jurisprudence française⁹⁸⁶ qui est à juste titre critiquée par une partie de la doctrine en ce qu'elle intervient pour imposer à quelqu'un d'agir – ou de ne pas agir – de telle ou telle manière pour respecter sa propre dignité⁹⁸⁷.

⁹⁸⁰ M. HERDEGEN, *op. cit.*, n° 31; G. ROBBERS, *op. cit.*, n° 14.

⁹⁸¹ Ch. STARCK, *op. cit.*, n° 1.

⁹⁸² Ch. STARCK, *op. cit.*, n° 11 ; T. GEDDERT-STEINACHER, *op. cit.*, p. 30.

⁹⁸³ KANT, *op. cit.*, p.112.

⁹⁸⁴ Ch. STARCK, *op. cit.*, n° 10 ; T. GEDDERT-STEINACHER, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁸⁵ Ch. STARCK, *op. cit.*, n° 10 et 36 ; M. HERDEGEN, *op. cit.*, n° 29.

⁹⁸⁶ Notamment dans le célèbre arrêt CE, 27 oct. 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et ville d'Aix-en-Provence, dit « du lancer de nain », *RFDA* 1995, p. 1204, concl. Frydman. ; parmi les nombreux commentaires, voir N. DEFFAINS, « Les autorités locales responsables du respect de la dignité humaine. Sur une jurisprudence contestable du Conseil d'Etat », *RTDH* 1996, p. 673-693 (l'arrêt et les conclusions du Commissaire du Gouvernement sont reproduits p. 657 et s.).

⁹⁸⁷ En d'autres termes, l'exigence de respect de la dignité humaine intervient ici dans la « relation de soi à soi ». Voir O. CAYLA, « Le droit de se plaindre, Analyse du cas (et de l'anti-cas Perruche) », p. 48 et s. ; voir également C. NEIRINCK, *op. cit.*, p. 46.

431. Qu'il s'agisse de préserver la priorité de l'individu sur l'Etat ou de garantir sa liberté, l'on comprend que l'élimination de l'arbitraire est une clé essentielle de la protection de sa dignité⁹⁸⁸. Car l'individu qui subit l'arbitraire de l'Etat n'a plus la priorité sur ce dernier, de même que celui qui subit toute autre sorte d'arbitraire se voit nécessairement restreint dans sa liberté.

Le critère de l'arbitraire est déterminant pour déceler les atteintes potentielles à la dignité humaine en matière répressive comme dans tout autre domaine. La répression impliquant par hypothèse une intrusion de l'Etat auprès de l'individu suspecté d'avoir commis une infraction, et pouvant mener à une restriction de sa liberté, il est d'importance considérable que lors de son exercice, l'individu soit protégé de l'arbitraire. Sinon, très vite, il serait rabaissé au rang d'objet de la répression.

De nombreuses règles de droit pénal ont pour objectif d'écarter la réduction de l'individu à l'état d'objet de la répression. On citera pour exemples le principe selon lequel nul ne peut être condamné s'il n'est pas coupable, l'interdiction de l'automatisme des peines – où l'arbitraire atteint son paroxysme – ou encore l'obligation de permettre à l'individu de se réinsérer dans la société après avoir purgé sa peine. Le principe même de légalité, gouvernant l'ensemble du droit pénal, peut être considéré comme une expression de la considération de l'individu comme sujet et non comme objet du droit pénal. L'exigence de prévision claire et précise des délits et des peines a notamment pour but de permettre à l'individu de cerner l'interdit, afin qu'il sache avant d'agir ce qu'il n'a pas le droit de faire. S'il décide malgré tout de commettre une infraction, c'est en véritable sujet qu'il se verra punir, et non en simple objet n'ayant qu'à subir un droit répressif déterminé au gré du bon vouloir des juges au moment du jugement. Un tel droit répressif serait parfaitement arbitraire – et perdrait d'ailleurs toute efficacité préventive.

Quant à la procédure pénale, elle tend à maints égards à protéger l'individu contre une réduction à l'état d'objet de la répression⁹⁸⁹. Ainsi peuvent être analysées les règles accordant des droits aux suspects – avec, en première ligne, les droits de la défense –, celles qui

⁹⁸⁸ M. HERDEGEN, *op. cit.*, n° 31.

⁹⁸⁹ La doctrine admet qu'un procès pénal peut porter atteinte à la dignité. R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC évoquent ainsi la dignité « particulière de l'homme en procès ». Il ajoutent : « [o]r, de cette dignité-là, mise à mal parfois par la conduite de l'action publique, il n'est pas question dans le Code de procédure pénale [ces propos sont antérieurs à la loi du 15 juin 2000] (...) alors même que le respect de la dignité de la personne humaine soit animer le procès, depuis les premiers actes de l'enquête jusqu'à la phase finale de l'exécution des peines », *op. cit.*, p. 129.

imposent la loyauté de la procédure, ainsi que, bien entendu, les règles destinées à protéger la sphère intime de l'individu. Il reste à voir si, comme ces règles, l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits provient de l'exigence de respect de la dignité humaine.

B. La concrétisation de la dignité humaine par le principe d'unicité d'action répressive

432. Dans la première partie de cette étude, nous avons présenté la sécurité juridique individuelle en distinguant entre, d'une part, la garantie du maintien de la situation juridique de l'individu relativement aux faits ayant donné lieu à une décision répressive définitive et, d'autre part, la garantie pour l'individu qu'il ne subira pas de nouvelle action répressive pour des faits dont il a déjà répondu définitivement devant la justice. C'est le second aspect, la protection de l'individu dans sa personne contre l'exercice du pouvoir répressif, qui sera déterminant dans les développements qui vont suivre.

Façonné pour permettre à la règle *ne bis in idem* de garantir la sécurité juridique de l'individu, le principe d'unicité d'action répressive peut-il trouver son fondement dans la dignité humaine ? Autrement dit, le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits peut-il être considéré comme une mesure empreinte d'arbitraire, réduisant l'individu à l'état d'objet de la répression et portant ainsi atteinte à sa dignité ?

433. Il faut ici reprendre la distinction selon que le renouvellement des poursuites est effectué par la même autorité en vue de *remplacer* la décision répressive définitive malgré l'épuisement des voies de recours, ou qu'il est l'œuvre d'une autre autorité répressive, exerçant une compétence différente de celle qui s'est déjà prononcée, en vue de *compléter* la décision définitive existante⁹⁹⁰.

Dans le premier cas, l'on peut voir dans la réouverture du procès après qu'une décision définitive a été rendue l'expression d'un certain acharnement judiciaire – sauf si la réouverture est demandée par l'individu concerné par la décision. Certes, de nouvelles preuves auront pu surgir, changeant peut-être du tout au tout les termes de l'affaire. Du reste, ces charges étaient peut-être particulièrement difficiles à déceler, de sorte que l'on ne puisse reprocher aux autorités de poursuites de ne pas les avoir découvertes plus tôt. Néanmoins,

⁹⁹⁰ Voir *supra*, p. 132.

l'admission de la réouverture du procès dans ce type de situations laisse indubitablement primer les intérêts de la collectivité sur ceux de l'individu. Alors que le pouvoir répressif a déjà été exercé, on lui accorde une nouvelle occasion d'infliger sa sanction, au détriment de l'intérêt de l'individu à ne pas voir son sort remis en cause et à ne pas subir de nouvelle action répressive. L'on se trouve donc dans une situation typique de sacrifice de l'individu au profit de la collectivité, particulièrement propice à l'atteinte à la dignité humaine⁹⁹¹.

Mais pour que cette atteinte soit avérée, il faut encore que la réouverture du procès revête un caractère arbitraire. Dès lors que de nouvelles charges sont apportées à l'appui de la réouverture, elles lui confèrent certes une justification propre. N'étant pas purement gratuite, la réouverture échapperait à la qualification d'arbitraire. Néanmoins, toute nouvelle charge ne justifie pas que le litige trouve une résolution différente et le danger existe que l'invocation de charges nouvelles soit utilisée comme prétexte pour provoquer un nouvel examen de l'affaire malgré sa clôture par une décision définitive. Aussi le risque d'arbitraire n'est-il pas exclu. Par conséquent, un risque d'atteinte à la dignité humaine est présent.

434. Dans le second cas, où la nouvelle poursuite est effectuée par une autorité exerçant une compétence répressive distincte de la première, il apparaît assez nettement que ce renouvellement n'a lieu qu'en raison d'une question de répartition des compétences entre les différentes autorités investies du pouvoir répressif. Si deux autorités sont compétentes pour sanctionner le comportement d'un individu, par exemple une autorité pénale et une autorité administrative, alors deux actions répressives peuvent avoir lieu. Si trois autorités répressives sont à même de réprimer le comportement, par exemple trois autorités de nationalité différentes, alors trois poursuites peuvent avoir lieu. Si cinq autorités répressives sont compétentes, par exemple les autorités pénales de trois Etats de l'Union européenne ainsi que les autorités administratives de deux de ces Etats, alors cinq poursuites peuvent avoir lieu pour les mêmes faits. Du point de vue de l'individu qui devrait subir ces cumuls de répression, il y a là un arbitraire incontestable.

Plus précisément, cet arbitraire nous semble résider dans l'automaticité du déclenchement d'une action répressive, pour la simple raison que les faits commis entrent dans une

⁹⁹¹ Il serait erroné d'en appeler à l'intérêt de la victime à ce que le coupable soit puni pour argumenter que cette situation ne confronte que l'intérêt d'un particulier à celui d'un autre particulier. La répression n'est pas principalement l'affaire de la victime, même si celle-ci peut y trouver une reconnaissance ou un réconfort. La répression est exercée par l'Etat au nom de la société tout entière. En outre, la clôture définitive du procès pénal ne prive pas la victime de l'action lui permettant d'obtenir réparation de son préjudice.

qualification juridique à propos de laquelle l'autorité exerçant l'action est compétente, sans considération du fait que l'individu a déjà répondu des mêmes faits, devant une autre autorité répressive tout aussi compétente. Plus nettement que dans le cas de la réouverture du procès, pour lequel nous avons évoqué le *risque* d'atteinte à la dignité, l'individu est ici traité comme un objet de la répression.

435. La doctrine allemande a déjà établi le lien entre l'interdiction du cumul d'actions répressives et la protection de la dignité humaine⁹⁹². Selon les termes de Dürig, si l'individu déjà jugé devait compter avec la possibilité d'être traduit à nouveau en justice, « *le citoyen serait rabaissé à l'état d'objet de la puissance et de l'action publique* »⁹⁹³. Ce serait là la négation de sa dignité. Du reste, la systématique de la Loi fondamentale n'admet pas d'autre interprétation. La Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 s'ouvre par la proclamation des droits fondamentaux (*Grundrechte*) et, en son article premier, par la garantie de la protection de la dignité de l'être humain : « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger* (al. 1). *En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde* (al. 2) »⁹⁹⁴. Le deuxième alinéa exprime très nettement – « en conséquence » (« *darum* ») – que, de la nécessité de protéger dignité de l'être humain, découlent les autres droits fondamentaux⁹⁹⁵. Ainsi, le droit à la dignité de l'être humain gouverne toute la construction constitutionnelle allemande des droits fondamentaux⁹⁹⁶. Historiquement lié à la

⁹⁹² G. DÜRIG, *op. cit.*, n° 124 ; E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, n° 258 p. 4 ; G. NOLTE, *op. cit.*, n° 230, p. 1431 ; K. STERN, *op. cit.*, vol. III / 1, p. 651. Certains auteurs, en revanche, n'évoquent pas la protection de la dignité de l'être humain ; ils préfèrent relier l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits à la liberté individuelle, (H. RÜPING, « Art. 103 Abs. 3 », *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, vol. 8, 3^{ème} éd., 1990, n° 11 (p. 9) ; B. PIEROTH et B. SCHLINK, *op. cit.*, n° 1101, (p. 277).

⁹⁹³ G. DÜRIG, *op. cit.*, n° 124 (p. 50).

⁹⁹⁴ La traduction est tirée de l'ouvrage *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*. Texte original : « *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt* (al. 1). *Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt* (al. 2) », c'est nous qui soulignons.

⁹⁹⁵ Selon le texte précis de l'art. 1 al. 1, les droits inviolables et inaliénables reconnus en conséquence du respect de la dignité humaine sont des « droits de l'homme » (*Menschenrechte*) et non des droits fondamentaux (*Grundrechte*). Cela dit, les deux notions sont pratiquement identiques (*Creifelds Rechtswörterbuch*, v° Grundrecht, p. 603) et la règle *ne bis in idem* peut en tout état de cause être à la fois désignée comme un droit de l'homme ou un droit fondamental, G. NOLTE, *op. cit.*, n° 182. Sur le rattachement des droits fondamentaux au principe du respect de la dignité de l'être humain, I. STAFF, « Introduction » in, *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, p. 15-16 ; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung vol. III / 1, 1988, § 58 : *Die Menschenwürde als Fundament der Grundrechte*, voir également p. 33 et s.

⁹⁹⁶ Th. MAUNZ et R. ZIPPELIUS, *op. cit.*, § 23, p. 170 ; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 20^{ème} éd., 1995, n^{os} 116 et 117 (p. 55-56) ; K.-E. HAIN,

réaction salutaire contre l'horreur des humiliations infligées à la personne humaine par le régime nazi, cet élément clé de la compréhension de la systématique allemande des droits fondamentaux a pour conséquence de toujours ramener l'analyste de la garantie constitutionnelle des droits au fondement suprême de la dignité de l'être humain⁹⁹⁷. Pour sûr, cela contraste avec la conception française des droits fondamentaux⁹⁹⁸, plus prompte à rapporter les garanties particulières au droit à la liberté, héros de la Révolution de 1789. Comme il a été précisé plus haut, les droits fondamentaux allemands ne sont pas seulement les droits consacrés aux articles 1 à 20 du texte fondamental, mais aussi les « droits équivalents aux droits fondamentaux » (*grundrechtsgleiche Rechte*)⁹⁹⁹, parmi lesquels on trouve la règle *ne bis in idem* exprimée par l'article 103 alinéa 3. Ainsi, à suivre la structure logique du texte constitutionnel affirmée à l'article premier, l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits n'est autre, en tant que droit fondamental, qu'une concrétisation de la dignité de l'être humain.

436. Quant à la doctrine française, il faut constater qu'elle n'ignore pas complètement le lien entre la règle *ne bis in idem* et la dignité humaine. Plusieurs auteurs écrivent que le renouvellement des poursuites pour les mêmes faits est « inhumain »¹⁰⁰⁰. N'est-ce pas, indirectement, une manière de relier la règle à la dignité humaine ?

437. Nous sommes parfaitement consciente que la notion de dignité humaine est trop précieuse pour être galvaudée, et approuvons l'exigence d'un certain degré de gravité pour caractériser l'atteinte à la dignité humaine. D'ailleurs, nous ne prétendons pas que tout cumul d'action répressive pour les mêmes faits constitue, de façon systématique, une atteinte à la dignité de celui qui le subit. En revanche, il paraît fondé d'affirmer que, parce qu'elle constitue un rempart contre le risque de réduction de l'être humain à l'état d'objet de la répression, l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits met en œuvre la protection de la

« Art. 79 Abs. 3 », in *Bonner Grundgesetz – Kommentar*, dir. H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck, vol. n° 3 Verlag F. Vahlen, 4^{ème} éd., 2001, p. 1-142, n° 59 (p. 62): « La garantie de la dignité humaine constitue le principe directeur décisif pour l'ordre constitutionnel de la R.F.A. » ; T. GEDDERT-STEINACHER, *op. cit.*, p. 105 et s. ; voir également le résumé en français en quatrième de couverture.

⁹⁹⁷ Pour une analyse en langue française de la place du principe de dignité humaine en droit allemand, voir B. MAURER, *op. cit.*, p. 114 et s.

⁹⁹⁸ Voir notamment B. EDELMAN, *op. cit.*, n° 7 (p. 186) : « La liberté apparaît donc comme le concept fondateur des droits de l'homme, liberté « politique », c'est-à-dire liberté de l'homme dans la cité. Dans cette perspective, l'homme des droits de l'homme est l'individu idéalement libre, porté à la hauteur de l'exemplarité ».

⁹⁹⁹ Voir *supra*, p. 128.

¹⁰⁰⁰ Voir *supra*, p. 138 et s.

dignité humaine. En ce sens, la dignité humaine sous-tend bien le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits¹⁰⁰¹.

De surcroît, contrairement à la sûreté dans sa dimension protectrice de la sécurité juridique, la dignité humaine peut servir de valeur de rattachement dans l'ordre juridique au principe d'unicité d'action répressive car elle est consacrée de façon positive dans l'Union européenne.

§ 2 *La consécration juridique de la dignité humaine dans l'Union européenne*

438. La consécration juridique de la dignité humaine est double dans l'Union européenne. On l'observe en droit national (A) comme en droit européen (B).

A. La consécration en droit national

439. Depuis sa reconnaissance en tant que « *fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* » par le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la dignité humaine a été accueillie comme valeur suprême dans de nombreuses constitutions européennes. L'exemple de la Loi fondamentale allemande a déjà été mentionné¹⁰⁰², mais il est loin d'être isolé en Europe¹⁰⁰³. Certes, toutes les constitutions ne se réfèrent pas expressément à la dignité humaine. De surcroît, la formulation de l'exigence de respect de dignité humaine varie d'une disposition constitutionnelle à l'autre.

¹⁰⁰¹ R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, *op. cit.*, p. 129, à propos de l'influence croissante de l'exigence de respect de la dignité en procédure pénale : « *Il faut donc se féliciter de cette irrigation même souterraine du procès pénal lato sensu par la notion de dignité* ».

¹⁰⁰² Voir *supra*, p. 378.

¹⁰⁰³ Pour exemples, on peut citer les dispositions suivantes : art. 1 de la Loi fondamentale allemande : « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde* » ; art. 10.1 de la Constitution espagnole de 1978 : « *La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale* » ; art. 3 de la Constitution italienne : « *Tous les citoyens ont une même dignité sociale...* » ; art. 23 de la Constitution belge : « *Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine* » ; art. 2 de la Constitution grecque du 9 mai 1975 : « *Le respect et la protection de la valeur de la personne humaine constituent l'obligation primordiale de l'Etat* » ; art. 1^{er} de la Constitution portugaise : « *Le Portugal est une République souveraine fondée sur la dignité de la personne humaine...* » ; art. 2 de la Constitution suédoise : « *Les pouvoirs sont exercés conformément aux principes de la valeur égale de toutes les personnes et de la liberté et de la dignité des particuliers* » ; art. 54 al. 1 de la Constitution de la République de Hongrie : « *Dans la République de Hongrie toute personne a le droit inhérent à la vie et à la dignité humaine* ».

Il apparaît néanmoins que la dignité humaine est devenue un « *principe de base* » des droits européens des droits de l'homme¹⁰⁰⁴. La meilleure preuve en est que la mention de la dignité humaine dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la consécration du premier article de la Charte à la dignité humaine ne semble avoir suscité aucune difficulté lors des négociations en vue de l'adoption de la Charte¹⁰⁰⁵. Du reste, l'absence de consécration explicite de la dignité humaine dans le texte constitutionnel d'un Etat ne signifie pas que son ordre juridique le rejette, comme en témoigne l'exemple du droit français.

440. Au début des années 1970, M. Najarian engageait sa réflexion relative à la règle *ne bis in idem* par une référence au « *souci de respecter la dignité humaine* »¹⁰⁰⁶. Mais il n'est pas certain qu'à l'époque, ces mots aient été pensés pour avoir une véritable portée juridique. En effet, l'idée d'une protection juridique de la dignité humaine n'est apparue dans le discours doctrinal français que plus tard, au cours des années 1990¹⁰⁰⁷. Aussi la référence de M. Najarian nous semble-t-elle relever davantage de la rhétorique que du souci de fonder juridiquement l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits sur la dignité humaine.

Mais aujourd'hui, la dignité humaine a acquis une juridicité certaine en droit français¹⁰⁰⁸. Elle a été promue au sommet de la hiérarchie des normes par le Conseil constitutionnel, qui a consacré le « principe de sauvegarde de la dignité humaine » comme principe à valeur constitutionnelle d'abord dans le contexte des lois « bioéthique » en 1994¹⁰⁰⁹, puis dans

¹⁰⁰⁴ M.-L. PAVIA, *op. cit.*, p. 8 (l'auteur émet des réserves pour le droit français, que nous allons étudier de plus près) ; G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 87 ; F. MODERNE, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne », in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Actes des journées d'étude des 4 et 5 novembre 1999, dir. F. Sudre et H. Labayle, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2000, p. 35-84, spéc. p. 80. Pour une analyse approfondie de la reconnaissance du principe de la dignité humaine dans les droits nationaux européens, voir B. MAURER, *op. cit.*, p. 133 et s.

¹⁰⁰⁵ Voir le texte du préambule et de l'article 1^{er}, voir *infra*, p. 385 ; G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁰⁶ K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁰⁷ Ch. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « La dignité en 3D », in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, p. 216 ; Selon B. EDELMAN, la dignité humaine est même « un concept nouveau », *op. cit.*, voir la première phrase de l'article : « *En droit, la dignité est un concept nouveau : il vient à peine de naître. Non pas que le mot nous fut inconnu, (...), mais le concept ne s'était pas encore vraiment établi – à supposer, d'ailleurs, qu'il le soit* » (c'est B. Edelman qui souligne).

¹⁰⁰⁸ Voir *supra*, note 969.

¹⁰⁰⁹ Déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. n°s 2 et 18. Il existe une doctrine très abondante à propos de cette décision ; voir notamment M.-L. PAVIA, *op. cit.*, p.11 et s. ; M. GOBERT, « Rapport de synthèse » in *La dignité de la personne humaine*, p. 159-178, spéc. p. 163 et s.

d'autres domaines¹⁰¹⁰. Cependant, le Conseil constitutionnel n'a pas donné de définition de la dignité humaine. Il s'est contenté de mentionner certains éléments de son contenu par renvoi à des principes posés par le législateur¹⁰¹¹. Cela apparaît très nettement dans la décision du 27 juillet 1994 sur les « lois bioéthiques », où le Conseil affirme à propos de plusieurs principes législatifs comme la primauté de la personne humaine et le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie qu'ils « *tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »¹⁰¹².

441. La dignité humaine a également fait apparition dans le Code de procédure pénale français. L'article préliminaire, introduit dans le Code par la loi du 15 juin 2000, dispose en son troisième alinéa : « *Les mesures de contrainte dont [une personne suspectée ou poursuivie] peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne* »¹⁰¹³. Il semble tout à fait possible d'assimiler la personne déjà jugée et menacée de nouvelles poursuites pour les mêmes faits à la « *personne suspectée* », de voir dans le renouvellement des poursuites à l'encontre de cette personne son rabaissement à un simple *objet* de répression et, partant, de considérer que le principe d'unicité d'action répressive

¹⁰¹⁰ Déc. n° 94-359 DC du 19 janv. 1995, relative à la dignité de l'habitat, cons. n° 6 : « *Considérant qu'il ressort (...) du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » ; Déc. n° 96-377 DC du 16 juil. 1996 relative à la répression du terrorisme, cons. n° 11 : « *que les infractions telles que prévues par l'art. 21 de l'ordonnance du 2 nov. 1945 sont définies dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire ; que cette définition n'est pas de nature, en elle-même, à mettre en cause le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » (c'est nous qui soulignons) ; Déc. n° 98-403 DC du 29 juil. 1998 relative à la lutte contre les exclusions, cons. n° 3 : « *Considérant qu'il ressort (...) du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » ; Déc. n° 98-408 DC du 22 janv. 1999, relative à la Cour pénale internationale, cons. n° 8 : « *qu'il ressort (...) du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » ; Déc. n° 99-419 DC ; du 9 nov. 1999, relative au PACS : « *considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions relatives à la rupture unilatérale du pacte civil de solidarité ne sont contraires ni au principe de la dignité de la personne humaine, ni à aucun autre principe de valeur constitutionnelle* » ; Déc. n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, relative à l'IVG, cons. n° 5.

¹⁰¹¹ Ch. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « La dignité en 3D », p. 224.

¹⁰¹² Déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. n° 18.

¹⁰¹³ C'est nous qui soulignons.

trouve son fondement dans le souci de ne pas porter atteinte à la dignité telle qu'elle est envisagée à l'article préliminaire du Code de procédure pénale¹⁰¹⁴.

Pour l'heure, ni le Conseil constitutionnel ni la Cour de cassation ne semblent s'être fondés sur l'article préliminaire du Code de procédure pénale pour donner une portée juridique à la dignité humaine dans le contexte de la protection de l'individu contre le système répressif. Si le Conseil constitutionnel s'est déjà référé à la dignité humaine en matière répressive, c'est pour évoquer la gravité de certaines infractions pénales – dont il affirme qu'elles portent atteinte à la dignité – et légitimer ainsi certaines mesures de répression à leur rencontre¹⁰¹⁵. Quant à la Cour de cassation, elle se réfère encore peu à l'article préliminaire du Code de procédure pénale¹⁰¹⁶. A notre connaissance, elle n'a encore jamais visé dans sa jurisprudence l'exigence de respect de la dignité humaine en tant qu'élément de protection du justiciable contre l'exercice de la répression. Cela dit, l'article préliminaire du Code de procédure pénale n'en est qu'à son tout jeune âge et les juridictions françaises ont encore tout le loisir d'y puiser inspiration.

442. Enfin, un important courant doctrinal reconnaît désormais à la dignité humaine le rôle de « fondement des droits fondamentaux »¹⁰¹⁷, à moins que les auteurs ne préfèrent nuancer l'affirmation et le considérer comme un « principe matriciel »¹⁰¹⁸ ou un « principe

¹⁰¹⁴ Il est intéressant de constater que J.-F. RENUCCI, commentateur du Code de procédure pénale pour les éditions Dalloz (46^{ème} éd., 2005) intègre dans ses annotations la règle *ne bis in idem* (n° 80 et 81, p. 17) ; il n'est toutefois pas donné de rattachement précis aux termes de l'article préliminaire.

¹⁰¹⁵ Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, sur la conformité du statut de la Cour pénale internationale avec la Constitution, cons. n° 8 ; décision 2004-492 DC du 2 mars 2004, sur la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, cons. n° 16 : « *considérant que les infractions retenues par l'art. 706-73 [CPP] sont susceptibles, pour la plupart, de porter une atteinte grave à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes* ».

¹⁰¹⁶ Voir cependant Cass. crim. 6 janv. 2004 (cassation pour non respect du principe du contradictoire au visa de l'article préliminaire), *Droit pénal*, mai 2004, n° 74, note A. MARON.

¹⁰¹⁷ Voir notamment E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, n° spécial « Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? » p. 6-42, spéc. 32-34 ; J.-J. ISRAËL, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1998, p. 337 ; G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 87 ; V. GIMENO-CABRERA, *op. cit.*, p. 194 et s. ; Selon F. BORELLA, *op. cit.*, la dignité est un « *fondement non juridique de l'ordre juridique* », c'est-à-dire à la fois une « *principe axiomatique de l'ordre juridique* » et « *un postulat éthique* » ; M. BENCHIKH, « La dignité de la personne humaine en droit international », in *La dignité de la personne humaine*, p. 37-52, p. 38 : « *Dans la plupart des conventions internationales, la dignité de la personne humaine est affirmée, parfois de façon elliptique ou ambiguë, comme le fondement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (l'auteur discute également la question de savoir si la dignité humaine n'est qu'une source ou un véritable fondement des droits de l'homme, p. 41). T. MEINDL, *op. cit.*, p. 155 : « *Il ne fait aucun doute, dans les civilisations occidentales du moins, que le principe de dignité humaine constitue le fondement de l'ensemble du système politico-juridique* ». *Contra*, B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 186 : pour cet auteur, « *l'humanité se situe sur un autre plan que celui des droits de l'homme – sur le plan, a-t-on dit, d'un droit naturel supranational – et (...) la dignité, par voie de conséquence, échappe aussi à la sphère des droits de l'homme* ».

¹⁰¹⁸ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de principes matriciels », *D.* 1995, chron. p. 211-212.

d'intelligibilité»¹⁰¹⁹ des droits fondamentaux. Par ailleurs, il a été suggéré de reconnaître la dignité humaine comme « principe directeur » du procès pénal¹⁰²⁰.

443. En somme, même en France où la dignité humaine s'est imposée tardivement dans l'ordre juridique, le rattachement du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits à la dignité humaine comme principe à valeur juridique est envisageable. Mais la dignité humaine est également consacrée dans le droit positif de l'Union européenne.

B. La consécration en droit européen

444. Si la dignité humaine n'est pas expressément mentionnée dans la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰²¹, la Cour de Strasbourg n'hésite pas à s'y référer expressément¹⁰²². Quant à la Cour de justice des Communautés européennes, elle reconnaît explicitement le principe de respect de la dignité humaine comme principe général du droit¹⁰²³. La jurisprudence de ces deux cours permet donc en soi de conclure à la consécration juridique de la dignité humaine en droit européen.

Mais il faut encore mentionner l'importance consacrée à la dignité humaine par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1). Toutefois, la question de la valeur juridique de la Charte reste ouverte (2).

¹⁰¹⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2001, p. 133.

¹⁰²⁰ Voir les propositions de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, Paris, La Documentation française, 1991, p. 97 : « *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine doit être reconnu explicitement à toute personne impliquée, à quelque titre que ce soit, dans la procédure pénale. Il doit entraîner l'interdit absolu de la torture et tout traitement inhumain ou dégradant et peut être invoqué à tout moment de la procédure* » ; voir également R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰²¹ Le préambule de la Convention n'évoque pas la dignité humaine et l'article 3 de la Convention, dont on considère souvent qu'il la consacre indirectement, dispose simplement : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

¹⁰²² Voir notamment les arrêts CEDH *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janv. 1978 ; *Tomasi c. France* du 27 août 1992, *Bock c. R.F.A.* du 29 mars 1989, *S.W. c. R.U.* du 22 nov. 1995 ; *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002. Voir l'analyse de B. MAURER, *op. cit.*, p. 187 et s. ; voir encore L.-E. PETTITI, « La dignité de la personne humaine en droit européen », in *La dignité de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 53-66.

¹⁰²³ CJCE 30 avril 1996, aff. C-13/94, *P/S et Cornwall County Council* ; voir également l'analyse de B. MAURER, *op. cit.*, p. 182 et s.

1. La position centrale de la dignité humaine dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

445. Depuis l'existence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la reconnaissance de la dignité humaine comme valeur fondatrice du système juridique européen ne semble plus guère faire de doute. La dignité humaine trouve en effet dans la Charte une triple consécration.

Premièrement, la dignité humaine est mentionnée comme « *valeur indivisible et universelle sur laquelle se fonde l'Union* » dans le préambule de la Charte¹⁰²⁴.

Deuxièmement, la dignité humaine est consacrée comme le premier des droits fondamentaux, l'article 1^{er} de la Charte disposant : « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ».

Troisièmement, le constat que l'intitulé du premier chapitre de la Charte, consacrant les droits fondamentaux les plus importants¹⁰²⁵, n'est autre que « *Dignité* », est particulièrement intéressant. Il semble conforter l'idée selon laquelle la dignité humaine serait le fondement des droits fondamentaux¹⁰²⁶.

Toutefois, la valeur juridique de la Charte est encore incertaine.

¹⁰²⁴ Deuxième paragraphe du préambule : « *Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité* » ; voir également l'art. 2 du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, remis au Président du Conseil européen le 18 juillet 2003 : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que du respect des droits de l'Homme. Ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la tolérance, la justice, la solidarité et la non-discrimination* ».

¹⁰²⁵ Il s'agit de la dignité humaine (art. 1), du droit à la vie (art. 2), du droit à l'intégrité de la personne (art. 3), de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 4), de l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 5) Certains auteurs parlent encore du « noyau dur » des droits fondamentaux, J. RIVERO, « La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe – Rapport de synthèse », *RIDC* 1981, p. 659 et s., spéc. p. 664 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2003, n° 145, encore que l'unanimité ne règne pas sur le contenu exact de ce noyau dur.

¹⁰²⁶ Voir l'analyse de la doctrine, *supra*, p. 383.

2. La question de la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

446. Proclamée officiellement le 7 décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'est pas vue conférer à cette occasion de valeur juridique. La question de sa force juridique a, au contraire, été remise par le Conseil européen de Nice à une révision ultérieure des traités¹⁰²⁷. C'est ainsi le traité établissant une Constitution pour l'Europe a prévu, dans son article I-9, que « *l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux ...* ». Toutefois, l'entrée en vigueur de ce traité, qui est conditionnée par sa ratification par l'ensemble des Etats membres, est aujourd'hui pour le moins incertaine...

Pour l'heure, la Charte reste donc un instrument « *éminemment symbolique* »¹⁰²⁸, offrant toutefois aux institutions et aux juridictions européennes une « *grille de lecture* »¹⁰²⁹. Il faut remarquer qu'à ce titre, elle a été utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme « *pour moderniser l'interprétation de la Convention, comme hier celle-ci fut utilisée par la Cour de justice [des communautés européennes] pour élaborer de façon prétorienne un catalogue communautaire des droits fondamentaux* »¹⁰³⁰. Ainsi, la Charte peut également servir de repère pour notre réflexion. Pour ce qui est de la question de la consécration de la dignité humaine en droit européen, elle nous enseigne notamment que le courant doctrinal tendant à reconnaître la dignité comme fondement des droits fondamentaux est en voie d'être confirmé par le droit positif.

447. Ainsi, la dignité humaine n'est pas seulement un fondement axiologiquement pertinent pour le principe d'unicité d'action répressive. En tant que principe consacré juridiquement dans plusieurs Etats européens, utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes et en voie d'être reconnu juridiquement comme le fondement des fondamentaux, la dignité humaine peut également constituer le fondement de droit positif adéquat pour un principe européen d'unicité d'action répressive contre la même personne pour les mêmes faits.

¹⁰²⁷ Voir la déclaration n° 23 annexée au traité sur l'Union européenne tel qu'adopté à Nice.

¹⁰²⁸ L. BURGOGNE-LARSEN, note sous CE 5 janv. 2005, Mlle Desprez, M. Baillard, *AJDA* 2005, p. 845 et s., spéc. p. 848.

¹⁰²⁹ P. GAIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.F.D.C.*, n° 58, avril 2004, p. 227-246, spéc. p. 238.

¹⁰³⁰ L. BURGOGNE-LARSEN, *op. cit.*, p. 849, faisant référence à l'arrêt CEDH 11 juillet 2002, Goodwin c. Royaume-Uni.

Conclusion du chapitre

448. Conceptuellement, deux valeurs fondamentales sont à même de fonder juridiquement le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits : la sûreté individuelle, issue de la « première génération » des droits de l'homme à laquelle donna naissance la Révolution de 1789, et la dignité humaine, provenant de la « deuxième génération » des droits de l'homme datant de l'après 1945.

Il est particulièrement intéressant d'observer que les deux valeurs se rejoignent en ce qu'elles ont l'une comme l'autre vocation à protéger l'individu contre l'arbitraire de la répression. A bien y regarder, ce constat n'a rien d'étonnant puisque, destiné à mettre en œuvre la sécurité juridique, le principe d'unicité d'action répressive constitue un instrument d'évitement de l'arbitraire. Par conséquent, qu'on fonde l'unicité d'action répressive sur la sûreté individuelle ou sur la dignité humaine, l'essentiel réside dans la certitude qu'elle repose sur le souci fondamental de libérer le système répressif de l'arbitraire. Du reste, les valeurs non juridiques qui sous-tendent l'idée d'unicité d'action répressive comme la loyauté – ou l'équité –, la proportionnalité et la légitimité de la répression confirment l'analyse. De telle ou telle manière, chacune d'entre elles se propose en effet de faire reculer l'arbitraire.

449. Si, en raison de sa consécration dans la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789, la sûreté a une valeur juridique positive en droit français, et ce même dans sa conception large englobant la protection de l'individu dans sa sécurité juridique, elle apparaît comme une valeur quelque peu démodée dans les textes européens de protection des droits de l'homme postérieurs à la seconde guerre mondiale. En effet, ces derniers ne consacrent le droit à la sûreté qu'en relation avec la liberté physique d'aller et venir. Il semble, en quelque sorte, que la dignité humaine ait pris le relais de la sûreté en tant que valeur prédominante en matière de droits de l'homme.

Reconnu en tant que fondement des droits fondamentaux par la doctrine, comme principe sous-jacent des droits fondamentaux les plus essentiels et comme premier de ces mêmes droits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la dignité humaine surplombe désormais l'ensemble des droits protecteurs de l'individu en Europe. En cela, la Charte de l'Union européenne suit le modèle proposé par la Loi fondamentale allemande de 1949.

Ainsi, à l'échelle de l'Union européenne, seule la dignité humaine peut constituer la valeur juridique adéquate de rattachement du principe d'unicité d'action répressive, tandis que la sûreté n'en restera qu'un fondement théorique. Cependant, en droit français, le fondement de la sûreté reste tout à fait seyant.

450. Ce chapitre aura donc montré que le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits s'intègre parfaitement dans le système juridique européen. Fondé sur la dignité humaine, il en constitue un corollaire direct.

L'on s'en doute, ce rattachement à la valeur juridique protectrice de l'individu la plus haut placée dans l'ordre juridique ne peut rester sans effet sur le statut juridique du principe d'unicité d'action répressive et de son application, la règle *ne bis in idem*.

CHAPITRE 2 L'EFFET DE CES VALEURS SUR LE STATUT JURIDIQUE DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE

451. Ce chapitre est consacré au statut juridique du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits et de son application, la règle *ne bis in idem*. En d'autres termes, il s'agira de déterminer leur position dans la hiérarchie des normes.

Depuis le chapitre précédent, nous savons du principe d'unicité d'action répressive qu'il découle directement de la dignité humaine, fondement des droits fondamentaux. De là à affirmer que le principe d'unicité d'action répressive est une norme fondamentale ayant vocation à être consacré constitutionnellement, il ne semble y avoir qu'un pas. Pourtant, il faut prendre quelques précautions avant de le franchir.

En effet, le droit positif ne va pas toujours en ce sens. En France, la règle *ne bis in idem* ne figure pas dans le bloc de constitutionnalité. Elle n'a que valeur législative en cas de première poursuite pour crime grâce à l'article 368 du Code de procédure pénale, et infra-législative dans les autres domaines de la répression auxquels elle s'applique. Jusqu'à présent, le Conseil constitutionnel français s'est abstenu de lui conférer une valeur constitutionnelle¹⁰³¹. Il va donc falloir examiner si, contrairement à la réalité du droit positif, le principe d'unicité d'action répressive et la règle *ne bis in idem* devraient se voir reconnaître un statut constitutionnel. Bien que l'analyse parte d'un état des lieux du droit français, les conclusions qui en découleront pourront concerner d'autres systèmes juridiques. Elles pourront notamment jaillir sur la question du statut juridique de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits en droit communautaire, qui semble ne pas avoir trouvé de solution définitive.

452. Pour savoir si un principe « mérite » consécration constitutionnelle, il semble possible de recourir au critère de la « fondamentalité »¹⁰³² du droit qu'il porte. Ainsi, par exemple, le principe de la présomption d'innocence « mérite » sa valeur constitutionnelle parce que le

¹⁰³¹ Voir *infra*, p. 410.

¹⁰³² Le terme est emprunté à E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France ».

droit qu'il porte, celui de ne pas être condamné quand on est innocent, est considéré comme fondamental. En somme, cela revient à dire que, dans la mesure où un principe est porteur d'un droit fondamental, il est admis à recevoir valeur constitutionnelle¹⁰³³.

Le droit porté par le principe d'unicité d'action répressive contre la même personne pour les mêmes faits n'est autre que « *le droit (de tout individu) à n'être poursuivi qu'une seule fois pour les mêmes faits* ». Certes, *de lege lata*, ce droit n'existe pas. Seule la règle permettant sa mise en œuvre, la règle *ne bis in idem*, est connue du droit positif mais, on le sait, elle est perçue comme un simple effet du principe de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, si nous parvenons à déterminer que l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits est un droit fondamental, nous aurons par là même démontré qu'elle est un droit. En outre, si le droit à l'unicité d'action répressive est fondamental, alors le principe qui le porte, le principe d'unicité d'action répressive – et l'application de ce principe, la règle *ne bis in idem* – pourront être promus au rang de principe et de règle à valeur constitutionnelle.

Ainsi, il convient de s'interroger sur la question de la fondamentalité du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits (section 1) avant d'envisager les conséquences de cette fondamentalité sur le statut juridique du principe d'unicité d'action répressive (section 2).

¹⁰³³ Une telle démarche implique, nous le verrons, à nous départir de la définition traditionnelle du droit fondamental comme un droit constitutionnellement garanti, qui est une définition essentiellement formelle (voir *infra*, p. 394). Les travaux de M. Picard, montrent qu'une telle démarche est possible : « [n]ous ne tiendrons pas la réalité juridique formelle pour l'expression ultime de la réalité juridique, car cette méthode s'avérerait en toute hypothèse bien désespérante sur ce sujet, tant la réalité paraît surprenante et même contradictoire. Au lieu de cela, nous allons supposer que cette réalité jouit effectivement d'une cohérence rationnellement saisissable, sans que celle-ci cependant s'exprime nécessairement de façon immédiate. Il nous faudra donc proposer une explication du fond même de la consistance de cette notion qui fasse ressortir les raisons pour lesquelles la catégorie des droits fondamentaux paraît, en droit positif, aussi hétéroclite et insaisissable : au lieu de déduire la fondamentalité de ce que le droit positif en révèle à l'examen, et de la réduire à cela, nous allons tenter de l'induire de ce qu'elle montre, c'est-à-dire de ses effets », in « L'émergence des droits fondamentaux en France », p. 8, c'est E. Picard qui souligne.

Section 1 La fundamentalité du droit à l'unicité d'action répressive

453. La question de savoir si un droit qui n'est pas considéré comme fondamental par l'ordre juridique positif devrait pourtant l'être, est ardue. Elle l'est d'autant plus si l'on s'efforce de se départir de la revendication purement politique pour privilégier l'argumentation juridique. Aussi faut-il d'abord comprendre comment il est possible d'identifier la fundamentalité d'un droit (§ 1) avant d'appliquer la méthode au droit à n'être poursuivi qu'une seule fois pour les mêmes faits (§ 2).

§ 1 L'identification de la fundamentalité d'un droit

454. La méthode la plus commode pour identifier la fundamentalité d'un droit serait sans aucun doute de s'en remettre à une définition matérielle du droit fondamental – c'est-à-dire une définition mettant en exergue ce qui constitue la fundamentalité d'un droit. A l'aune de cette définition, il ne resterait qu'à vérifier si le droit à l'unicité d'action répressive constitue un droit fondamental. Cependant, force est de constater qu'il n'existe pas de définition matérielle du droit fondamental (A). Il existe néanmoins des critères permettant d'identifier la fundamentalité d'un droit (B).

A. L'absence de définition matérielle du droit fondamental

455. En matière de droits fondamentaux, la tentation est grande de se tourner vers le droit allemand qui, par la place importante qu'il leur octroie et l'attention soutenue qu'il réserve à leur mise en œuvre, tient souvent lieu de référence.

Mais lorsqu'il s'agit de s'enquérir d'une définition matérielle des droits fondamentaux, l'effort est vain. D'une part, la Loi fondamentale ne donne pas de définition des droits fondamentaux. Elle semble simplement les considérer comme une expression des droits de

l'homme¹⁰³⁴, dont elle ne fait qu'affirmer qu'ils constituent « *la base de toute société humaine, de la paix et de la justice dans le monde* »¹⁰³⁵. D'autre part, la doctrine allemande s'est peu attardée à cerner ontologiquement les droits fondamentaux. Cela n'est en réalité guère surprenant : étant donnée la richesse de la Loi fondamentale et les larges possibilités d'interprétation données à la Cour constitutionnelle fédérale, notamment en raison de l'existence de nombreuses formes de saisine, il s'avère peu utile de réfléchir à la consécration de nouveaux droits. Ainsi, la question de la définition matérielle du droit fondamental perd de son utilité. Aussi la doctrine allemande s'est-elle plutôt intéressée à la manière d'interpréter les droits existants¹⁰³⁶, ce qui l'a amenée à s'interroger principalement sur la fonction des droits fondamentaux et, dans le prolongement de cette réflexion, sur leur nature¹⁰³⁷. Mais ces caractéristiques sont toujours explicitées à partir des droits consacrés par la Loi fondamentale.

En résumé, la définition allemande des droits fondamentaux reste essentiellement formelle. Les droits fondamentaux sont ceux que la Loi fondamentale définit comme tels¹⁰³⁸. Tout au plus, l'on peut y ajouter l'élément de la justiciabilité : les droits consacrés par la Loi fondamentale sont aussi fondamentaux en ce que leur mise en œuvre fait l'objet d'un contrôle juridictionnel¹⁰³⁹.

456. En France, où le terme de droit fondamental n'apparaît pas dans le bloc de constitutionnalité et n'est entré que depuis peu dans le vocabulaire juridique¹⁰⁴⁰, la doctrine s'est efforcée de cerner la notion¹⁰⁴¹. Bien des auteurs admettent qu'« *une sorte de flou*

¹⁰³⁴ Ch. STARCK, « Art. 1 », *Bonner Grundgesetz Kommentar*, n° 135 (l'auteur précise cependant que tous les fondamentaux ne trouvent pas leur fondement dans un droit de l'homme).

¹⁰³⁵ Art. 1 de la Loi fondamentale : « *La dignité de l'être humaine est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. En conséquence, le peuple allemande reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. (...)* ».

¹⁰³⁶ Ch. STARCK, « Art. 1 », in *Bonner Grundgesetz Kommentar*, n° 138 et s.

¹⁰³⁷ O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, numéro spécial « Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ? », p. 44-51 : l'auteur explique en tête de l'étude que les « *problèmes essentiels auxquels sont confrontées, depuis 1949, la littérature et la jurisprudence allemandes (...) touchent à la question des fonctions des droits fondamentaux* ».

¹⁰³⁸ Voir également nos développements précédents sur les droits équivalents aux droits fondamentaux (*grundrechtsgleiche Rechte*), *supra*, p. 128.

¹⁰³⁹ Ch. AUTEXIER, *op. cit.*, n° 109 (p. 117) : « *La caractéristique primordiale d'un droit fondamental est d'être justiciable. Un énoncé insusceptible d'être mis en œuvre par un juge provoque toujours la perplexité du juriste allemand qui n'y verra pas un droit fondamental mais au mieux une finalité assignée à l'action de l'Etat* » ; voir en ce sens la définition du *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° droit fondamental : « *Norme juridique, pouvant être énoncée dans une constitution (Loi fondamentale allemande) ou un traité international (Convention européenne des droits de l'homme), considérée comme intransgressible par une juridiction constitutionnelle* ». C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁴⁰ E. PICARD, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 544

¹⁰⁴¹ Voir notamment la thèse de T. MEINDL, *op. cit.* L'auteur conclut, d'une part, que la notion de droit fondamental définit elle-même une catégorie de droits et ne renvoie pas à une ou des catégorie(s) déjà

enveloppe la notion »¹⁰⁴². Il semble néanmoins possible de constater que l'on enseigne classiquement que sont fondamentaux les droits désignés comme tels par le droit positif, c'est-à-dire consacrés par la Constitution ou élevés au rang de droit fondamental par le juge constitutionnel¹⁰⁴³. Ainsi, selon M. Favoreu, « *les droits fondamentaux sont l'ensemble des droits et libertés reconnus aux personnes physiques comme aux personnes morales (...) en vertu de la Constitution mais aussi de textes internationaux et protégés tant contre le pouvoir exécutif que contre le pouvoir législatif par le juge constitutionnel (ou le juge international)* »¹⁰⁴⁴. De nature purement formelle – et largement inspirée du positivisme –¹⁰⁴⁵, cette définition rejoint la définition allemande.

existente(s), de sorte notamment que « *l'accès à la catégorie des droits fondamentaux est ouvert à toute génération de droits* » (p. 467). D'autre part, « *la notion de droit fondamental repose sur le principe de l'effectivité* » : aussi la notion de droit fondamental marque-elle « *une volonté de rupture avec l'abstraction, synonyme d'ineffectivité, des droits de l'homme* » et implique-t-elle que « *l'individu titulaire des droits peut directement les invoquer devant tout tribunal* » (p. 467). En d'autres termes, les droits fondamentaux sont nécessairement des droits subjectifs. La thèse de T. Meindl ne permet pas de dégager une définition matérielle du droit fondamental dans la mesure où l'auteur écarte de son étude la question de la teneur intrinsèque des droits fondamentaux. Pour lui, « *la définition de la notion de droit fondamental par son contenu est un échec* » et « *le choix de certains droits au détriment d'autres droits est (...) un choix purement politique et non juridique* » (p. 7) ; « *seuls des critères politiques, dans le sens de extra-juridiques, sont à l'origine de l'inclusion de certains droits seulement dans la catégorie des droits fondamentaux* » (p. 9). Voir également M.-L. PAVIA, « *Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental* », *Les Petites Affiches* 1994, n° 54, p. 6-13, qui propose la définition suivante de la notion de droit fondamental : « *Elle permet de particulariser un droit des droits fondamentaux et les régimes de ces derniers qui, dans une dynamique indivisible, est/sont un facteur d'ordre social et d'épanouissement personnel de l'homme* » (p. 13). Là encore, il ne s'agit pas d'une définition matérielle du droit fondamental.

¹⁰⁴² J. RIVERO, « *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe – Rapport de synthèse* », spéc. p. 664 ; F. SUDRE, *op. cit.*, n° 170 : l'auteur évoque « *l'imprécision du concept de „droits fondamentaux“* » ; E. PICARD, « *Droits fondamentaux* », p. 544 : « *La notion de „Droits fondamentaux“ constitue assurément une notion juridique, mais bien difficile à définir* » ; D. ROUSSEAU, « *Droits fondamentaux* », in *Dictionnaire de la Justice*, dir. L. Cadiet, Paris, PUF, 2004, p. 372 : l'auteur évoque le « *cauchemar* » à propos de la recherche du sens du vocable « *droits fondamentaux* ».

¹⁰⁴³ E. PICARD, « *L'émergence des droits fondamentaux en France* », p. 7 : « *Selon les règles de la méthode et de la logique juridiques classiques, les droits fondamentaux existent dès lors que le droit positif utilise l'expression* » ; « *Enfin, on peut identifier une troisième manière d'appréhender les droits fondamentaux. Celle-ci, assez répandue aujourd'hui sur ce sujet là, est de type systématique ou dogmatique. Elle consiste à postuler que, dans notre ordre juridique, le constitutionnel étant fondamental, les droits fondamentaux sont les droits constitutionnels* ».

¹⁰⁴⁴ L. FAVOREU, « *L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires* » *R.F.D.C.* 1990, p. 581-617, spéc. p. 588 ; voir également L. FAVOREU et al. : *Droit constitutionnel*, Dalloz Coll. Précis, Droit public, science politique, 2^{ème} éd., 1999, n° 1197 : « *Les droits et libertés fondamentaux désignent donc simplement les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus, ni moins* » ; C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1995, n° 107 : « *[Le terme de droits fondamentaux] désigne un ensemble de droits reconnus et garantis par des normes en général constitutionnelles à l'encontre de l'Etat et parfois même des personnes privées* » ; *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° *fondamental, droits fondamentaux* (p. 410) : « *Droits proclamés comme tels par diverses sources juridiques (...) dont la notion varie de l'une à l'autre et en doctrine (...)* » (si cette définition laisse en suspens la définition de la notion de droit fondamental, elle part tout de même bien du principe qu'est fondamental un droit consacré comme tel) ; pour une explicitation de cette définition, voir D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 373 (deuxième définition mentionnée : « *Droits fondamentaux, voir „Droits constitutionnels“* »). Les auteurs qui manipulent la notion de droit fondamental en matière répressive s'inspirent de cette définition : voir R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, *op. cit.*,

457. En vertu de cette définition, le principe d'unicité d'action répressive et la règle *ne bis in idem*, que le droit constitutionnel français n'a pas reconnu, ne seraient pas porteurs d'un droit fondamental. Nous ne pouvons évidemment nous en tenir à ce constat. D'une part, parce que l'objet de notre recherche est précisément d'examiner s'il *faudrait* reconnaître une valeur constitutionnelle au principe d'unicité d'action répressive et à la règle *ne bis in idem*. Comme nous faisons appel à la notion de *fondamentalité* dans le but d'apporter une réponse à cette question, nous ne pouvons nous en tenir à une définition de cette dernière qui dépende de la constitutionnalité du droit en question. Nous nous limiterions à une tautologie peu concluante. D'autre part, au-delà des contingences posées par cette recherche, il apparaît que la réduction de la définition du droit fondamental au droit constitutionnellement garanti est en soi insatisfaisante. Comme le souligne M. Picard, « *c'est la fondamentalité qui doit justifier le régime (et non pas l'inverse, car le régime ne justifie pas la fondamentalité : il ne fait qu'en découler)* »¹⁰⁴⁶. Le même auteur précise encore : « *les droits que consacre la constitution ne sont pas fondamentaux au motif que c'est la constitution qui les pose ; mais c'est parce que le constituant les a jugés fondamentaux qu'il les a garantis constitutionnellement, comme cela est on ne peut plus naturel, juste et légitime* »¹⁰⁴⁷. Or, le constituant est humain. L'on peut donc admettre qu'il ait « oublié » certains droits. En outre, le droit objectif constitutionnel est « *témoin de son époque* »¹⁰⁴⁸. Par conséquent, son contenu ne doit pas nécessairement rester figé *ad aeternam*.

458. Des auteurs ont tenté de se détacher de la définition formelle, affirmant que « *la fondamentalité d'un droit n'est pas liée à la norme qui le supporte, mais à l'importance reconnue à ce droit par la société et, juridiquement, par l'autorité qui l'édicte* »¹⁰⁴⁹.

Cette définition comporte deux critères. Le premier est celui de l'importance, qui n'étonne guère dans le cadre de la définition du droit *fondamental*. On le retrouve du reste chez de nombreux auteurs¹⁰⁵⁰. Si ce critère revêt un caractère matériel, il reste imprécis, et partant,

p. 106 ; S. GUINCHARD, « Le procès équitable, droit fondamental ? » *AJDA* 1998, numéro spécial précité, p. 191-208, spéc. p. 191.

¹⁰⁴⁵ Voir les explications d'E. PICARD, « Droits fondamentaux », p. 546 et s.

¹⁰⁴⁶ E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », p. 8 (c'est E. Picard qui souligne).

¹⁰⁴⁷ E. PICARD, « Droits fondamentaux », p. 546.

¹⁰⁴⁸ C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, n° 35 *in fine*.

¹⁰⁴⁹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 10-12, c'est nous qui soulignons.

¹⁰⁵⁰ Voir notamment : *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, v° droits fondamentaux : « Ensemble évolutif de droits considérés en raison de leur importance comme s'imposant au législateur et au pouvoir réglementaire ». E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », p. 8 : « On peut ainsi énoncer que les droits fondamentaux sont des droits assez essentiels pour fonder et déterminer, plus ou moins directement, les grandes

difficilement utilisable¹⁰⁵¹. Le second critère est greffé sur le premier. L'importance du droit est reconnue « *par la société et, juridiquement, par l'autorité qui l'édicte* ». En d'autres termes, cette importance s'exprime par le statut juridique qui est conféré au droit de par son édicition. On le voit, cette définition nous ramène au critère formel, à ceci près qu'il est envisagé par le prisme de l'importance.

Il semble qu'il faille partir de cette importance pour mieux cerner le droit fondamental. En effet, en l'absence d'une définition matérielle du droit fondamental, c'est la réponse – ou peut-être les réponses – à la question « en quoi ces droits sont-ils importants ? » qui doit permettre à notre recherche d'aboutir. Elle permettra en effet de dégager des critères d'identification de la fondamentalité.

B. Les critères d'identification de la fondamentalité d'un droit

459. Pour tenter d'identifier ce qui fait la fondamentalité d'un droit, l'on peut partir du principe simple qu'un droit est fondamental dès lors qu'il revêt une certaine importance. Mais encore faut-il préciser en quoi consiste cette importance. Or, il apparaît que celle-ci peut résider tant dans le rôle que joue le droit fondamental, que dans le contenu de ce droit. Quant au premier point, il revient à cerner la fondamentalité par la fonction que celle-ci présente pour le droit fondamental¹⁰⁵². Mais au-delà de ce critère fonctionnel d'identification de la fondamentalité (1), il faut continuer la recherche au sein du droit lui-même : est fondamental un droit dont le contenu renvoie à des valeurs fondamentales. Ici, enfin, nous atteignons un critère matériel de la fondamentalité (2).

*structures de l'ordre juridique (...) » ; p. 9 : « les droits fondamentaux se caractérisent par leur rôle, fondé lui-même sur l'importance reconnue à ces droits » ; J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 105 : l'auteur parle de droits « conçus comme „essentiels“ ».*

¹⁰⁵¹ Voir les développements de T. Meindl sur « [l]es limites du critère de l'importance du droit fondamental », *op. cit.*, p. 153 et s.

¹⁰⁵² Et non pas pour le juge, ce qui nous conduirait vers la théorie de la « fonctionnalité des droits fondamentaux » (l'expression est empruntée à E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », p. 34) selon laquelle, d'après D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 376, « l'expression „droit fondamental“ (...) relève de la rhétorique comme technique de persuasion prenant la forme d'un « méta argument » remplissant une fonction stratégique, celle de justifier la décision de faire prévaloir tel droit et, par ricochet, de „renforcer la légitimité et le pouvoir de l'institution qui l'utilise“ » (pour de plus amples explications, voir D. ROUSSEAU, *ibidem*, et l'auteur de cette théorie : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron. p. 323-329).

1. La fonction de la fundamentalité du droit

460. L'on peut considérer que la fundamentalité est conférée à certains droits dans la mesure où cette fundamentalité lui permet de préserver son importance, notamment vis-à-vis d'autres droits. La fundamentalité sert à faire prévaloir le droit qui en est revêtu contre d'autres prétentions. En quelque sorte, la fundamentalité est conférée à un droit parce qu'elle est utile à son rayonnement dans l'ordre juridique. Cet argument est défendu par M. Picard, selon qui « *les droits fondamentaux se caractérisent par leur rôle, fondé lui-même sur l'importance reconnue à ces droits : les droits fondamentaux sont tous ceux qui, apparaissant suffisamment essentiels au jurislatureur, s'avèrent susceptible de prévaloir contre telle autre prétention qui pourrait s'y opposer* »¹⁰⁵³.

Mais le critère de la fonction de la fundamentalité du droit se trouve également à la base de la définition proposée par Mme Delmas-Marty, qui s'inspire de la définition de Portalis des lois pénales¹⁰⁵⁴ : « *les libertés et droits fondamentaux sont moins une espèce particulière de droits que des bornes indiquant à tous et en tous domaines les limites à ne pas franchir, et parfois la direction où s'engager* »¹⁰⁵⁵. Les droits fondamentaux sont, ici encore, appréhendés par leur fonction.

En se servant de ce critère, l'on pourrait renverser la proposition et postuler que, dans la mesure où la fundamentalité serait utile à un droit, au sens où elle lui permettrait de prévaloir sur d'autres prétentions et de s'imposer dans le droit objectif pour servir de boussole aux acteurs juridiques, elle devrait lui être formellement reconnue. Par conséquent, le droit devrait se voir reconnaître valeur constitutionnelle.

461. Cependant, s'il enrichit certainement la discussion, ce critère fonctionnel n'est pas suffisant. Car si l'on reconnaît la fundamentalité à un droit pour qu'il s'impose aux autres ou pour qu'il trace des frontières ou une direction, c'est bien parce que l'on considère que ce droit possède un certain contenu dont il faut assurer le respect ou la mise en œuvre. L'on en

¹⁰⁵³ E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », p. 8 ; E. PICARD, « Droits fondamentaux », p. 549 ; voir également les explications de D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 374-375, selon qui cette conception revient notamment à dire qu'il n'existe pas « *en, soi, de droits fondamentaux, mais un principe de fundamentalité capable d'agir sur tous les droits (...) en transmettant à tel ou tel, selon les circonstances, sa fundamentalité, c'est-à-dire ce qui lui permettra, dans une situation particulière, de prévaloir* ».

¹⁰⁵⁴ « Les lois pénales sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres », Discours préliminaire au projet de Code civil, in *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p. 49, cité par M. DELMAS-MARTY, « Introduction », in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. M. Delmas-Marty et Cl. Lucas de Leyssac, Paris, Le Seuil, 2001, p. 9-33, note n° 3, p. 32.

¹⁰⁵⁵ M. DELMAS-MARTY, « Introduction », spéc. p. 10 et s.

arrive alors à l'importance intrinsèque du droit : l'importance que celui-ci possède en raison de son contenu. Et cela revient à s'interroger sur la « matière » du droit, celle que nous cherchions à cerner dès le début de ces développements. Or, irrémédiablement, l'approche matérielle du droit fondamental conduit à appréhender les valeurs qui le sous-tendent.

2. Les valeurs sous-tendant le droit

462. Chacun l'aura remarqué, les droits consacrés comme fondamentaux dans l'ordre juridique se rejoignent en ce qu'ils expriment des valeurs. Cette réalité ne peut être occultée dans le travail d'approche de la notion de droit fondamental.

En effet, il semble possible de dépasser ce constat et de postuler que l'expression de valeurs caractérise le droit fondamental, c'est-à-dire qu'elle est un élément de sa fundamentalité. Comme l'explique M. Rousseau dans l'une des cinq définitions qu'il recense du droit fondamental, « *un droit (...) est fondamental parce qu'il énonce une valeur à laquelle le constituant, le législateur, les Etats-parties à un traité, les juges, ont voulu accorder une prévalence* »¹⁰⁵⁶.

463. En matière civile et politique, les valeurs exprimées par les droits fondamentaux sont empreintes d'humanisme et de libéralisme. L'on sait en outre que, la dignité humaine constituant le fondement des droits fondamentaux¹⁰⁵⁷, ces derniers reposent sur la dignité humaine. C'est également la conclusion à laquelle aboutit M. Picard. L'auteur explique que « *[la] fundamentalité semble résider dans le sens fondamental que l'ordre juridique reconnaît [aux droits fondamentaux] dans leur contenu et dans leur portée. Ce sens fondamental tient simplement à ce qu'il les considère pour essentiels à l'humanité même de leurs titulaires* »¹⁰⁵⁸. Entre ce qui est « *essentiel à l'humanité* » des titulaires, c'est-à-dire des individus, et ce qui touche à leur dignité¹⁰⁵⁹, la parenté semble être établie. M. Picard poursuit

¹⁰⁵⁶ D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 375.

¹⁰⁵⁷ Voir *supra*, p. 381 ; F. SUDRE, *op. cit.*, n° 145 : l'auteur évoque le « noyau dur » des droits fondamentaux, le droit à ne pas être torturé ou traité de façon inhumaine ou dégradante, le droit à la vie, les libertés essentielles et la non réciprocité de la loi pénale en précisant : « ils expriment la valeur du respect de la dignité inhérente à la personne humaine.

¹⁰⁵⁸ E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », p. 29 ; « Droits fondamentaux », p. 548-549.

¹⁰⁵⁹ Sur le lien entre l'humanité de l'homme et sa dignité, voir *supra*, p. 372.

d'ailleurs la réflexion en affirmant que « *la fundamentalité des droits repose sur la „dignité de la personne“* »¹⁰⁶⁰.

Une fois acquis que les droits fondamentaux reposent sur la dignité humaine, peut-on établir la réciprocité et postuler que tout droit qui repose sur la dignité humaine est fondamental ? Il faut certes avoir présent à l'esprit que « *toutes les aspirations humaines ne peuvent pas constituer des droits et que tous les droits ne peuvent pas être fondamentaux* »¹⁰⁶¹ et, au-delà de cette mise en garde, se rappeler que la tendance est à l'utilisation très – trop ? – fréquente de la notion de dignité humaine, au risque de la galvauder. Cependant, il semble que le constat selon lequel les droits fondamentaux reposent sur la dignité humaine dissimule une réalité plus forte, et que la protection de la dignité humaine *caractérise* véritablement les droits fondamentaux. Par conséquent, nous pensons pouvoir affirmer que dès lors qu'un droit contribue directement à la protection de la dignité humaine, il doit être considéré comme fondamental. Car, au fond, respecter la dignité humaine, n'est-ce pas aussi conférer à la personne humaine les moyens utiles pour protéger sa propre dignité, c'est-à-dire consacrer comme fondamentaux les droits qui le lui permettent ?

Ainsi, en fait de critère matériel, nous retiendrons que la fundamentalité d'un droit tient à ce qu'il découle directement de la dignité humaine, ou encore à ce que sa mise en œuvre tend directement à la protection de la dignité humaine.

464. Pour résumer ces développements sur l'identification de la fundamentalité d'un droit, rappelons d'abord que le droit fondamental n'est pas nécessairement celui que l'ordre juridique désigne positivement comme tel. Même s'il déclare posséder la catégorie des droits fondamentaux et consacre expressément de nombreux droits, l'ordre juridique peut en avoir « oublié » certains. Ensuite, pour savoir si un droit non consacré comme fondamental par le droit positif est un droit « oublié », deux critères sont déterminants. Le premier est celui de la fonction du caractère fondamental du droit. Il revient à dire qu'un droit est fondamental lorsque cette fundamentalité, qui a pour effet de le propulser au sommet de la hiérarchie des normes, permet sa mise en œuvre. Le second porte sur le contenu du droit et permet d'affirmer qu'est fondamental un droit qui tend directement à la protection de la dignité humaine.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*, p. 34.

¹⁰⁶¹ E. PICARD, « Droits fondamentaux », p. 545.

A l'aune de ces deux critères de la fundamentalité, nous allons examiner si le droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits est, fondamentalement, un droit fondamental¹⁰⁶².

§ 2 *L'application pour le droit à l'unicité d'action répressive*

465. Il sera question, dans les développements qui vont suivre, d'étudier si l'on peut voir dans le « droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits » un droit fondamental. Pour cela, il faudra mettre l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits à l'épreuve des critères d'identification du droit fondamental.

Si le critère matériel de la protection de la dignité humaine par le droit a été relevé en dernier dans notre quête d'identification de la fundamentalité d'un droit, il n'en est pas moins primordial. Du reste, s'il s'avérait que le droit examiné ne peut être considéré comme fondamental du point de vue de son contenu, il serait inutile de se demander si sa consécration en tant que droit fondamental serait utile à sa prévalence sur d'autres prétentions. Il convient donc d'examiner d'abord la question de la fundamentalité intrinsèque du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits (A), puis d'envisager l'utilité de la reconnaissance de ce droit comme fondamental (B).

A. La fundamentalité intrinsèque du droit à l'unicité d'action répressive

466. Nous l'avons vu, la fundamentalité intrinsèque d'un droit peut être décelée en cela que sa mise en œuvre tend directement à la protection de la dignité humaine. Par ailleurs, de l'étude des valeurs sous-tendant l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, est ressorti le constat que, dans la mesure où cette unicité constitue un rempart contre le risque de rabaissement du justiciable à l'état d'objet de la répression, elle s'analyse comme une concrétisation de la dignité humaine¹⁰⁶³. De surcroît, lors de l'examen du lien entre l'idée d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits et la dignité, nous n'avons relevé aucun maillon intermédiaire. L'exigence d'unicité d'action répressive provient *directement* de celle de respect de la dignité humaine, si bien que sa mise en œuvre tend *directement* à la protection de la dignité humaine.

¹⁰⁶² La redondance est volontaire.

¹⁰⁶³ Voir *supra*, p. 376.

La conclusion est donc aisée : en ce qu'elle tend directement à la mise en œuvre de la protection de la dignité humaine, l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits répond au critère matériel de fondamentalité d'un droit. En d'autres termes, l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits constitue un droit matériellement fondamental.

467. L'analyse théorique peut être complétée d'une approche à caractère empirique. Celle-ci part de l'idée que, si effectivement, le droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits est matériellement fondamental, d'autres systèmes juridiques que le droit français en auront probablement pris acte. Par conséquent, ils auront donné corps à la fondamentalité matérielle du droit en lui octroyant une fondamentalité formelle, qui se traduit par la constitutionnalisation dudit droit. Ainsi, l'observation des constitutions étrangères peut être révélatrice de la fondamentalité matérielle du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits. Car si ce droit était consacré par nombre d'entre elles, cela renforcerait l'idée qu'il est intrinsèquement fondamental.

Un tour d'horizon des constitutions européennes permet de se rendre compte que le droit à l'unicité d'action répressive y est assez généralement accueilli, sous la forme de la consécration de la règle *ne bis in idem*. Il a déjà beaucoup été question de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande, qui est un premier exemple. L'on peut encore citer l'article 29 alinéa 5 de la Constitution portugaise, aux termes duquel « *nul ne peut être jugé plus d'une fois pour le même crime* ». Mais ce sont essentiellement les constitutions des dix nouveaux Etats membres de l'Union qui confortent l'affirmation selon laquelle le droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits est matériellement fondamental. En effet, sept des dix nouveaux Etats membres consacrent la règle *ne bis in idem* au niveau constitutionnel de la hiérarchie des normes. Il en va ainsi de la République tchèque¹⁰⁶⁴, de la Slovaquie¹⁰⁶⁵, de la Slovénie¹⁰⁶⁶, de l'Estonie¹⁰⁶⁷, de la Lituanie¹⁰⁶⁸, de Chypre¹⁰⁶⁹ et de Malte¹⁰⁷⁰. Seules la Hongrie, la Pologne et la Lettonie sont muettes sur le sujet¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁴ Art. 40 al. 5 de la Charte des droits fondamentaux et libertés fondamentales, qui a valeur constitutionnelle : « *Nul ne sera poursuivi en raison d'un acte pour lequel il a déjà été condamné par un jugement définitif ou acquitté. Ce principe n'exclut pas l'application des voies de recours extraordinaires conformément à la loi* ».

¹⁰⁶⁵ Art. 50 al. 5 de la Constitution de la République slovaque : « *Nul ne peut être poursuivi pénalement en raison d'un acte pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par un jugement définitif. Ce principe n'exclut pas l'application, conformément à la loi, de moyens de recours exceptionnels* ».

¹⁰⁶⁶ Art. 31 de la Constitution de la République de Slovénie : « *Nul ne peut être de nouveau condamné ou puni à cause d'un délit pour lequel la procédure pénale à son encontre a été suspendue par la force de la loi, ou pour lequel l'accusation à son encontre a été rejetée par la force de la loi, ou bien pour lequel il a été, par un jugement ayant force de loi, acquitté ou condamné* ».

468. De plus, l'absence de reconnaissance de la règle *ne bis in idem* par la Constitution elle-même dans un Etat ne signifie pas que la règle n'a pas de valeur constitutionnelle dans cet Etat. En Espagne, par exemple, le tribunal constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle à la règle *ne bis in idem*¹⁰⁷² bien que celle-ci ne figure pas dans le texte de la Constitution espagnole.

469. Par ailleurs, il faut mentionner le statut privilégié de la règle *ne bis in idem* parmi les normes les plus élevées dans la construction pyramidale en Allemagne.

En Allemagne, la doctrine dominante considère que l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale consacrant la règle *ne bis in idem* est couvert par la garantie de pérennité constitutionnelle, que prévoit l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale. Aux termes de cette disposition, « *toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite* »¹⁰⁷³. L'article 103 alinéa 3 n'est certes pas directement visé. Cependant, la référence aux « *principes énoncés aux articles 1 et 20* » est intéressante pour la règle *ne bis in idem*. L'article 1^{er} du texte fondamental consacre la dignité de l'être humain¹⁰⁷⁴, sur lequel nous avons montré qu'est fondée la règle *ne bis in idem*. Par conséquent, une modification de cette dernière qui œuvrerait dans le sens d'une moins bonne protection de l'individu contre le cumul des poursuites constituerait indirectement une remise en cause des « *principes énoncés aux articles 1 et 20* ». Il n'est donc pas surprenant que la doctrine constitutionnaliste considère

¹⁰⁶⁷ Art. 23 al. 3 de la Constitution de la République d'Estonie : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni à nouveau pour un acte pour lequel il ou elle a déjà été définitivement condamné ou acquitté selon la loi* ».

¹⁰⁶⁸ Art. 31 al. 4 de la Constitution de la République de Lituanie : « (...) *Nul ne peut être puni deux fois pour le même délit. (...)* ».

¹⁰⁶⁹ Art. 12 al. 2 de la Constitution de la République de Chypre : « *Une personne qui a été acquittée ou condamnée pour une infraction ne peut être poursuivie à nouveau pour la même infraction (...)* ».

¹⁰⁷⁰ Art. 39 al. 9 de la Constitution de Malte.

¹⁰⁷¹ Il s'agit des trois Etats de l'ex-Europe de l'Est qui témoignent des plus grandes difficultés à recevoir les droits internationalement consacrés dans leur ordre juridique interne, F. VARENNE, *La protection des droits par les Cours constitutionnelles d'Europe centrale et orientale depuis 1989 (Bulgarie, Hongrie, Pologne, Roumanie, République tchèque, Slovaquie et Slovénie)*, Thèse Strasbourg 2003, p. 331 et s.

¹⁰⁷² Voir les décisions 2/1981 du 30 janv. 1981 ; 154/1990 du 15 oct. 1990 ; 204/1996 du 16 déc. 1996 ; 221/1997 du 4 déc. 1997.

¹⁰⁷³ La traduction est tirée de l'ouvrage *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*.

¹⁰⁷⁴ L'art. 1 al. 1 dispose : « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger* » (traduction tirée de l'ouvrage *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*).

que l'interdiction posée par l'article 103 alinéa 3 entre dans le champ d'application de l'article 79 alinéa 3 et bénéficie par conséquent de la garantie de pérennité constitutionnelle¹⁰⁷⁵.

470. Dans la Convention européenne des droits de l'homme, la règle est expressément soustraite des garanties pouvant faire l'objet de dérogations en cas d'état d'urgence. En effet, l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme comporte un alinéa 3 prohibant toute « *dérogation (...) au présent article au titre de l'article 15 de la Convention* ». L'article 15 prévoit quant à lui qu'« *en cas de guerre où en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* », les Etats sont admis à prendre des « *mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention* ». Il précise ensuite les modalités selon lesquelles peuvent s'exercer ces dérogations.

Etant exclue à l'application de l'article 15, la règle *ne bis in idem* se voit ainsi conférer une protection juridique renforcée au sein du système de protection européen des droits de l'homme. Si ce statut privilégié diffère nettement, quant à sa nature, de celui qu'octroie le droit constitutionnel allemand à la règle *ne bis in idem*, tous deux n'en témoignent pas moins d'un souci d'élever la règle *ne bis in idem* au-dessus du statut habituel des droits garantis. Cela témoigne encore de l'importance intrinsèque du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits.

471. Enfin, la consécration de la règle *ne bis in idem* par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en son article 50 témoigne encore, si besoin était, de l'accord des Etats européens pour la reconnaissance de la fundamentalité du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits.

472. Le caractère matériellement fondamental du droit à l'unicité d'action répressive pouvant être considéré comme acquis, il reste à se pencher sur le critère fonctionnel de la fundamentalité, celui selon lequel un droit est fondamental lorsque cela lui permet de se réaliser dans l'ordre juridique.

¹⁰⁷⁵ E. SCHMIDT-ABMANN, *op. cit.*, n° 274 ; H. RÜPING, *op. cit.*, n° 21; K. HESSE, *op. cit.*, n° 705 combiné avec les n°s 206 et 558.

B. L'utilité de la fondamentalité du droit à l'unicité d'action répressive

473. La reconnaissance formelle de son caractère matériellement fondamental serait-elle utile au droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits ? En d'autres termes, la consécration constitutionnelle du droit à l'unicité d'action répressive s'impose-t-elle pour des raisons fonctionnelles, c'est-à-dire au-delà de l'argument selon lequel il « mérite » cette consécration parce qu'il est porteur d'une valeur fondamentale ?

Le propre du droit à valeur constitutionnelle est de primer sur toute autre réglementation juridique de valeur moindre dans la hiérarchie des normes, qui lui serait contraire. Mais l'on doit pouvoir assimiler aux réglementations juridiques les pratiques qui, tout en étant à conformes à la loi, ont pour effet de heurter le droit à valeur constitutionnelle.

474. Dans le cas du problème des cumuls d'actions répressives pour les mêmes faits, la consécration constitutionnelle du droit à l'unicité d'action répressive permettrait, dans l'absolu, d'anéantir l'effet de lois ou de normes infra-législatives qui prévoiraient expressément ou organiseraient implicitement le cumul d'actions répressives pour les mêmes faits. Mais de telles lois n'existent pas¹⁰⁷⁶.

Tout au plus existe-t-il, dans certains systèmes juridiques, le principe selon lequel toute autorité de poursuite est tenue de poursuivre les faits délictueux portés à sa connaissance pour qu'ils soient réprimés en application des dispositions relevant de sa compétence : le principe de légalité des poursuites. Si ce principe est rarement consacré de façon absolument catégorique comme le montre l'exemple du droit allemand¹⁰⁷⁷, il contribue néanmoins au cumul de répression dans la mesure où il ne laisse pas aux autorités de poursuite la possibilité d'apprécier si la poursuite est pertinente bien que les faits aient déjà été définitivement jugés à l'issue d'une autre poursuite répressive.

Dans ce cas, l'existence d'un droit à l'unicité d'action répressive *constitutionnellement garanti*¹⁰⁷⁸ est primordiale. C'est elle, en effet, qui peut permettre à ce droit de primer sur le principe de légalité des poursuites. Tel est tout l'effet bénéfique de la règle *ne bis in idem* qui

¹⁰⁷⁶ Nous mettons de côté les dispositions législatives prévoyant la voie de recours extraordinaire qu'est la révision, qui a précisément pour vocation de fixer les conditions dans lesquelles il peut être fait exception à la règle *ne bis in idem*. Nous reviendrons sur ce type de dispositions à la fin de l'étude.

¹⁰⁷⁷ Le paragraphe 152 StPO est assorti de nombreuses exceptions, voir *supra*, p. 273.

¹⁰⁷⁸ Ou tout au moins de valeur supra-législative.

va s'imposer à la seconde autorité répressive saisie et la libérer de son obligation légale de poursuivre les faits déjà jugés. On le voit, la fundamentalité du droit à l'unicité d'action répressive lui permet de « *prévaloir* »¹⁰⁷⁹ sur un principe juridique dont l'application conduirait au cumul des poursuites pour les mêmes faits.

Toutefois, le fait qu'un système juridique soit gouverné par le principe d'opportunité des poursuites ne garantit en rien l'absence de cumuls de répression pour les mêmes faits, les autorités de poursuite restent libres de choisir de poursuivre les faits, même en la présence d'une première poursuite définitivement achevée – le droit français l'illustre. L'on se trouve, en effet, malgré tout confronté au problème suivant.

475. Il arrive souvent que des faits délictueux entrent dans le champ d'application de plusieurs dispositions répressives – que celles-ci appartiennent ou non au même ordre juridique – et qu'il en résulte que plusieurs autorités sont simultanément compétentes pour poursuivre ou réprimer les mêmes faits. C'est alors l'absence d'organisation de la répartition des compétences entre ces différentes autorités qui a pour conséquence que, dans la pratique, des cumuls de poursuites ont lieu. Une telle absence est loin d'être systématique, mais elle est fréquente dans les cas où les différentes autorités concernées ne sont pas liées par une réglementation commune, soit parce qu'elles n'appartiennent pas à la même branche du droit (une autorité pénale et une autorité répressive par exemple) soit parce qu'elles n'appartiennent pas au même ordre juridique (deux autorités répressives d'Etats différents par exemple). Pour peu que la règle *ne bis in idem* ne soit pas applicable dans les rapports entre les deux branches du droit en cause, comme c'est le cas en droit français, ou entre les deux ordres juridiques concernés, et le cumul d'action répressives est de mise sans que cela heurte une quelconque règle de droit. Ainsi, toute conforme à la loi une poursuite répressive puisse-t-elle être, elle peut néanmoins avoir pour effet de faire subir à la même personne plusieurs actions répressives pour les mêmes faits. En cela, elle heurte de front le droit à l'unicité d'action répressive.

A nouveau, l'on voit poindre l'utilité d'une consécration constitutionnelle du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits. Elle seule est en effet capable de contrecarrer la mise en œuvre d'une poursuite qui, toute légale soit-elle, n'en porte pas moins atteinte au droit à l'unicité d'action répressive et, partant, à la sécurité juridique. Naturellement, cette

¹⁰⁷⁹ Voir la définition d'E. PICARD de la fundamentalité fonctionnelle, *supra* p. 397.

affirmation est postulée sous réserve de la justiciabilité du droit constitutionnellement garanti. Il est bien évident que, dans un système de justice constitutionnelle comme celui de la France où seul un contrôle des lois préalablement à leur promulgation a lieu, ce n'est pas tant la mise en œuvre de la seconde poursuite à laquelle pourra faire barrage le droit à l'unicité d'action répressive constitutionnellement garanti, qu'à l'adoption de lois répressives ou de lois instituant de nouvelles autorités répressives qui favoriserait la multiplication des actions répressives pour les mêmes faits.

Dans ce contexte, la fondamentalité du droit permettrait que soient respectées les « *limites à ne pas franchir* »¹⁰⁸⁰. En l'occurrence, une nouvelle loi prévoyant une incrimination identique ou presque à une incrimination déjà existante, et octroyant parallèlement la compétence pour la mettre en œuvre à une autorité différente de celle qui est compétente pour appliquer l'incrimination déjà existante, « franchit les limites » en ce qu'elle favorise le cumul de répression pour les mêmes faits. Si le droit à l'unicité d'action répressive était consacré constitutionnellement, cela permettrait que ladite loi soit sanctionnée par le juge constitutionnel, autrement dit que les limites ne soient pas franchies. Par ailleurs, la consécration constitutionnelle du droit à l'unicité d'action répressive inviterait le législateur à organiser la répartition des compétences entre les autorités répressives, par des règles de priorité par exemple, de sorte que les mêmes faits ne puissent pas être poursuivis plusieurs fois. En somme, il indiquerait « *la direction où s'engager* »¹⁰⁸¹.

476. Au terme de cette section, nous pouvons donc affirmer que le droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits possède toutes les caractéristiques d'un droit fondamental. Par conséquent, il reste à tirer les conséquences de ce constat, c'est-à-dire à envisager sa reconnaissance en tant que droit à valeur constitutionnelle en droit positif.

¹⁰⁸⁰ M. DELMAS-MARTY, « Introduction », voir *supra*, p. 397.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*.

Section 2 Les conséquences de la fundamentalité du droit à l'unicité d'action répressive

477. Dans cette section, nous nous intéresserons aux conséquences pour le droit positif de la fundamentalité du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits. Généralement, lorsque le droit positif considère un droit comme fondamental, il lui confère la valeur la plus élevée dans la hiérarchie des normes, la valeur de droit constitutionnel – ou du moins, de droit à valeur supralégislative¹⁰⁸². Cette valeur constitutionnelle correspond à la reconnaissance formelle de la fundamentalité dudit droit. La coïncidence fréquente entre le droit fondamental et le droit à valeur constitutionnel a du reste conduit au rapprochement par de nombreux auteurs de la définition du droit fondamental avec celle du droit à valeur constitutionnelle¹⁰⁸³.

Mais en ce qui concerne le droit à l'unicité d'action répressive, la reconnaissance formelle de la fundamentalité fait parfois défaut. Comblant cette lacune, c'est-à-dire traduire en droit positif la fundamentalité du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, revient à consacrer le principe qui le porte, le principe d'unicité d'action répressive, comme un principe de droit objectif à valeur constitutionnelle (§ 1). La conséquence logique de la consécration du principe d'unicité d'action répressive au sommet de la hiérarchie des normes est la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de son application, la règle *ne bis in idem* (§ 2). Dans ce contexte, cette dernière n'est autre que le versant subjectif de l'unicité d'action répressive.

§ 1 La valeur constitutionnelle du principe d'unicité d'action répressive

478. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits n'implique pas nécessairement que ce principe soit expressément consacré, en tant que tel, par la Constitution ou par la Cour constitutionnelle d'un Etat. La consécration de son application, la règle *ne bis in idem*, en tant que droit subjectif à valeur constitutionnelle peut parfois suffire.

¹⁰⁸² Comme l'explique E. PICARD, il faut prendre en considération la « *fundamentalité supranationale* » et la « *fundamentalité infraconstitutionnelle* », in « L'émergence des droits fondamentaux en France », précité, p. 10 et s.

¹⁰⁸³ Voir *supra*, p. 394.

En Allemagne, par exemple, tout droit fondamental constitutionnellement garanti possède la double nature de droit subjectif que l'individu peut opposer à l'Etat, d'une part, et de droit objectif constituant un principe de base de l'ordre juridique allemand et s'imposant par conséquent de façon générale à tous les pouvoirs de l'Etat, d'autre part¹⁰⁸⁴. Ainsi, la consécration constitutionnelle d'un droit subjectif implique *per se* que son versant objectif possède également valeur constitutionnelle. De la sorte, la reconnaissance par la Cour constitutionnelle fédérale du droit de chacun à ne pas être poursuivi plusieurs fois pour les mêmes faits comme droit subjectif à valeur constitutionnelle – à partir du texte de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale qui ne prohibe expressément que l'interdiction du cumul des sanctions pour les mêmes faits¹⁰⁸⁵ –, implique la reconnaissance de l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits comme principe de droit objectif à valeur constitutionnelle. Implicitement, le principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits est donc déjà reconnu comme principe à valeur constitutionnelle en Allemagne.

479. Certes, l'unicité des poursuites constitutionnellement garantie ne concerne que le droit pénal, du fait que la Cour constitutionnelle ne s'est pas affranchie des termes de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale, interdisant le cumul de répression « *sur le fondement des lois pénales générales* »¹⁰⁸⁶. Mais ce problème relève de la détermination du champ matériel d'application du principe d'unicité d'action répressive, que nous aborderons dans le titre suivant¹⁰⁸⁷.

480. De plus, selon l'interprétation actuelle de la Cour constitutionnelle fédérale, la garantie constitutionnelle ne vise que l'application interne du principe d'unicité d'action répressive, et non sa mise en œuvre internationale¹⁰⁸⁸. Dans la mesure où la garantie de l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale est directement liée à la dignité humaine¹⁰⁸⁹, il paraît pour le moins surprenant qu'elle ne s'applique pas lorsque la première poursuite a été effectuée à l'étranger. En effet, la nécessité de protéger la dignité humaine dépasse à l'évidence les frontières. Cet argument devrait suffire pour convaincre la Cour constitutionnelle d'étendre

¹⁰⁸⁴ Ch. STARCK, *op. cit.*, n° 147 ; s. K. HESSE, *op. cit.*, § 9, p. 127 et s. ; En langue française, voir M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, tome II (Droit public – droit pénal), Paris, Cujas, 1984, p. 24 et s. et p. 30 et s. ; Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, p. 117-121 ; O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 48 et s. ; T. MEINDL, *op. cit.*, p. 231 et s. (premier titre de la seconde partie).

¹⁰⁸⁵ Voir *supra*, p. 26.

¹⁰⁸⁶ Cependant, des auteurs considèrent que la répression administrative devrait être considérée comme visée par l'art. 103 al. 3, voir *supra*, note n° 469.

¹⁰⁸⁷ Voir *infra*, p. 453 et s.

¹⁰⁸⁸ Voir *supra*, p. 35.

¹⁰⁸⁹ Voir *supra*, p. 378.

l'applicabilité de l'article 103 alinéa 3 à l'hypothèse dans laquelle les faits ont déjà été jugés à l'étranger.

Certes, cela impliquerait un certain abandon de la souveraineté nationale, puisque l'Allemagne se verrait privée de son droit de punir dès lors que les faits ont été traités judiciairement à l'étranger. Mais des auteurs ont montré que, du moins dans l'Union européenne, un tel abandon devrait être possible. Ainsi, M. Jung explique qu'à l'heure où « *le trio Etat – souveraineté – droit pénal est dépassé par le concept du „statut de droit de l'homme“* », l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* a tout l'aspect « *d'un fruit mûr à cueillir* »¹⁰⁹⁰. En ce sens, l'auteur plaide pour une évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, mais évoque également l'idée de l'adoption d'un nouveau Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme par lequel les Etats membres du Conseil de l'Europe s'accorderaient pour appliquer entre eux la règle *ne bis in idem* internationale¹⁰⁹¹.

Certes, le débat de l'élargissement de la protection accordée par l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale a perdu d'une partie de son intérêt depuis que l'article 54 de la Convention de Schengen est appliqué en Allemagne. Mais la question reste ouverte pour les cas dans lesquels un individu a déjà été définitivement jugé dans un Etat extérieur à l'Union européenne.

481. En droit français et en droit communautaire, la situation est la plus problématique. Le principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits n'a pas encore trouvé de reconnaissance au sommet de la hiérarchie. Cela est particulièrement net en France, où le Conseil constitutionnel témoigne d'un faible intérêt pour la protection de l'individu contre le cumul des poursuites pour les mêmes faits, refusant jusqu'à présent de consacrer lui conférer valeur constitutionnelle. Nous allons voir qu'une évolution de sa jurisprudence paraît nécessaire (A). Pour sa part, la Cour de justice des Communautés européennes s'est montrée plus favorable à l'accueil du principe d'unicité d'action répressive parmi les principes

¹⁰⁹⁰ H. JUNG, « Zur „internationalisierung“ des Grundsatzes „ne bis in idem“ », in *Festschrift für H. Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, München, C. Heymanns, 1993, p. 493-502, spéc. p. 493 et 502. Voir également W. SCHOMBURG, « Konkurrierende nationale und internationale Strafgerichtsbarkeit und der Grundsatz „ne bis in idem“ », in *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für A. Eser zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck 2005, p. 829-846, spéc. p. 832 ; ainsi que les thèses de B. SPECHT, *op. cit.* ; M. MAYER, *op. cit.*, H. THOMAS, *op. cit.*

¹⁰⁹¹ H. JUNG, *op. cit.*, p. 501.

généraux du droit communautaire. Une clarification de sa jurisprudence serait néanmoins opportune (B).

A. La nécessité d'une évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

482. Après une rapide apparition dans la Constitution de 1791, la règle *ne bis in idem* a définitivement quitté les textes constitutionnels français. Le Conseil constitutionnel n'a pas, pour l'heure, complété cette lacune¹⁰⁹², si bien que le principe d'unicité d'action répressive qui sous-tend la règle *ne bis in idem* n'a pas non plus de valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel s'est contenté de moduler le cumul des sanctions résultant du cumul d'une poursuite pénale et d'une poursuite administrative pour les mêmes faits, en se référant à l'exigence de proportionnalité des peines (1). Pourtant, cette garantie n'est pas suffisante, de sorte qu'il reste nécessaire de consacrer le principe d'unicité d'action répressive comme principe à valeur constitutionnelle (2).

1. L'interdiction actuelle du seul cumul disproportionné des sanctions

483. Dans le cadre de l'examen de constitutionnalité de la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, instituant une nouvelle autorité administrative indépendante dotée d'une compétence répressive, la Commission des opérations de bourse (COB), le Conseil constitutionnel a été interrogé sur la conformité à la Constitution d'un système permettant le cumul de répression administrative, matérialisé par les sanctions pécuniaires infligées par la COB et de répression pénale. Les auteurs de la saisine excipaient du « *principe selon lequel une même personne ne peut être punie deux fois pour le même fait* ». Mais ils ne posèrent pas le problème de la multiplication des poursuites pour les mêmes faits. Le Conseil répondit de la manière suivante : « *Sans qu'il soit besoin de rechercher si le principe dont la violation est invoquée a valeur constitutionnelle, il convient de relever qu'il ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives* »¹⁰⁹³.

Pourtant, quelques années plus tard, le Conseil revint en partie sur sa jurisprudence. Lors de l'adoption de la loi sur les télécommunications, les auteurs de la saisine reprochaient au législateur d'avoir accordé à l'Autorité de régulation des télécommunications un pouvoir de

¹⁰⁹² Voir *supra*, introduction générale, p. 36 et p. 209.

¹⁰⁹³ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Rec. p. 71-80, cons. n° 16, p. 74.

sanction trop étendu. Ils suggéraient que le traitement des infractions à la nouvelle réglementation soit de nature pénale plutôt que de nature administrative. Le Conseil réfuta cet argument en précisant toutefois que le législateur se devait d'assortir l'exercice des pouvoirs de sanction de l'autorité administrative indépendante « *de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* ». Mais, à la surprise des observateurs, il ajouta après un point virgule la précision suivante : « *qu'en particulier une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale* »¹⁰⁹⁴. Cette petite phrase d'apparence anodine fut ainsi qualifiée de « note discordante » par le Commissaire du Gouvernement du Conseil d'Etat, M. Loloum, dans ses conclusions en vue de l'avis du 4 avril 1997¹⁰⁹⁵. Peut-être la jurisprudence Gradinger de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁹⁶ ne fut-elle pas étrangère à cette incursion inattendue du Conseil constitutionnel sur un point qu'avaient ignoré les auteurs de la saisine.

Enfin, le Conseil constitutionnel affina sa position en confirmant que « *lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »¹⁰⁹⁷. Ainsi, en l'état du droit positif, seul le cumul disproportionné de sanctions résultant d'un cumul de poursuites est prohibé.

484. Emboîtant le pas au Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat a également rattaché le principe de non cumul des sanctions au principe de proportionnalité des peines pour lui conférer une valeur constitutionnelle. Dans son avis du 29 février 1996 relatif au projet de statut de la Cour pénale internationale, le Conseil d'Etat a évoqué la règle *ne bis in idem* comme faisant « *partie du principe à valeur constitutionnelle de la nécessité des peines* »¹⁰⁹⁸. Il a confirmé cette position dans son avis du 29 avril 2004 portant sur le « projet de décision-cadre relatif à l'application du principe *non bis in idem* »¹⁰⁹⁹, mentionnant notamment que le principe de proportionnalité des peines trouve son « prolongement » dans l'article 368 du Code de procédure pénale pour les infractions relevant de la Cour d'assises et dans l'article 692 du même Code en ce qui concerne les infractions commises en dehors du territoire

¹⁰⁹⁴ Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Rec. p. 99-106, cons. n° 15, p. 102.

¹⁰⁹⁵ Conclusions précitées, voir *supra*, p. 218.

¹⁰⁹⁶ Arrêt du 23 mars 1995, précité.

¹⁰⁹⁷ Déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, Rec. p. 333-343, cons. n° 41, p. 341.

¹⁰⁹⁸ CE, Section de l'intérieur, avis n° 358.597 du 29 fév. 1996.

¹⁰⁹⁹ Sur ce projet, voir *infra*, p. 447.

français¹¹⁰⁰. Toutefois, l'interdiction du cumul des *poursuites* pour les mêmes faits n'est nullement mentionnée¹¹⁰¹.

485. Pourtant, comme nous l'avons montré en introduction¹¹⁰², la limitation de l'effet néfaste du cumul des poursuites pour les mêmes faits que constitue le cumul des sanctions prononcées au terme de ces poursuites n'est pas suffisante. L'interdiction du cumul des *poursuites* devrait être reconnue comme règle à valeur constitutionnelle, par le biais de la consécration du principe d'unicité d'action répressive comme principe à valeur constitutionnelle.

2. Vers la consécration du principe d'unicité d'action répressive ?

486. Les occasions de consacrer constitutionnellement le droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits n'ont pas manqué¹¹⁰³. Notamment, la question de savoir si l'autorisation de ratifier le traité établissant une Constitution pour l'Europe devait être précédée d'une révision de la Constitution française, offrait au Conseil constitutionnel un cadre idéal pour élever le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits au rang de principe à valeur constitutionnelle¹¹⁰⁴.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, intégrée au traité constitutionnel, contient la règle *ne bis in idem* en son article 50 (article II-110 du traité constitutionnel), sous la forme suivante : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union européenne par un jugement pénal définitif* ». L'on pouvait se demander si cette disposition ne contrevenait pas à certains principes du droit constitutionnel français, de sorte que seule une affirmation de la valeur constitutionnelle du principe d'unicité d'action répressive permettrait de faire primer celle-ci sur ces principes et de conclure à la conformité de l'article 50 de la Charte à la Constitution française.

¹¹⁰⁰ CE, Section de l'intérieur, avis n° 370.136 du 29 avril 2004.

¹¹⁰¹ Aussi l'affirmation de H. LABAYLE et J.-L SAURON, évoquant ces avis, selon laquelle « *le principe ne bis in idem a aujourd'hui des racines constitutionnelles que l'on ne saurait négliger* » doit-elle être considérée avec prudence (« La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *RFDA* 2005 p. 1-29, spéc. p. 28-29)

¹¹⁰² Voir *supra*.

¹¹⁰³ Les saisines du Conseil constitutionnel ayant donné lieu aux décisions citées dans la note précédente constituaient autant d'occasions pour la Haute juridiction de consacrer le droit à l'unicité d'action répressive comme un droit à valeur constitutionnelle.

¹¹⁰⁴ La question donna lieu à la décision n° 2004-505 DC du 19 nov. 2004.

487. En premier lieu, l'article 50 peut être considéré comme enfreignant le principe de la souveraineté nationale. En effet, il vise l'application *internationale* de la règle *ne bis in idem* au sein de l'Union européenne, ainsi que l'expose le *praesidium*¹¹⁰⁵. Dans la mesure où l'Etat français peut se voir priver de son droit de poursuivre des faits délictueux relevant de sa compétence répressive – notamment des faits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation – en application de cette disposition, il était possible de voir dans celle-ci une norme incompatible avec le principe de souveraineté nationale¹¹⁰⁶. La juridiction constitutionnelle française semble avoir raisonné en ces termes, puisqu'elle précise que « *la référence à la notion d'identité d'infractions, et non pas à celle d'identité de faits, préserve la possibilité pour les juridictions françaises (...) de réprimer les crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation* »¹¹⁰⁷. Néanmoins, les juges en ont déduit que la ratification du traité ne nécessitait pas de révision constitutionnelle¹¹⁰⁸ tout en s'abstenant de conférer au droit à l'unicité d'action répressive une quelconque valeur constitutionnelle¹¹⁰⁹.

488. En second lieu, le Conseil constitutionnel s'est interrogé sur la question de savoir si l'article 50 de la Charte portait atteinte au principe de la séparation des ordres judiciaires et administratifs. A notre sens, cette démarche était superflue. En effet, dans la mesure où, selon l'article 51 alinéa 1 de la Charte (art. II-111 du traité constitutionnel), « *les dispositions de la Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union (...) ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* », l'application interne du principe d'unicité d'action répressive n'est pas visée par l'article 50 de la Charte. Néanmoins, le Conseil constitutionnel s'étant prononcé sur la constitutionnalité de l'article 50 au regard du principe de séparation des ordres judiciaires et administratifs, il convient de prendre en compte sa jurisprudence.

¹¹⁰⁵ *Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Note du Præsidium*, doc. CHARTE 4473/1/00 REV1 du 19 octobre 2000, p. 45 : « *Conformément à l'article 50, le principe „non bis in idem“ ne s'applique pas seulement à l'intérieur de la juridiction d'un même Etat, mais aussi entre les juridictions de plusieurs Etats membres* ».

¹¹⁰⁶ Le principe de souveraineté nationale est notamment garanti par le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale...* ».

¹¹⁰⁷ Cons. n° 20.

¹¹⁰⁸ Cons. n° 21.

¹¹⁰⁹ Un commentateur fait remarquer qu'en l'absence de constitutionnalisation de la règle *ne bis in idem*, l'argumentation du Conseil constitutionnel ne convainc pas de la constitutionnalité de l'article II-110 du traité constitutionnel, J. ROUX, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDJ*, n° 1, 2005, p. 59-103, spéc. p. 80-81.

489. Très raisonnablement, le Conseil constitutionnel pouvait partir de l'idée que l'article 50 de la Charte vise non seulement les cumuls de poursuites pénales pour les mêmes faits, mais encore les cumuls de poursuites répressives de natures différentes, comme par exemple le cumul d'une poursuite pénale et d'une poursuite administrative. Cette analyse semblait même s'imposer pour deux raisons.

La première raison est que, selon l'article 52 alinéa 3 de la Charte (article II-112 alinéa 3 du traité constitutionnel), le sens et la portée des droits contenus dans la Charte correspondant à des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme « *sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* ». La règle *ne bis in idem* consacrée à l'article 50 de la Charte est assurément concernée par cette disposition puisque cet article est directement inspiré de l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme¹¹¹⁰. Or, l'on sait que la Cour européenne des droits de l'homme interprète l'article 4 du Protocole n° 7 comme étant applicable dans le vaste domaine de la « matière pénale », si bien que l'interdiction vise également le cumul d'une poursuite pénale et d'une poursuite administrative¹¹¹¹.

La seconde raison est que, comme le précisent les explications du *Præsidium*, l'article 50 de la Charte a vocation – sous réserve, bien entendu, qu'elle acquière une valeur juridique contraignante¹¹¹² – à s'appliquer en droit communautaire¹¹¹³. Or, il n'existe pas d'autorité communautaire ayant compétence pour prononcer des sanctions pénales. Tout au plus la Communauté peut-elle infliger des sanctions de nature administrative ou disciplinaire. L'article 50 concerne donc indubitablement un champ plus large que le droit pénal *stricto sensu*. Aussi n'y a-t-il qu'une seule manière de comprendre les indications du *Præsidium* qui, après avoir mentionné que « *[l]e principe „non bis in idem“ s'applique en droit communautaire* » et visé en référence des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, affirme « *que la règle du non cumul vise le cumul de deux sanctions de même nature, en l'espèce pénale* » : le *Præsidium* emploie nécessairement le terme « pénal » dans

¹¹¹⁰ Voir la note du *Præsidium* à propos de l'art. 52 de la Charte. D'une part, il est indiqué que « *le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de [la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles], mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice des Communautés européennes* ». D'autre part, l'art. 50 est visé parmi les articles « *dont le sens est le même que les articles correspondant de la Convention européenne des droits de l'homme, mais dont la portée est plus étendue* ». Très précisément, il est mentionné à propos de l'art. 50 qu'il « *correspond à l'article 4 du Protocole n° 7 CEDH, mais sa portée est étendue au niveau de l'Union européenne entre les juridictions des Etats membres* ».

¹¹¹¹ Voir *supra*, p. 187.

¹¹¹² Voir *supra*, p. 386.

¹¹¹³ Voir la note du *Præsidium*, p. 45.

un sens large, qui s'apparente à celui de la « matière pénale » telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Il faut donc partir du principe que l'article 50 de la Charte concerne le cumul des poursuites pénales au sens européen du terme, c'est-à-dire potentiellement, en droit français, le cumul d'une poursuite pénale et d'une poursuite répressive administrative pour les mêmes faits. Dans ce contexte, l'on peut postuler que cette disposition porte atteinte au principe français de la séparation des ordres juridiques judiciaire et administratif consacré comme « principe fondamental reconnu par les lois de la République »¹¹¹⁴, qui implique notamment l'indépendance des deux ordres. En effet, l'on pourrait argumenter que, dès lors qu'une poursuite pénale épuise la compétence répressive de l'Etat français et empêche par conséquent une poursuite administrative d'avoir lieu pour les mêmes faits, l'indépendance de l'ordre juridique administratif se trouve mise à mal – si l'on renversait l'exemple, c'est alors l'indépendance de l'ordre judiciaire qui se trouverait atteinte.

490. Le Conseil constitutionnel disposait donc d'une excellente occasion d'affirmer la valeur constitutionnelle du droit de chacun à n'être poursuivi qu'une seule fois pour les mêmes faits, de sorte que l'article 50 de la Charte se trouve en conformité avec le droit constitutionnel français. Il en serait résulté que l'argument de l'incompatibilité de cet article avec le principe fondamental reconnu par les lois de la République de la séparation des ordres juridictionnels tombait. En conséquence, aucune révision de la Constitution n'était nécessaire.

Mais la juridiction suprême s'est engagée dans une tout autre voie. Elle a préféré interpréter le plus strictement qu'il soit la phrase ambiguë du *Præsidium* et se contenter d'affirmer que « *comme le confirment les explications du Præsidium, cette disposition concerne exclusivement le droit pénal et non les procédures administratives ou disciplinaires* »¹¹¹⁵ – il va sans dire que le Conseil constitutionnel emploie le terme pénal au sens français et non européen du terme. Même pour ce qui concerne les poursuites pénales, elle ne prit pas le soin d'affirmer la valeur constitutionnelle ni du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, ni de la règle *ne bis in idem*.

491. Cette jurisprudence devrait évoluer. Le droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits est un droit matériellement fondamental, nous l'avons vu, auquel il ne manque

¹¹¹⁴ Décision n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, cons. n° 15. Sur cette question, voir D. TRUCHET, « Dualisme juridictionnel », *Dictionnaire de la Justice*, p. 377-380, spéc. p. 380.

¹¹¹⁵ Décision n° 2004-505 DC du 19 nov. 2004, cons. n° 20.

que la consécration formelle de droit fondamental. Or, cette consécration formelle est indispensable à ce que le droit à l'unicité d'action répressive s'impose dans notre pays pour protéger la sécurité juridique des individus et de la collectivité malgré la particularité française du dualisme juridictionnel. Elle seule est capable d'obliger le législateur à organiser l'unicité d'action répressive lorsqu'il édicte des infractions susceptibles de faire double emploi avec des infractions existantes tout en créant de nouvelles autorités répressives – comme les autorités administratives indépendantes – chargées de les mettre en œuvre ou en attribue de nouvelles compétences répressives à des autorités déjà en place. En d'autres termes, il ne fait aucun doute que le critère de l'utilité de la fondamentalité est dûment rempli dans le paysage juridique français.

A défaut de révision de la Constitution pour y introduire le droit fondamental à l'unicité d'action répressive, le Conseil constitutionnel peut combler l'absence de reconnaissance formelle de la fondamentalité de ce droit en consacrant le principe d'unicité d'action répressive, porteur du droit du même nom, comme principe à valeur constitutionnelle. Pour cela, il lui faudra naturellement se départir de l'idée selon laquelle l'interdiction de poursuivre plusieurs fois les mêmes faits découle du principe de l'autorité de la chose jugée. En effet, la fonction de ce principe est essentiellement de nature collective, puisqu'il s'agit de contribuer à la paix sociale en protégeant le crédit de la justice¹¹¹⁶. Elle n'a rien donc rien à voir avec les droits fondamentaux.

492. En revanche, le Conseil constitutionnel pourra se fonder sur la dignité humaine à laquelle il reconnaît valeur constitutionnelle¹¹¹⁷. En somme, dans cette opération, l'exigence de respect la dignité lui servira de « matrice » ou de « principe directeur »¹¹¹⁸.

493. Il faut encore mentionner la possibilité offerte au Conseil constitutionnel de déclarer la valeur constitutionnelle du principe d'unicité d'action répressive en se fondant non pas sur la dignité humaine, mais sur le droit à la sûreté. Du fait de sa consécration par les articles 2 et 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ce droit qui, dans l'esprit des révolutionnaires, ne visait pas seulement la protection de la liberté physique, mais aussi celle de la sécurité juridique du justiciable, est un droit fondamental constitutionnellement garanti. Grâce à un léger effort d'interprétation, le juge constitutionnel

¹¹¹⁶ Voir *supra*, p.103.

¹¹¹⁷ Voir *supra*, note n° 1010.

¹¹¹⁸ Voir *supra*, p. 383.

français pourrait garantir l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits à partir du droit à la sûreté.

Ainsi, un choix se présente au juge constitutionnel. Il peut, certes, persévérer dans sa jurisprudence tendant à multiplier les références à la dignité. Mais il lui est également loisible de se rappeler l'existence d'autres valeurs essentielles de notre droit, et de les sortir de leur sommeil dans la mesure où cela est pertinent. Si les neuf sages se décidaient à conférer une valeur constitutionnelle à l'unicité d'action répressive en la fondant sur la sûreté, cela constituerait un signe fort dans le sens d'une plus grande retenue vis-à-vis de la dignité.

Toutefois ce raisonnement reste, en l'absence de consécration du droit à la sûreté dans sa composante protectrice de la sécurité juridique dans l'Union européenne, spécifique au droit français.

494. Venons-en à présent au droit communautaire. Si la Cour de justice des Communautés européennes s'est montrée moins réfractaire à la reconnaissance formelle de la fundamentalité du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, sa jurisprudence reste néanmoins quelque peu ambiguë.

B. La nécessité d'une clarification de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes

495. Précisons avant toute chose qu'en droit de l'Union européenne, il n'est pas des plus adéquats d'évoquer la valeur « constitutionnelle » du principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits. La Cour de justice des Communautés européennes a d'ailleurs préféré mentionner, à propos de la règle *ne bis in idem*, qu'elle était un « *principe général du droit communautaire* »¹¹¹⁹ ou encore un « *principe fondamental du droit communautaire* »¹¹²⁰.

496. Toutefois, la Cour de justice n'a pas toujours été constante vis-à-vis de l'unicité d'action répressive. Si elle a affirmé que la règle *ne bis in idem* était un principe général ou fondamental du droit communautaire dans des situations où plusieurs poursuites étaient successivement engagées par la Commission européenne, elle est restée muette sur la valeur juridique de la règle dans des décisions relatives au cumul d'une poursuite nationale et d'une

¹¹¹⁹ Arrêt Gutmann du 15 mars 1967, précité, voir *supra*, p. 202.

¹¹²⁰ Arrêt PVC du 15 oct. 2002, précité, voir *supra*, p. 253.

poursuite communautaire pour les mêmes faits¹¹²¹. Une incertitude plane donc sur la question de savoir si le droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits est reconnu de façon générale comme fondamental en droit communautaire ou si cette valeur juridique ne concerne que le cas du cumul de poursuites exercées par l'autorité répressive communautaire.

Pourtant, dans la mesure où le droit à l'unicité d'action répressive est un droit matériellement fondamental, l'on ne saurait exclure de son application certains types de cumul, comme les cumuls mettant en jeu des poursuites engagées par des autorités relevant de systèmes juridiques différents. Du reste, tel est la portée de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1). Mais à l'analyse, il apparaît que les réticences de la Cour à consacrer l'application du droit à l'unicité d'action répressive entre une poursuite engagée par une autorité nationale et une poursuite mise en œuvre par la Commission européenne s'expliquent par les spécificités de la matière dans laquelle la question lui a été soumise, le droit de la concurrence (2).

1. La portée de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

497. En dépit de l'absence actuelle de la valeur juridique contraignante de la Charte¹¹²², l'applicabilité de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne entre une poursuite nationale et une poursuite supranationale doit être étudiée. Rappelons que, selon cette stipulation, « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi* »¹¹²³.

498. En effet, si dans sa note explicative, le *Praesidium* ne s'exprime pas sur l'applicabilité de l'article 50 dans les rapports de supranationalité¹¹²⁴, celle-ci nous paraît indiscutable pour deux raisons.

¹¹²¹ Arrêt *Italcementi Buzzi et Unicem* du 7 janv. 2004, précité, voir *supra*, p. 254 et s.

¹¹²² Voir *supra*, p. 386.

¹¹²³ C'est nous qui soulignons.

¹¹²⁴ Dans ses explications sous l'art. 50 de la Charte, le *Praesidium* se contente d'affirmer que « *le principe „non bis in idem“ s'applique en droit communautaire* » et ne mentionne à l'appui que deux arrêts dans lesquels deux poursuites émanant de la Commission européenne étaient à l'origine du cumul (p. 45). Par ailleurs, sous ses explications sous l'art. 52 de la Charte, le *Praesidium* affirme que la portée de l'art. 50 est, comparativement à celle de l'art. 4 du Prot. n° 7, étendue « *entre les juridictions des Etats membres* » sans faire allusion à son applicabilité entre une poursuite nationale et une poursuite supranationale pour les mêmes faits au sein de l'Union européenne (p. 50).

La première est d'ordre logique. En vertu de l'article 51 alinéa 1 de la Charte (article II-111 du traité constitutionnel), les dispositions consacrées par la Charte ne s'adressent qu'aux « *institutions, organes et organismes de l'Union* » ainsi qu'aux Etats membres « *uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ». Nous avons vu précédemment qu'il résulte de cette disposition que l'article 50 de la Charte n'a guère vocation à s'appliquer au cas de cumul de poursuites strictement internes¹¹²⁵. Restent alors les deux autres dimensions du principe d'unicité, son application dans les relations internationales et dans les rapports de supranationalité.

Par nature, les rapports de supranationalité se situent au cœur de la problématique de l'Union européenne. C'est d'ailleurs principalement dans le cadre de la dimension supranationale du principe d'unicité d'action répressive que des « *institutions, organes et organismes de l'Union* » peuvent être concernés par l'article 50¹¹²⁶. Si l'on soustrayait la mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive entre une poursuite nationale et une poursuite européenne – de nature nécessairement communautaire en l'état du droit positif – du champ d'application de l'article 50, l'on priverait pratiquement ce dernier de sa raison d'être!¹¹²⁷ Il semble plutôt que seule l'hypothèse dans laquelle une autorité nationale appliquerait le droit répressif national après qu'une première décision a été rendue par une autorité communautaire sur les mêmes faits pourrait être considérée comme échappant au domaine d'application de l'article 50, dans la mesure où l'autorité nationale n'applique pas le droit de l'Union¹¹²⁸. Dans le domaine du droit de la concurrence, cette hypothèse est rarissime puisque les autorités nationales ne peuvent engager une poursuite en application du droit national après qu'une décision a été rendue par la Commission européenne que lorsque cela ne porte pas atteinte au principe de primauté du droit communautaire¹¹²⁹.

499. La seconde raison est de nature textuelle. Si les rédacteurs de la Charte avaient voulu limiter l'application de l'article 50 à l'applicabilité internationale du principe d'unicité, ils auraient repris la formule de l'article 54 de la Convention de Schengen, dont il ressort clairement qu'une personne déjà jugée *dans un Etat* ne peut l'être à nouveau *dans un autre*

¹¹²⁵ Voir *supra*, p. 413.

¹¹²⁶ Il faut encore mentionner l'hypothèse – peu fréquente – dans laquelle un organe de l'Union poursuivrait plusieurs fois la même personne pour les mêmes faits (comme dans l'affaire Gutmann, précitée).

¹¹²⁷ En effet, la dimension internationale du principe d'unicité d'action répressive ne relève du droit de l'Union que depuis l'intégration de l'acquis de Schengen dans ce droit et elle n'a pas été communautarisée. Il est donc difficile de considérer qu'elle est au centre des préoccupations de l'article 50 de la Charte.

¹¹²⁸ Le raisonnement est emprunté à G. DANNECKE, « Community Fines and non-Member State Sanctions : the Effect of the Principle „*ne bis in idem*“ », p. 180.

¹¹²⁹ Voir *supra*, p. 247.

Etat. En somme, l'article 50 ne disposerait pas aujourd'hui que le cumul de poursuites pour les mêmes faits ne peut avoir lieu « dans l'Union ».

La doctrine semble d'ailleurs considérer de façon unanime que l'article 50 de la Charte est en principe applicable entre une poursuite nationale et une poursuite supranationale¹¹³⁰. Certes, l'emploi des termes « *pénalement* » et « *jugement pénal définitif* » laisse présager de la survenance de difficultés dans la mise en œuvre de la disposition dès lors que l'autorité répressive ayant déjà traité les faits ne sera pas un juge et que le droit répressif qu'elle exerce ne sera pas strictement pénal. Mais il s'agit là d'un problème relatif à l'applicabilité matérielle du principe d'unicité, qui ne remet pas fondamentalement en cause son applicabilité dans les rapports de supranationalité.

500. En tant que principe porteur du droit fondamental à l'unicité d'action répressive, le principe d'unicité d'action répressive devrait être consacré au sommet de la hiérarchie des normes en droit communautaire comme dans les droits nationaux ; il devrait naturellement revêtir cette valeur juridique dans l'hypothèse du cumul d'une poursuite nationale et d'une poursuite supranationale comme dans les autres hypothèses. Mais la reconnaissance explicite par la Cour de justice des Communautés européennes de la valeur suprême de l'unicité d'action répressive quelles que soient les autorités de poursuites en cause, et non pas seulement dans l'hypothèse particulière d'un cumul de poursuites engagées par la Commission européenne, se heurte aux spécificités de la matière dans laquelle la Cour a été confrontée à ce type de cumul de répression : le droit de la concurrence.

2. Les spécificités du droit de la concurrence

501. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à la mise en œuvre de l'unicité d'action répressive dans les rapports de supranationalité est cantonnée à l'application du droit de la concurrence. C'est dans ce contexte que la Cour se montre réticente vis-à-vis de la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* comme un « *principe général* » ou un « *principe fondamental* » du droit communautaire¹¹³¹. Or, la répression des infractions au droit de la concurrence présente des spécificités. Certaines se rapportent à

¹¹³⁰ W. P. J. WILS, *op. cit.* ; G. DANNECKE, « Community Fines and non-Member State Sanctions : the Effect of the Principle „*ne bis in idem*“ », spéc. p. 179-180. Même L. IDOT qui est très hostile à l'application de l'article 50 en droit de la concurrence ne conteste pas l'applicabilité de principe de l'article 50 dans les rapports de supranationalité. Cet auteur considère que l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux « *généralise le principe non bis in idem à l'intérieur de l'Union* », in « 2004 : L'an 1 du nouveau droit de la concurrence », *Europe* 2004, Repères n° 1.

¹¹³¹ Arrêt *Italcementi Buzzi et Unicem* du 7 janv. 2004, précité, voir *supra*, p. 254 et s.

l'infraction au droit de la concurrence (a) tandis que d'autres concernent les auteurs des atteintes au droit de la concurrence (b).

a. Les spécificités propres à l'infraction au droit de la concurrence

502. Contrairement aux infractions pénales classiques, l'infraction au droit de la concurrence est considérée comme se caractérisant en grande partie par ses effets. Ainsi, au moins autant que l'acte destiné à fausser le jeu de la concurrence, ce sont les conséquences de cet acte, c'est-à-dire les troubles réels ou présumés qui en découlent sur le marché, qui servent de point d'ancrage aux autorités de concurrence pour exercer la répression. Il en résulte, expliquent des auteurs, que l'interdiction de poursuivre une nouvelle fois le même comportement anticoncurrentiel paraît injustifiée lorsque celui-ci a déployé des effets non pris en considération lors de la première poursuite¹¹³². Ainsi, en matière de répression des infractions au droit de la concurrence, le « *principe ne bis in idem* » peut sembler « *inadapté puisque c'est moins l'acte lui-même que ses effets qui caractérisent l'infraction* »¹¹³³.

La jurisprudence la Cour de justice selon laquelle la même pratique peut donner lieu au cumul d'une poursuite nationale et d'une poursuite communautaire a certainement été guidée par cet argument¹¹³⁴. En particulier, la possibilité pour une autorité nationale de poursuivre une entreprise à propos d'une pratique qui a déjà fait l'objet d'une poursuite communautaire est justifiée par l'idée que ladite pratique a eu des effets nocifs non seulement sur le commerce entre les Etats membres, c'est-à-dire sur le marché européen, mais encore sur le marché national¹¹³⁵.

503. On l'a vu, cette argumentation est contestable, dans la mesure où les marchés nationaux font partie intégrante du marché communautaire, de sorte qu'il n'existe en réalité qu'un seul et même marché¹¹³⁶.

De plus, à l'instar d'une partie de la doctrine spécialisée en droit de la concurrence, il est permis de s'interroger sur le bien fondé de la mise à l'écart de la règle *ne bis in idem* en droit

¹¹³² E. PAULIS et C. GAUER, *op. cit.*, p. 36.

¹¹³³ L. IDOT, « 2004 : L'an 1 du nouveau droit de la concurrence ? », p. 3.

¹¹³⁴ CJCE 13 février 1969, Walt Wilhelm, aff. 14/68. Voir également les conclusions rendues par l'avocat général Mayras dans l'affaire Boehringer, CJCE 14 déc. 1972, aff. 7/72). Pour un exemple récent de jurisprudence, voir l'arrêt TPICE, 15 juin 2005, aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, en particulier le point 122 de l'arrêt ; obs. M. DEBROUX, *Concurrences, RDLC*, n° 3 – 2005, p. 69.

¹¹³⁵ Voir *supra*, p. 252.

¹¹³⁶ Voir *supra*, p. 247.

de la concurrence en raison de la caractérisation de l'infraction par ses effets¹¹³⁷. A notre sens, la différence entre la répression pénale classique et la répression des infractions au droit de la concurrence ne doit pas être exagérée. Prenons l'exemple de l'homicide, qui est l'infraction pénale classique par excellence. Si l'acte à l'origine du décès d'autrui est certainement fondamental pour l'appréhension pénale de son auteur, son effet, ledit décès, est également incontournable. De fait, l'on ne peut exclure que l'acte se trouvant à l'origine du décès, comme un accident de la circulation, ait d'abord eu pour conséquences des blessures graves de la victime. Or, si le responsable de l'accident a été condamné pour violences alors que la victime était encore en vie, et que cette dernière décède de ses blessures par la suite, de sorte qu'un nouvel effet de l'acte est réalisé, l'on ne permet pas pour autant qu'un nouveau procès ait lieu pour homicide¹¹³⁸.

Enfin, l'argument selon lequel non seulement l'accord se trouvant à l'origine, mais encore les effets de cet accord doivent être identiques pour déclencher l'application de la règle *ne bis in idem*, n'est pas sans rappeler le droit de la responsabilité civile ; l'engagement d'une nouvelle action contre l'auteur d'un acte illicite est en effet possible lorsqu'une partie du dommage seulement – ou, en d'autres termes, une partie des effets de l'acte seulement – a été réparée lors de la première action. Cependant, la mise en œuvre des dispositions sanctionnant les infractions au droit de la concurrence n'a pas pour objectif la réparation du dommage causé. C'est bien de répression qu'il s'agit. Tout au plus ces effets peuvent-ils être déterminants lorsqu'il n'est plus question de les réprimer, mais de les faire cesser. Ainsi, lorsque l'action d'une autorité de concurrence est de nature purement préventive, consistant par exemple à enjoindre aux entreprises concernées de cesser l'infraction, l'application de la règle *ne bis in idem* peut être écartée¹¹³⁹.

¹¹³⁷ W.P.J. WILS, *op. cit.* : « [j]e ne pense pas pour ma part, que l'applicabilité de l'article 50 peut être contestée par l'argument selon lequel la seconde poursuite ne concerne pas la même infraction, lequel est fondé sur le fait que la première poursuite a seulement pris en compte les effets de la violation de l'article 81 du traité communautaire sur le territoire national de l'autorité qui a engagé la première poursuite. (...) Le principe 'ne bis in idem' prohibe le cumul de poursuites ou de sanctions pour la même infraction et non uniquement pour les mêmes effets de l'infraction ». En langue originale : « I personally do not believe that the applicability of Article 50 can be avoided by arguing that the second prosecution would not be for the same offence, given that the first prosecution only took into account the effects of the violation of Article 81 ED on the territory of the Member State of the national authority which prosecuted first. (...) The principle of 'ne bis in idem' prohibits multiple prosecution or punishments for the same offence, not merely for the same effects of an offence » (c'est nous qui soulignons).

¹¹³⁸ Cass. crim. 8 oct. 1959, précité. Voir également nos développements sur le traitement des effets nouveaux d'un même acte, *infra*, p. 531.

¹¹³⁹ E. PAULIS et C. GAUER, *op. cit.*, p. 37 et s. Voir nos développements *infra*, p. 477.

504. En tout état de cause, quoiqu'il en soit du bien-fondé de l'appréhension des infractions au droit de la concurrence par leurs effets et de la localisation de ces derniers sur plusieurs marchés au sein de l'Union, ces éléments concernent uniquement la mise en œuvre du droit de la concurrence. Ils ne sauraient donc influencer la question de la valeur juridique du principe d'unicité d'action répressive de façon générale. Aussi une clarification de la jurisprudence de la Cour est-elle nécessaire. Le droit à l'unicité d'action répressive étant un droit *fondamental*, il devrait être reconnu comme tel par la Cour de justice dans *toutes* les situations de cumul. Ensuite seulement, la question de l'applicabilité de ce droit fondamental en matière d'application des règles de concurrence devrait être posée.

Cette distinction, qui peut paraître futile dans la mesure où, actuellement, la répression exercée par la Communauté se situe essentiellement dans le domaine de la concurrence, est pourtant décisive dans la perspective de l'attribution de compétences répressives nouvelles à l'Union européenne. Dans ce contexte, en effet, la question de l'articulation entre les compétences répressives nationales et le pouvoir répressif européen se posera nécessairement¹¹⁴⁰. On comprend alors que la reconnaissance du droit à l'unicité d'action répressive comme droit fondamental, primant sur toute autre exigence lors de la conception du nouveau système, est un enjeu d'importance cardinale.

505. Il reste à envisager l'applicabilité du principe d'unicité d'action répressive en matière d'atteintes au libre jeu de la concurrence. Nous réservons pour l'instant la question de savoir si la mise en œuvre du droit de la concurrence entre toujours dans le champ répressif, de sorte que le principe d'unicité d'action répressive soit concerné¹¹⁴¹. Mais il faut évoquer une autre particularité de la répression en matière de concurrence, qui paraît décisive.

b. Les spécificités propres aux auteurs des infractions au droit de la concurrence

506. Très généralement, les auteurs d'infractions au droit de la concurrence sont des entreprises, c'est-à-dire des entités possédant la personnalité juridique, des personnes morales. Or, le droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits repose juridiquement sur la dignité humaine, dont peuvent difficilement se prévaloir des entreprises... En décider autrement reviendrait à galvauder la notion de dignité humaine, ce dont nous tenons à nous

¹¹⁴⁰ Voir *infra*, p. 457.

¹¹⁴¹ Voir *infra*, p. 477.

garder. Si l'on raisonne à partir du fondement de la sûreté, le résultat est semblable car la sûreté consiste avant tout à préserver la liberté... de l'être humain. Les valeurs sous-tendant le principe d'unicité d'action répressive n'imposent donc pas que celui-ci s'applique en matière d'infractions au droit de la concurrence – dans la stricte mesure où les personnes poursuivies sont des personnes morales.

507. Mais affirmer que les personnes morales ne peuvent se prévaloir du droit fondamental à l'unicité d'action répressive en tant qu'il est juridiquement fondé sur la dignité humaine ou la sûreté individuelle ne signifie pas qu'il est exclu que le principe d'unicité d'action répressive leur soit appliqué. En effet, il ne faut pas perdre de vue les fonctions du principe d'unicité d'action répressive, que sont la préservation de la sécurité juridique, non seulement individuelle mais collective¹¹⁴². Or, le besoin de sécurité juridique est tout aussi important pour une entreprise que pour un individu. De même, la sécurité juridique collective se trouve autant touchée par le changement de situation juridique d'une entreprise que de celle d'un individu – si ce n'est plus, étant donné l'importance des retombées économiques. De surcroît, les valeurs non juridiquement consacrées sous-tendant également l'idée d'unicité d'action répressive telles que la loyauté, la proportionnalité, la légitimité, la cohérence et l'efficacité de la répression invitent à ce que le principe d'unicité s'applique à tous les justiciables, qu'ils soient des personnes physiques ou morales.

La position du droit positif est d'obliger l'autorité répressive de la nouvelle poursuite à prendre en compte toute sanction antérieurement prononcée pour les mêmes faits par une autre autorité répressive¹¹⁴³. L'on peut alors discuter de la question de savoir si cette garantie est suffisante au regard de l'exigence de sécurité juridique eu égard aux particularités du droit répressif de la concurrence. A notre sens, la réponse à cette question pourrait dépendre de la mise en œuvre d'un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte à la sécurité juridique provoquée par la nouvelle poursuite par rapport au but de cette nouvelle poursuite, la protection de la libre concurrence. Dans ce contrôle, il ne s'agira pas uniquement de mettre en balance l'intérêt de l'entreprise à ne pas subir l'insécurité juridique face à l'intérêt de la société à ce que les règles du droit de la concurrence soient respectées. Il faudra également

¹¹⁴² Voir *supra*, p. 84 et s.

¹¹⁴³ La jurisprudence de la Cour de justice est constante sur ce point depuis l'arrêt *Walt Wilhelm*.

prendre dûment en considération l'intérêt de la collectivité à ce que la situation juridique de l'entreprise soit stable¹¹⁴⁴.

508. Après l'étude du statut juridique du principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits en droit français et en droit communautaire, il convient d'envisager la conséquence logique de ce statut sur celui de son application, la règle *ne bis in idem*.

§ 2 *La valeur constitutionnelle de la règle ne bis in idem*

509. Comme la règle *ne bis in idem* n'est qu'une application du principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, il va de soi que la consécration constitutionnelle de ce dernier entraîne logiquement la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à la règle *ne bis in idem*. Néanmoins, quelques précisions doivent être apportées pour le droit français (A) comme pour le droit communautaire (B).

A. La constitutionnalisation de la règle *ne bis in idem* en droit français

510. Si la constitutionnalisation du principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits devait être acquise, quelle serait, en droit français, l'utilité de la constitutionnalisation de son application, la règle *ne bis in idem* ?

Il faut ici introduire la distinction entre droit objectif et droit subjectif. Le droit objectif est « *l'ensemble des règles de conduite qui gouvernent les rapports entre les hommes dans la société et dont le respect est assuré par l'autorité publique* »¹¹⁴⁵. On peut assurément ajouter aux rapports entre les hommes les rapports entre ceux-ci et la force publique, notamment la justice répressive, celle-ci étant également liée par le droit. Pour sa part, un droit subjectif est « *une prérogative accordée par le droit [objectif] et permettant à une personne (...) d'exiger*

¹¹⁴⁴ Peu rompue à l'analyse du monde économique, nous laissons à d'autres le soin de réfléchir à ce contrôle de proportionnalité. En revanche, nous proposerons une méthode de mise en œuvre de ce contrôle pour un domaine qui nous est plus familier dans le dernier chapitre de cette étude.

¹¹⁴⁵ *Dictionnaire du vocabulaire juridique, op. cit.*, v° droit objectif ; en ce sens également *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° droit, point n° 1.

d'une autre l'exécution d'une prestation »¹¹⁴⁶. A l'exécution d'une prestation, l'on doit pouvoir assimiler l'adoption d'un comportement, notamment d'une abstention. En somme, tandis que les principes ou règles de droit objectif surplombent l'ensemble des relations juridiques et s'imposent à ce titre aux acteurs qu'ils lient juridiquement, un droit subjectif permet à l'individu de revendiquer en justice l'application pour sa personne d'un principe ou d'une règle de droit objectif qui n'aurait pas été spontanément mise en œuvre.

Cette distinction est d'une grande utilité pour mettre en relief l'articulation entre la règle *ne bis in idem* et le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits. Tandis que le principe d'unicité d'action répressive impose, de façon générale, qu'une seule action répressive ne réponde à un acte délictueux, la règle *ne bis in idem* permet concrètement au justiciable de faire valoir en justice son droit à ne pas être poursuivi à nouveau pour les mêmes faits. En quelque sorte, la règle *ne bis in idem* sert de « soupape de sécurité » à laquelle le justiciable peut recourir lorsque le principe d'unicité d'action répressive n'est pas respecté par les autorités de poursuites.

511. Dans ce contexte, l'intérêt de la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* comme règle à valeur constitutionnelle pourrait être le suivant. A s'en tenir dispositions légales actuelles, l'on sait qu'il est souvent loisible aux autorités répressives françaises d'engager des poursuites bien que les faits aient déjà donné lieu à une première action répressive. Ainsi, par exemple, l'Autorité des Marchés Financiers peut poursuivre en toute légalité des faits qui ont déjà donné lieu à un jugement pénal. De même, le ministère public est parfaitement fondé à engager des poursuites à l'encontre d'un individu pour des faits que l'Autorité des Marchés Financiers a déjà examinés sous l'angle du droit répressif administratif et/ou disciplinaire.

Le contrôle de constitutionnalité étant en France réduit à un contrôle préalable des lois, même si le principe d'unicité d'action répressive était promu au rang de principe à valeur constitutionnelle, il serait impossible de revendiquer en justice l'abrogation des lois permettant cette situation de cumul au prétexte de leur incompatibilité avec le droit constitutionnel. En d'autres termes, cette abrogation – ou la mise en conformité de ces lois avec le principe d'unicité d'action répressive – dépendrait entièrement du bon vouloir du législateur.

¹¹⁴⁶ *Dictionnaire du vocabulaire juridique, op. cit.*, v° droit subjectif ; en ce sens également *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° droit, point n° 1.

Par conséquent, pour se défendre contre un tel cumul de poursuites, mis en œuvre conformément à la loi par les autorités de poursuites, le justiciable devrait pouvoir faire appel à un droit subjectif de valeur supra-législative. Il devrait pouvoir faire valoir que la règle *ne bis in idem*, qui s'oppose à la nouvelle poursuite, s'impose à l'autorité qui souhaiterait diligenter cette poursuite. Il resterait alors au juge judiciaire – ou au juge administratif pour les cas où la seconde poursuite relèverait de sa compétence¹¹⁴⁷ – le choix suivant. Soit ce juge pourrait se retrancher derrière l'« écran législatif » et considérer qu'il ne lui revient pas de faire obstacle à une poursuite répressive conforme à la loi dans la mesure où cela impliquerait qu'il procède à un contrôle de la constitutionnalité de cette loi, ce qui ne relève pas de sa compétence¹¹⁴⁸. Soit il pourrait partir du constat que la loi litigieuse n'interdit certes pas expressément le cumul des poursuites, mais qu'elle ne l'impose pas non plus. Du reste, l'autorité de poursuite peut tout à fait décider de renoncer à l'exercice de l'action publique pour l'application de cette loi en application du principe d'opportunité des poursuites. Le juge pourrait donc considérer que, interprétée à la lumière du droit constitutionnel – toujours dans l'hypothèse où ce dernier aurait accueilli la règle *ne bis in idem* – toute loi n'imposant pas, mais permettant seulement le cumul de poursuites pour les mêmes faits devrait rester inappliquée dès lors que les faits litigieux ont déjà donné lieu à une décision répressive définitive. Alors, la mise en œuvre d'une nouvelle poursuite pour les mêmes faits pourrait être sanctionnée.

Il reste, enfin, à dire quelques mots sur la « constitutionnalisation » de la règle *ne bis in idem* en droit communautaire.

B. La « constitutionnalisation » de la règle *ne bis in idem* en droit communautaire

512. En tant que versant subjectif du principe de droit objectif d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits¹¹⁴⁹, la règle *ne bis in idem* possède en droit communautaire l'utilité suivante : elle doit permettre au justiciable qui serait victime soit d'un cumul de poursuites

¹¹⁴⁷ En matière fiscale par exemple.

¹¹⁴⁸ Pour le juge judiciaire, voir notamment Cass. crim. 20 déc. 1994, Bull. crim. n° 424 ; 4 nov. 1998, *Droit pénal* 1999, comm. n° 43 ; 29 mars 2000, Bull. crim. n° 146 et les explications de F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 272. Pour le juge administratif, voir notamment l'arrêt CE 5 janvier 2005, Mlle Desprez, M. Baillard, *AJDA* 2005, p. 845, note L. BURGOGUE-LARSEN ; voir également les explications de G. DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Paris, A. Colin, 8^{ème} édition, 2002, p. 92.

¹¹⁴⁹ Pour la distinction entre droit objectif et droit subjectif, voir *supra*, p. 425.

communautaires, soit du cumul d'une poursuite nationale et d'une poursuite communautaire pour les mêmes faits, de faire valoir son droit à l'unicité d'action répressive devant toute autorité répressive qui tenterait une nouvelle poursuite contre lui en violation de ce droit. Il pourra s'agir d'une autorité communautaire, bien entendu, mais encore d'une autorité nationale appliquant le droit national ou le droit communautaire, comme c'est parfois le cas en matière de répression des pratiques anti-concurrentielles. Dans ce dernier contexte, il pourra notamment s'agir d'une poursuite nationale tendant à mettre en œuvre le droit communautaire après qu'une première poursuite nationale a été engagée pour les mêmes faits par l'autorité d'un autre Etat.

513. La reconnaissance d'une valeur « constitutionnelle » à la règle – ou encore sa reconnaissance en tant que « principe fondamental du droit communautaire » de manière généralisée¹¹⁵⁰ – est déterminante, car elle permet au justiciable de se prévaloir du droit à l'unicité d'action répressive quand bien même la législation communautaire se serait accommodée de la possibilité de cumuler les poursuites pour les mêmes faits. Selon les cas, le justiciable pourra invoquer la règle *ne bis in idem* devant le juge communautaire ou devant le juge national.

Comme le juge communautaire ne connaît pas de restriction à la mise en œuvre des règles et principes fondamentaux du droit communautaire semblable à la théorie française de l'écran législatif, il pourra sans difficulté recevoir la demande du justiciable et sanctionner l'exercice de la seconde poursuite. Au fond, la « constitutionnalisation » de la règle *ne bis in idem* reviendrait à donner un effet juridique à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

514. Enfin, si, dans la même hypothèse, un juge national était saisi de la demande du justiciable et que ce juge national était le juge français, il pourrait également donner satisfaction au justiciable. En effet, la théorie de l'« écran législatif » a été abandonnée par la jurisprudence pour les cas dans lesquels le droit interne n'est pas contraire au droit constitutionnel français, mais au droit communautaire¹¹⁵¹.

¹¹⁵⁰ Voir *supra*, p. 417.

¹¹⁵¹ Cette jurisprudence est constante depuis l'arrêt Ch. mixte, 24 mai 1975, *Soc. des Cafés Jacques Vabres* et, pour la juridiction administrative, arrêt CE 20 oct. 1989, *Nicolo*. Voir les explications de F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 260 et de G. DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, *op. cit.*, p. 110.

Conclusion du chapitre

515. Ce chapitre relatif au statut juridique du principe d'unicité d'action répressive a permis de montrer qu'en raison du caractère fondamental du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, tant le principe qui le porte, le principe d'unicité d'action répressive, que son application, la règle *ne bis in idem*, doivent être élevés au rang constitutionnel.

516. La fundamentalité du droit à l'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits a pu être établie au prix de la mise à l'écart de la définition traditionnelle du droit fondamental, qui est de nature formelle et se confond souvent avec la définition du droit à valeur constitutionnelle. En s'appuyant sur la valeur fondamentale sous-tendant l'exigence d'unicité d'action répressive qu'est la dignité humaine, il est possible d'affirmer qu'il existe un véritable droit fondamental de chaque justiciable à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits. L'utilité de la consécration formelle de cette fundamentalité, c'est-à-dire de la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle au droit à l'unicité d'action répressive, étant bien réelle, il ne reste qu'à conclure que le principe d'unicité d'action répressive et la règle *ne bis in idem* méritent d'être consacrés au plus haut niveau de la hiérarchie des normes.

517. Dans ce contexte, l'on constate qu'entre le principe d'unicité d'action répressive et la règle *ne bis in idem*, se dessine une relation qui n'est pas seulement celle qui existe entre un principe (fondateur) et la règle (d'application) qui le met en œuvre. En effet, l'on retrouve inexorablement le balancement entre, d'une part, le principe de droit objectif s'imposant à tous les pouvoirs de l'Etat, et jouant à ce titre le rôle de principe directeur vis-à-vis du législateur, et d'autre part, le droit subjectif correspondant, permettant pour sa part au justiciable de faire valoir en justice le respect du principe à son égard. L'on rejoint ici la doctrine allemande de la double nature du droit fondamental, qui devrait pouvoir trouver place en droit français et en droit communautaire.

518. La reconnaissance du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits comme droit à valeur constitutionnelle implique d'importants changements en droit positif. En droit français, une évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le sens de l'élévation du principe d'unicité d'action répressive et, partant, de la règle *ne bis in idem* au rang constitutionnel se fait attendre. La principale conséquence d'une telle évolution résiderait

dans l'obligation de faire jouer le droit à l'unicité d'action répressive entre des poursuites administrative et pénale pour les mêmes faits. Concrètement, cela concerne essentiellement les matières fiscale et boursière qui connaissent un système de double compétence répressive.

La Cour de justice des Communautés européennes devrait également préciser sa jurisprudence. Le droit à l'unicité d'action répressive ne saurait continuer de n'être fondamental que dans certaines situations de cumul des poursuites pour les mêmes faits – celles dans lesquelles les différentes poursuites en jeu sont toutes l'œuvre d'une autorité communautaire. La valeur de « principe fondamental du droit communautaire » devrait donc être reconnue au principe d'unicité d'action répressive par la Cour de justice entre une poursuite nationale et une poursuite communautaire. Certes, ce genre de situation apparaît essentiellement en droit de la concurrence, qui présente certaines spécificités. Mais ces dernières ne sauraient occulter le caractère fondamental du principe d'unicité d'action répressive et, par conséquent, ne sauraient gêner sa reconnaissance générale comme principe fondamental du droit communautaire.

Conclusion du titre

519. Au travers de ce titre, nous avons pu constater qu'une fois que la règle *ne bis in idem* a été dégagée de la logique de l'autorité de la chose jugée, les valeurs juridiques sous-tendant l'exigence d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits peuvent être identifiées sans grande difficulté.

L'exigence d'unicité d'action répressive repose sur les valeurs protectrices de l'individu les plus fondamentales du droit : la dignité humaine et la liberté individuelle. La dignité humaine étant désormais généralement reconnue dans l'Union européenne comme le fondement des droits fondamentaux et l'exigence d'unicité d'action répressive découlant directement de la dignité, il apparaît que ce que nous avons d'abord prudemment appelé « l'idée » d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits n'est autre qu'un droit fondamental.

520. Parce qu'il est un corollaire de la dignité humaine et qu'à ce titre, il doit s'imposer sur toute prétention ou considération adverse, le droit fondamental à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits ne peut rester un simple idéal du système juridique, ni être reconnu au seul niveau législatif. Il doit se voir conférer le statut de droit à valeur constitutionnelle. Par conséquent, tant le principe qui le porte, le principe d'unicité d'action répressive, que la règle *ne bis in idem* qui en assure la mise en œuvre, doivent se voir reconnaître valeur constitutionnelle. Cela ne va pas sans nécessiter quelques évolutions du droit positif, en particulier celle de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice des Communautés européennes. On le voit, l'effet des valeurs sous-tendant le principe d'unicité d'action répressive sur son statut juridique et sur celui de la règle *ne bis in idem*, est très important.

521. Par ailleurs, les valeurs juridiques sous-tendant l'idée d'unicité d'action répressive ont également un rôle à jouer, sinon sur le statut juridique du principe d'unicité d'action répressive et de la règle *ne bis in idem*, du moins sur leur application dans certaines hypothèses particulières. Ainsi, tandis que la dignité humaine et la sûreté individuelle ne peuvent être invoquées par les personnes morales pour se prévaloir de l'unicité d'action répressive, les exigences de loyauté – ou d'équité –, de proportionnalité, de légitimité, de cohérence et d'efficacité de la répression laissent penser que le principe d'unicité d'action

répressive devrait leur être également applicable. Comme les personnes physiques, les personnes morales doivent en effet se voir protéger contre l'arbitraire de la répression, que chacune de ces valeurs permet de combattre.

Les valeurs envisagées dans ce titre n'ont pas fini de nous guider. En effet, il ne suffit pas d'avoir déterminé le statut juridique du principe fondateur de la règle *ne bis in idem*. Il faut encore en délimiter les contours.

Titre 2

Les contours du principe d'unicité d'action répressive

522. Grâce au principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits, la règle *ne bis in idem* possède un fondement qui s'intègre aisément dans l'ordre juridique. Il reste alors à définir les contours de ce principe, c'est-à-dire à déterminer l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le principe s'applique, mais également les limites de cette application. En effet, certaines d'exigences contradictoires, invitant au renouvellement des poursuites pour les mêmes faits, justifieront parfois l'aménagement d'exceptions à l'application du principe d'unicité d'action répressive.

523. Dans la détermination des cas d'application et d'inapplication du principe d'unicité d'action répressive, il conviendra de ne pas perdre de vue que ce principe a pour ambition de s'appliquer dans l'Union européenne, afin de contribuer à la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Or, l'Union européenne regroupe en son sein de nombreux systèmes juridiques, connaissant chacun des particularités. Il doit donc rester loisible à chaque système juridique d'organiser l'application du principe d'unicité d'action répressive de façon compatible avec ces particularités. En d'autres termes, chaque système juridique doit bénéficier d'une certaine marge d'appréciation dans la mise en œuvre du principe.

Pour autant, la prise en considération de spécificités propres à la dimension du principe invoquée ou de particularités du système juridique concerné ne saurait avoir pour conséquence la renonciation complète au droit à l'unicité d'action répressive. Le principe d'unicité d'action répressive doit donc être défini de façon suffisamment rigoureuse pour ne pas être ruiné dans sa substance lors de sa mise en application. Ainsi, la définition des contours du principe doit permettre que soient posées les limites en deçà desquelles le principe serait vidé de son sens. En tant que « principe directeur » du procès répressif européen, le principe d'unicité d'action répressive fixera les objectifs à atteindre, les orientations à suivre. Les autorités compétentes pour l'organisation du système répressif comme celles qui sont chargées de l'application de la règle *ne bis in idem* aux justiciables pourront alors s'y référer dans l'accomplissement de leur mission.

524. La détermination des contours du principe d'unicité d'action répressive impose que soit définie l'application du principe (chapitre 1). Mais la mise en œuvre de tout principe dépend encore de la prise en considération d'autres principes, porteurs d'exigences contradictoires. Ainsi, il conviendra également de préciser les exceptions à l'application du principe d'unicité d'action répressive (chapitre 2).

CHAPITRE 1 L'APPLICATION DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE

525. Les contours de l'application du principe d'unicité d'action répressive découleront de ses fondements et de ses fonctions. Ainsi, le principe devra nécessairement s'appliquer lorsque la dignité humaine et la liberté individuelle l'exigent, voire plus généralement lorsqu'il existe un risque de mise en œuvre arbitraire de la répression. De même, l'exigence de sécurité juridique servira d'indicateur pour la détermination de l'application du principe.

L'étude de l'application du principe d'unicité d'action répressive nécessite d'envisager, dans un premier temps, le champ d'application du principe (section 1) puis, dans un second temps, ses conditions d'application (section 2).

Section 1 Le champ d'application

526. La délimitation du champ d'application du principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits doit être envisagée selon les critères précédemment utilisés pour étudier le champ d'application de la règle *ne bis in idem*.

Il s'agit, d'une part, du critère géographique. Dans la mesure où nous avons, d'emblée, situé notre étude dans les frontières de l'Union européenne, la détermination du champ d'application du principe d'unicité d'action répressive sera confinée à ces mêmes frontières même si, théoriquement, rien n'empêcherait d'envisager l'application du principe à l'extérieur de l'Union. Ainsi, c'est la reconnaissance du principe d'unicité d'action répressive dans l'Union qui attirera notre attention. De cette reconnaissance dépend en effet la construction effective de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice (§ 1). Il faut, d'autre part, considérer le critère matériel de délimitation du champ d'application du principe d'unicité d'action répressive. Pour cela, nous verrons qu'il est pertinent de faire appel à la notion de matière pénale développée par la Cour européenne des droits de l'homme (§ 2).

§ 1 L'espace de liberté, de sécurité et de justice

527. Dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les applications du principe d'unicité d'action répressive qu'il est intéressant d'étudier sont l'application dans les relations internationales et l'application dans les rapports de supranationalité. En effet, d'une part, l'applicabilité interne du principe est acquise, dans la mesure où la règle *ne bis in idem* est reconnue dans les systèmes juridiques nationaux. Certes, des difficultés surgissent au niveau interne, mais elles sont dues à une détermination trop étroite du champ *matériel* d'application du principe d'unicité ou à des conditions trop sévères de mise en œuvre. D'autre part, l'application de l'unicité d'action répressive au sein du système communautaire de répression, c'est-à-dire dans l'hypothèse dans laquelle l'autorité communautaire de poursuite envisagerait

de poursuivre plusieurs fois successivement les mêmes faits, semble également être acquise¹¹⁵².

Par conséquent, nous concentrerons notre analyse sur les questions de l'applicabilité internationale et de l'applicabilité supranationale du principe d'unicité d'action répressive dans l'Union européenne. Nous constaterons que l'applicabilité internationale du principe se trouve sur la voie du progrès (A). En revanche, dans les rapports de supranationalité, le principe peine encore à s'imposer. La question de sa mise en œuvre dans ces rapports doit donc être étudiée (B).

A. Les progrès du principe entre les Etats de l'Union européenne

528. Avant d'étudier la mise en œuvre internationale du principe d'unicité d'action répressive dans l'Union européenne, il faut préciser que nous laisserons pour l'instant de côté la question des exceptions à la mise en œuvre internationale du principe. Nous traiterons de ces exceptions dans le dernier chapitre, avec les autres exceptions.

529. L'applicabilité du principe d'unicité d'action répressive dans les rapports entre les Etats de l'Union européenne dépend naturellement de la reconnaissance juridique de la dimension internationale du principe par les différents Etats de l'Union. Notamment, les autorités répressives nationales doivent se voir interdire de poursuivre des faits qui ont déjà fait l'objet d'une décision répressive définitive dans un autre Etat (règle *ne bis in idem* internationale). Mais cette reconnaissance par les Etats membres ne passe pas nécessairement par une adoption expresse de l'applicabilité internationale du principe d'unicité – ou, du moins, de son application, la règle *ne bis in idem* internationale –, dans les droits nationaux. L'exemple de l'Allemagne, qui ne consacre nullement la règle *ne bis in idem* internationale en droit interne mais qui, en revanche, met en œuvre l'article 54 de la Convention de Schengen, le montre bien. Même en France, où le Code pénal et le Code de procédure pénale consacrent la règle *ne bis in idem* internationale, dès lors qu'il s'agit de l'appliquer après une décision rendue dans un Etat faisant partie de l'espace Schengen, les dispositions nationales s'effacent devant l'article 54 de la Convention de Schengen en raison de la supériorité de principe du droit international sur le droit interne.

¹¹⁵² Voir *supra*, p. 253.

Il ne s'agira donc pas, dans les développements qui vont suivre, de vérifier l'applicabilité du principe d'unicité selon les droits internes des Etats membres. La tâche s'avérerait à la fois fastidieuse et inutile pour notre objectif. En revanche, il faudra se demander si, en l'état actuel, le droit de l'Union européenne permet que le principe d'unicité soit applicable dans sa dimension internationale sur l'ensemble du territoire de l'Union.

530. L'article 50 de la Charte sur les droits fondamentaux de l'Union européenne pourrait servir de point de départ de l'analyse. Rappelons que les termes de cette disposition sont les suivants : « [n]ul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union européenne par un jugement pénal définitif ». Cependant, bien qu'il vise indubitablement la dimension internationale de la règle *ne bis in idem*¹¹⁵³ et qu'il soit assurément destiné à couvrir l'ensemble du territoire de l'Union, l'article 50 ne permet pas de conclure que principe d'unicité trouve application entre les Etats de l'Union. En effet, les droits proclamés par la Charte restent pour l'instant dépourvus d'effet juridique contraignant¹¹⁵⁴.

531. Il faudra donc se tourner vers d'autres dispositions du droit de l'Union européenne. Mais, là encore, une nouvelle sélection est nécessaire. En effet, de très nombreux textes européens donnent corps au principe d'unicité d'action répressive en prévoyant ci et là l'application de la règle *ne bis in idem*. Il en va ainsi, par exemple, de l'article 7 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes¹¹⁵⁵, ou encore de l'article 10 de la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires de l'Union européenne ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne¹¹⁵⁶. Cependant, dans la mesure où ces textes ne concernent, chacun, qu'un domaine restreint de la répression, l'intérêt d'étudier leur applicabilité sur le territoire de l'Union européenne reste limité.

Par ailleurs, le principe d'unicité d'action répressive est matérialisé par l'interdiction d'extrader un individu pour des faits dont il a déjà définitivement répondu devant la justice

¹¹⁵³ Voir *supra*, p. 51.

¹¹⁵⁴ Voir *supra*, p. 386.

¹¹⁵⁵ Convention du 26 juil. 1995 (JOCE C-316 du 27 nov. 1995, p. 49 et s.), art. 7 : « Les Etats membres appliquent en droit interne le principe *ne bis in idem* en vertu duquel une personne qui a été définitivement jugée dans un Etat membre ne peut être poursuivie pour les mêmes faits dans un autre Etat membre, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été exécutée, soit en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon la loi de l'Etat de condamnation ».

¹¹⁵⁶ Convention du 26 mai 1997 (JOCE C-195 du 25 juin 1997, p. 2 et s.). L'art. 10 est rigoureusement identique à l'art. 7 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

d'un Etat. Cette interdiction figure dans la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957¹¹⁵⁷ applicable à tous les Etats membres de l'Union européenne et elle figure aujourd'hui dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres¹¹⁵⁸. Mais ici encore, il ne s'agit que d'une application très spécifique du principe d'unicité. En outre, il est permis de postuler qu'un Etat qui reconnaît de façon générale l'applicabilité de la règle *ne bis in idem* dans ses rapports avec les autres Etats de l'Union, c'est-à-dire qui accepte de renoncer à la poursuite d'un individu en application du principe d'unicité, reconnaîtra nécessairement son applicabilité dans le cas particulier où il s'agit de faire obstacle à l'extradition d'un individu placé sous sa puissance, ce d'autant plus que, dans cette hypothèse, c'est un autre Etat qui se voit privé d'exercer sa compétence répressive. Par conséquent, nous ne nous attarderons pas non plus sur la question de l'applicabilité du principe d'unicité d'action répressive sur le territoire de l'Union dans le cadre de l'extradition.

532. Il reste alors à examiner les dispositions européennes permettant une application générale du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits dans sa dimension internationale. Il s'agira, dans un premier temps, de l'article 54 de la Convention de Schengen, consacrant la règle *ne bis in idem* internationale (1). Mais il faudra également évoquer le *Projet de décision-cadre relative à l'application du principe « non bis in idem »*, soumise au Conseil de l'Union européenne à l'initiative de la République hellénique le 13 février 2003 (2).

¹¹⁵⁷ Art. 9 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 : « *L'extradition ne sera pas accordée lorsque l'individu réclamé a été définitivement jugé par les autorités compétentes de la Partie requise, pour le ou les faits à raison desquels l'extradition est demandée. L'extradition pourra être refusée si les autorités compétentes de la Partie requise ont décidé de ne pas engager de poursuites ou de mettre fin aux poursuites qu'elles ont exercées pour les ou les mêmes faits* ».

¹¹⁵⁸ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002, 2002/584/JAI, JOCE L-190 du 18 juil. 2002, p. 1 et s. Aux termes de l'art. 3, 2) de la décision-cadre, constitue un motif de non-exécution obligatoire du mandat d'arrêt européen, le fait qu'il « *résulte des informations à la disposition de l'autorité judiciaire d'exécution que la personne recherchée a fait l'objet d'un jugement définitif pour les mêmes faits par un Etat membre, à condition que, en cas de condamnation, celle-ci ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'Etat membre de condamnation* ». En outre, selon l'art. 4, 2), constitue un motif de non-exécution facultative du mandat d'arrêt européen, le fait que « *la personne qui fait l'objet du mandat d'arrêt européen est poursuivie dans l'Etat membre d'exécution pour le même fait* ».

1. L'article 54 de la Convention de Schengen

533. Deux points sont à examiner pour rendre compte de la mise en œuvre internationale du principe d'unicité d'action répressive dans l'Union européenne par le biais de l'article 54 de la Convention de Schengen, dont les termes sont les suivants : « *Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation* ». Il convient, bien entendu, de s'interroger sur l'étendue géographique de son applicabilité à l'intérieur de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (a). Mais, dans la mesure où la bonne mise en œuvre d'une règle dépend largement du contrôle exercé sur celle-ci, il faudra encore étudier la question du contrôle de la mise en œuvre de l'article 54 de la Convention de Schengen dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice (b).

a. L'étendue géographique de l'applicabilité de l'article 54

534. Le 19 juin 1990, la Convention de Schengen n'a été adoptée qu'entre les cinq Etats qui avaient signé l'accord du 14 juin 1985¹¹⁵⁹, afin de permettre la mise en œuvre de ce dernier. Mais par la suite, l'application de la Convention de Schengen a été progressivement étendue à d'autres Etats membres de l'Union européenne¹¹⁶⁰, jusqu'à ce que treize d'entre eux soient concernés. Seuls le Royaume-Uni et l'Irlande restèrent à l'écart et s'abstinrent par conséquent de participer au Protocole n° 2 accompagnant le traité d'Amsterdam, intégrant l'acquis de Schengen dans le droit de l'Union européenne. Toutefois, en conséquence d'une demande de chacun de ces deux Etats à participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, les articles 54 et suivants leur sont désormais également applicables¹¹⁶¹. Enfin, en vue du dernier élargissement de l'Union européenne à huit pays d'Europe centrale et orientale ainsi qu'à Chypre et Malte, il a été prévu que certaines dispositions de l'acquis de Schengen seraient

¹¹⁵⁹ Il s'agit de l'Allemagne, de la Belgique, de la France, du Luxembourg et des Pays-bas.

¹¹⁶⁰ L'Italie a signé les accords le 27 novembre 1990, l'Espagne et le Portugal le 25 juin 1991, la Grèce le 6 novembre 1992, l'Autriche le 28 avril 1995, le Danemark, la Finlande et la Suède le 19 décembre 1996.

¹¹⁶¹ Voir la décision du Conseil 2000/365/CE du Conseil du 29 mai 2000 relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, JOCE L-131, du 1^{er} juin 2000, p. 43 ; et la Décision 2002/192/CE du Conseil du 28 février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, JOCE L-64 du 7 mars 2002, p. 20 et s.

applicables aux dix nouveaux Etats membres, dont font partie les articles 54 et suivants de la Convention¹¹⁶². Par conséquent, tous les Etats de l'Union sont liés par ces dispositions.

Ainsi, pour le sujet qui nous occupe, l'« espace Schengen » coïncide parfaitement avec l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne. L'applicabilité de l'article 54 de la Convention de Schengen à l'ensemble des Etats membres de l'Union laisse présumer d'une large mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Encore faut-il s'assurer qu'il existe un contrôle efficace de cette mise en œuvre.

b. Le contrôle de la mise en œuvre de l'article 54

535. Depuis l'intégration de l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne¹¹⁶³, les articles 54 et suivants de la Convention de Schengen sont rattachés au titre VI du traité sur l'Union européenne, relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale¹¹⁶⁴. Il en résulte que l'article 35 du traité sur l'Union, relatif à la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes, est applicable à ces dispositions. Par conséquent, comme l'indique l'article 35 paragraphe 1^{er} du traité, la Cour de justice « *est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation* » de l'article 54 de la Convention de Schengen.

Mais la compétence de la Cour est subordonnée à une seconde condition, explicitée par l'article 35 paragraphe 2 du traité sur l'Union. Selon celui-ci, « *tout Etat membre peut, (...) accepter la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel dans les conditions définies au paragraphe 1* ». Treize Etats ont fait des déclarations en ce sens : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-bas, le Portugal, la République tchèque et la Suède¹¹⁶⁵. Grâce aux déclarations de l'Allemagne et de la Belgique, la Cour de justice a pu se prononcer le

¹¹⁶² Voir l'art. 2 de l'annexe I du traité d'adhésion, J.O.C.E. L 236 du 23 sept. 2003, p. 50.

¹¹⁶³ Voir le Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne (Protocole n° 2 accompagnant le traité d'Amsterdam).

¹¹⁶⁴ Selon l'article 2, § 1, 2^{ème} paragraphe, 2^{ème} phrase du Protocole intégrant l'acquis de Schengen, il revenait au Conseil de déterminer la base juridique pour chacune des dispositions ou décisions qui constituent l'acquis de Schengen. Ce fut chose faite le 20 mai 1999, par la décision du Conseil 1999/436/CE, JOCE L-176 du 10/7/1999, p. 17 à 30. Il résulte de l'article 2 et l'annexe A de cette décision que le Conseil a désigné les articles 34 et 31 du Traité sur l'Union (appartenant au titre VI de ce traité), comme bases juridiques des articles 54 à 58 de la Convention de Schengen.

¹¹⁶⁵ Voir les déclarations (n° 60) accompagnant le traité d'Amsterdam pour l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Grèce et le Luxembourg. L'auteur remercie Mlle Estelle Lepka, lectrice à la Cour de justice des Communautés européennes, pour les informations concernant les autres Etats.

11 février 2003 dans les affaires Gözütok et Brügge évoquées à plusieurs reprises dans cette étude¹¹⁶⁶.

536. La compétence de la Cour de Luxembourg pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 54 de la Convention de Schengen est particulièrement importante pour le développement harmonieux de l'application du principe d'unicité d'action répressive dans l'Union européenne.

D'abord, l'intervention de la Cour de justice à titre préjudiciel permet que soit donnée une interprétation uniforme des termes de l'article 54. Ainsi, le principe d'unicité d'action répressive pourra recevoir, sa dimension internationale du moins, une application relativement égale dans l'Union. En effet, si, les juridictions nationales étaient seules compétentes pour interpréter l'article 54, le risque que les juridictions suprêmes des vingt-quatre Etats concernés en retiennent des interprétations divergentes – voire contradictoires – serait très élevé. La bonne mise en œuvre du principe en souffrirait certainement.

Mais au-delà de l'uniformité d'application du principe dans sa dimension internationale, il est probable qu'à long terme, son application interne se voie également concernée par l'interprétation de la Cour de justice. Reprenons l'exemple de l'arrêt Gözütok et Brügge. Selon la Cour, une transaction avec le ministère public d'un Etat empêche les autorités répressives d'un autre Etat d'engager de nouvelles poursuites à propos des mêmes faits. L'on imagine mal que, se voyant contraints de s'abstenir de poursuivre des faits ayant donné lieu à une transaction à l'étranger, les Etats membres qui admettaient jusqu'alors qu'une poursuite répressive puisse être engagée à la suite d'une transaction pénale – ou ne l'interdisaient qu'à des conditions plus sévères que celles qui résultent de l'interprétation de l'article 54 donnée par la Cour de justice –, continuent dans cette voie. Progressivement, les hypothèses dans lesquelles l'application nationale du principe d'unicité d'action répressive est plus restreinte que l'application internationale dans l'Union européenne disparaîtront.

537. Néanmoins, il ne faudrait pas que l'effet inverse se produise, c'est-à-dire que la mise en œuvre rigoureuse du principe d'unicité d'action répressive dans certains Etats s'émousse en écho à une interprétation plus lâche au niveau européen. Aussi, si l'idée d'une application harmonieuse du principe d'unicité d'action répressive paraît très séduisante, il faut veiller à ce qu'elle ne prenne pas la tournure d'un nivellement par le bas. Pour cela, rien de tel que de

¹¹⁶⁶ Arrêt du 11 fév. 2003, précité.

rester vigilant sur la conformité de la mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive avec les valeurs qui le sous-tendent, en particulier le respect de la dignité humaine et la protection de la liberté individuelle, et avec ses fonctions, la préservation de la sécurité juridique individuelle et collective.

538. Sans aucun doute, l'article 54 de la Convention de Schengen constitue une base précieuse pour la mise en œuvre internationale du principe d'unicité d'action répressive dans l'Union européenne. Pourtant, faut-il rappeler qu'il se borne à consacrer la règle *ne bis in idem*, à savoir une simple application du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits ?

Certes, l'article 57 de la Convention de Schengen tente d'éviter que des faits soient doublement jugés, en promouvant l'échange d'informations entre les autorités répressives des différents Etats membres : « *si des poursuites pénales ont été engagées contre une personne dans un Etat membre et que les autorités compétentes de cet Etat ont des raisons de croire que l'accusation concerne les mêmes actes que ceux pour lesquels la personne a été définitivement jugée dans un autre Etat membre, ces autorités demandent aux compétentes de l'Etat de l'instance de leur communiquer les informations pertinentes* ». Mais il faut bien remarquer que cet échange d'informations n'intervient qu'une fois que la nouvelle poursuite pour les mêmes faits est déjà engagée. En outre, il ne résout en rien le problème de la pluralité de compétences pour les mêmes faits, créatrice des situations de cumuls d'actions répressives.

En somme, seul le droit subjectif du justiciable à se défendre contre une nouvelle poursuite pour des faits dont il a déjà répondu est garanti par la Convention de Schengen. En revanche, la mise en œuvre du principe de droit objectif selon lequel une seule action répressive peut donner suite à une action humaine répréhensible est négligée.

A cet égard, le projet de décision-cadre soumis aux instances de l'Union par la République hellénique est véritablement novateur.

2. Le projet de décision-cadre

539. Se fondant sur les articles 29, 31 point d) et 34 paragraphe 2 b) du Traité sur l'Union¹¹⁶⁷, la République hellénique a formulé le 13 février 2003 une initiative en vue de l'adoption d'une décision-cadre « relative à l'application du principe *non bis in idem* »¹¹⁶⁸. Après avoir fait l'objet de nombreuses discussions devant les instances de l'Union¹¹⁶⁹, ce projet n'a pu rassembler l'ensemble des Etats. Or, une décision-cadre ne peut être adoptée par le Conseil de l'Union européenne qu'à l'unanimité de ses membres¹¹⁷⁰. Le projet grec a donc été abandonné. La Commission européenne envisage de soumettre elle-même un nouveau projet de décision-cadre aux Etats membres. Elle le fera à l'issue d'un large processus de consultation, qui suivra la publication d'un livre vert sur les conflits de juridiction et l'application de la règle *ne bis in idem*¹¹⁷¹.

Ainsi, l'avenir de la dimension internationale du principe d'unicité d'action répressive dans l'Union européenne semble passer par l'adoption d'une décision-cadre. Il convient, par conséquent, d'étudier l'impact du recours à ce nouvel instrument juridique (a). Par ailleurs, bien qu'il soit mort-né, le projet grec présente des aspects intéressants, qui pourront utilement alimenter la discussion qui s'annonce. Aussi semble-t-il pertinent d'en dresser une présentation générale (b).

a. Le recours à un nouvel instrument juridique : la décision-cadre

540. De façon liminaire, précisons que si une décision-cadre devait être adoptée, elle concernerait comme l'article 54 de la Convention de Schengen l'ensemble des Etats membres de l'Union¹¹⁷².

¹¹⁶⁷ L'art. 29 explicite l'objectif de l'Union « d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice » ; l'art. 31 précise que « l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise (...) à prévenir les conflits de compétences entre Etats membres » ; enfin, l'art. 34 al. 2 b) octroie au Conseil la compétence pour « arrêter des décisions-cadres aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres (...) ».

¹¹⁶⁸ JOCE C-100 du 26 avril 2003, p. 24 et s.

¹¹⁶⁹ Voir les explications de S. MANACORDA, Chronique « Droit de la communauté et de l'Union européenne – Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne (2003-2004) », RSC 2004, p. 969 et s., spéc. p. 972-973.

¹¹⁷⁰ Art. 34 al. 2 du traité sur l'Union.

¹¹⁷¹ L'auteur vivement M. Dr. Martin Wasmeier et M. Polyvios Panayides, successivement chargés du dossier à la Commission européenne, pour ces informations.

¹¹⁷² Pour la situation particulière du Royaume-Uni et de l'Irlande, voir les points 9 et 10 du préambule du projet de décision-cadre.

541. Contrairement à une convention internationale, une décision-cadre n'a pas vocation à être appliquée directement par les autorités répressives des Etats membres de l'Union. En tant que pendant de la directive communautaire pour les parties non communautarisées du droit de l'Union, la décision-cadre est une sorte de loi européenne d'orientation¹¹⁷³ adressée aux Etats membres. Elle leur impose de mettre leur droit interne en conformité avec les résultats prescrits par la décision-cadre, ce qui les oblige souvent à transposer le contenu de ses dispositions en droit interne. Comme le précise l'article 34 paragraphe 2 b) du traité sur l'Union, « [l]es décisions-cadres lient les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

Ainsi, l'article 8 paragraphe 1^{er} du projet grec prévoit que « les Etats membres adoptent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente décision-cadre (...) au plus tard (deux ans après la date d'adoption de la décision-cadre) ».

542. Cependant, à la différence de la directive communautaire, la décision-cadre ne peut entraîner d'effet direct¹¹⁷⁴. Cela signifie que le justiciable ne peut s'en prévaloir sans passer par la norme nationale d'application, même si l'Etat concerné n'a pas mis son droit interne en conformité avec les exigences de la décision-cadre dans le délai imparti, ou n'a procédé qu'à une transposition incomplète ou erronée de la norme européenne¹¹⁷⁵. En outre, le recours en manquement de l'article 170 du traité communautaire, permettant de contraindre les Etats membres à remplir les obligations qui leur incombent – notamment celle de mettre leurs droits internes en conformité avec les directives communautaires –, ne trouve pas d'équivalent dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Par conséquent, il n'existe pas de voie de droit permettant de sanctionner les Etats membres qui négligent de mettre leur droit national en conformité avec les exigences d'une décision-cadre.

En revanche, aux termes de l'article 35 paragraphe 1^{er} du traité sur l'Union européenne, la Cour de justice des Communautés européennes est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres¹¹⁷⁶. La question préjudicielle en

¹¹⁷³ Le traité établissant une Constitution pour l'Europe remplace d'ailleurs le terme de directive par celui de « loi-cadre » (voir l'art. I-33 du traité).

¹¹⁷⁴ Art. 34 al. 2 b) du traité UE.

¹¹⁷⁵ Voir cependant l'arrêt CJCE 16 juin 2005, aff. C-105/03, Procédure pénale c/ Maria Pupino, RSC 2005, p. 946-947, obs. MANACORDA.

¹¹⁷⁶ De même, selon l'article 35 paragraphe 6 du traité UE, la Cour de justice est compétente pour contrôler la légalité des décisions-cadres lorsqu'elle est saisie par un Etat membre ou par la Commission, et peut dans ce cadre sanctionner la « violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application (...) ». Le délai imparti pour saisir la Cour de justice est de deux mois à compter de la publication de l'acte.

interprétation permet dans ce contexte aux juridictions nationales, qui sont généralement tenues d'interpréter les dispositions nationales à la lumière de la norme supranationale d'origine, de solliciter de la part de la Cour de justice une interprétation européenne de cette norme, qui guidera par la suite l'ensemble des juridictions nationales confrontées à la même question et permettra, par conséquent, que la décision-cadre soit appliquée de façon harmonieuse dans l'Union.

Il convient d'en venir à présent au contenu du projet grec de décision-cadre « relative à l'application du principe *non bis in idem* ».

b. Présentation générale du projet grec de décision-cadre

543. Le projet de décision-cadre soumis par la République hellénique commence par un article définissant une série de termes, qui sont utilisés dans les articles suivants. Nous examinerons ces définitions plus tard, au fur et à mesure de la délimitation des contours du principe d'unicité d'action répressive.

544. L'article 2 du projet comporte la formulation de l'interdiction de poursuivre une nouvelle fois des faits ayant déjà donné lieu à une décision répressive, c'est-à-dire la règle *ne bis in idem* proprement dite. Il dispose, en son paragraphe premier :

« Toute personne qui a été poursuivie ou définitivement jugée dans un Etat membre en raison d'un acte punissable, conformément à la loi et à la procédure pénales de cet Etat, ne peut être poursuivie pour les mêmes actes dans un autre Etat membre dès lors qu'elle a déjà été mise hors de cause ou, en cas de condamnation, que la sanction a été exécutée, est en cours d'exécution ou ne peut plus être exécutée, conformément au droit de l'Etat de l'instance ».

A première vue, la similitude avec l'article 54 est frappante. Néanmoins, les définitions de l'article 1^{er} de la décision-cadre enrichissent quelque peu la disposition¹¹⁷⁷.

545. La question de l'articulation entre l'article 54 de la Convention de Schengen et l'article 2 de la décision-cadre – si cette dernière entrerait en vigueur – se pose bien entendu. L'article 9 de la décision-cadre prévoit à cet égard l'abrogation des articles 54 à 58 de la Convention de

¹¹⁷⁷ Notamment, les termes « actes punissables » englobent les infractions administratives (voir *infra*, p. 477) et il est conféré un sens large au terme « juger » (voir *infra*, p. 489).

Schengen dès l'entrée en vigueur de la décision-cadre. Mais, plutôt que l'entrée en vigueur de la décision-cadre, mieux vaudrait viser sa mise en application par l'Etat membre concerné. Il faut, en effet, éviter la situation absurde dans laquelle les dispositions de la Convention de Schengen seraient abrogées en raison de l'entrée en vigueur de la décision-cadre¹¹⁷⁸, mais où les dispositions de celle-ci ne seraient pas encore applicables faute de transposition en droit national. Une décision-cadre étant dépourvue d'effet direct¹¹⁷⁹, ni l'article 54 de la Convention de Schengen ni l'article 2 de la décision-cadre ne seraient applicables.

546. Vient ensuite l'article 3, consacré à la situation de litispendance. Cette disposition novatrice est formulée comme suit :

« Si des poursuites pénales sont engagées dans un Etat membre du fait d'un acte punissable, alors que le même acte fait déjà l'objet d'une affaire pendante dans un autre Etat membre, la procédure suivante est d'application :

- a) la préférence est accordée au for de l'Etat membre qui est le mieux à même d'assurer une bonne administration de la justice, compte tenu des critères suivants :*
 - i) l'acte punissable est commis sur le territoire de l'Etat du for ; ii) l'auteur est ressortissant de cet Etat ou y réside ; iii) les victimes sont originaires de cet Etat ; iv) l'auteur se trouvait sur le territoire de cet Etat ;*
- b) lorsque les juridictions de plusieurs Etats membres sont compétentes et sont en mesure d'engager des poursuites concernant un acte punissable fondé sur les mêmes circonstances, les autorités compétentes de chacun de ces Etats peuvent, après s'être consultées, et compte tenu des critères énoncés au point a), désigner l'Etat du for qui sera appelé à connaître de l'affaire ; lorsque le for d'un Etat membre a été désigné, les procédures pendantes dans les autres Etats membres sont suspendues jusqu'au prononcé d'un jugement ayant autorité de la chose jugée dans l'Etat du for désigné. En cas de suspension d'une procédure dans un Etat Membre, les autorités compétentes en informent sans délai les autorités correspondantes de l'Etat du for désigné. Si, pour quelque motif que ce soit, aucun jugement définitif n'est prononcé dans ledit Etat, les autorités compétentes de ce dernier en informent sans délai les*

¹¹⁷⁸ Selon l'article 10 du projet de décision-cadre, l'entrée en vigueur a lieu le jour de la publication de la décision-cadre au Journal officiel des Communautés européennes.

¹¹⁷⁹ Voir *supra*, p. 448.

autorités correspondantes de l'Etat membre ayant le premier suspendu les poursuites ».

Le problème du cumul des poursuites pour les mêmes faits est traité ici *avant* qu'une quelconque décision ne soit rendue par l'une des autorités s'apprêtant à réprimer les faits. La solution proposée est applicable dès lors que l'on se trouve en situation de litispendance. Pour éviter la poursuite parallèle des faits dans deux ou plusieurs Etats de l'Union, il est fait appel à des critères désignant, parmi les Etats compétents pour juger les faits, l'un d'entre eux. Celui-ci se voit accorder la priorité, afin qu'une seule poursuite ne soit menée à terme. On le voit, un pas supplémentaire est franchi dans la mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive. Il ne s'agit plus seulement d'interdire à une autorité répressive de poursuivre des faits déjà jugés (*ne bis in idem*), mais de faire en sorte que, d'emblée, une seule des autorités saisies des faits ne traite l'affaire.

547. Mentionnons que le projet de décision-cadre comporte encore, comme pendant de l'article 55 de la Convention de Schengen, un article 4 relatif aux exceptions, que nous étudierons ultérieurement¹¹⁸⁰. Suit l'article 5 consacrant le principe du non-cumul des sanctions pour les hypothèses dans lesquelles le cumul des poursuites aurait lieu malgré tout, qui correspond à l'article 56 de la Convention de Schengen. Par ailleurs, l'article 6 reprend la lettre de l'article 57 de la Convention de Schengen, relatif à l'échange d'informations entre autorités compétentes¹¹⁸¹. Viennent enfin d'autres dispositions d'organisation générale¹¹⁸².

548. Pour conclure ces premières observations sur le projet de décision-cadre de la République hellénique, l'on retiendra qu'il contient deux grandes innovations. La première concerne la méthode. La mise en œuvre internationale du principe d'unicité d'action répressive ne passe plus par l'application du droit international par les autorités répressives nationales, mais par l'incitation des Etats membres à adopter les dispositions nécessaires dans leurs droits nationaux pour éviter que les autorités répressives de plusieurs Etats membres ne poursuivent les mêmes faits. Dans ce contexte, un phénomène d'harmonisation normative entre les droits nationaux européens se profile. La seconde innovation consiste en la

¹¹⁸⁰ Voir *infra*, p. 550.

¹¹⁸¹ Voir *supra*, p. 446.

¹¹⁸² L'art. 7 prévoit que les dispositions de la décision-cadre « ne font pas obstacle à l'application de dispositions nationales plus larges concernant le principe « non bis in idem » attaché aux décisions judiciaires rendues à l'étranger » (il s'agit du pendant de l'article 58 de la Convention de Schengen). L'article 8 concerne la mise en œuvre de la décision-cadre, voir *supra*, p. 448. L'article 9 est relatif à l'abrogation des dispositions de la Convention de Schengen lors de l'entrée en vigueur de la décision-cadre, voir *supra*, p. 449. Enfin, l'article 10 prévoit la date d'entrée en vigueur de la décision-cadre, voir *supra*, note n° 1178.

consécration de critères permettant de choisir l'autorité répressive compétente pour l'hypothèse dans laquelle une autorité engage une poursuite dans une affaire qui est déjà pendante devant la justice d'un autre Etat. L'on décèle ici une réalisation plus avancée du principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits que le traditionnel recours à la règle *ne bis in idem*, à laquelle il faut donner entière approbation.

549. L'applicabilité du principe d'unicité d'action répressive dans les rapports entre les Etats de l'Union européenne se situe donc sur la voie du progrès. Pour la compléter, il conviendrait de prévoir un système de répartition des compétences entre les Etats membres de l'Union, permettant de désigner un seul Etat pour traiter une affaire en cas de conflit positif de compétences. Etudions à présent la situation en ce qui concerne les rapports de supranationalité dans l'Union.

B. La question de la mise en œuvre du principe dans les rapports de supranationalité

550. En l'état du droit positif, l'applicabilité de l'unicité d'action répressive dans les rapports de supranationalité de l'Union européenne n'est pas établie (1). Pourtant, la superposition d'un ordre juridique supranational sur des ordres juridiques nationaux n'entraîne pas nécessairement le cumul de répression pour les mêmes faits. Le système de répression des crimes de génocide, de crime contre l'humanité et de crime de guerre, articulé autour de la double compétence des juridictions nationales et de juridictions pénales internationales, en tient lieu d'exemple (2).

1. La situation actuelle dans l'Union européenne

551. A l'heure d'aujourd'hui, dans l'Union européenne, le principe d'unicité d'action répressive n'a pas trouvé de consécration explicite dans les rapports de supranationalité.

On le sait, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui consacre l'interdiction du cumul des poursuites répressives de façon générale dans l'Union¹¹⁸³, n'a pas de valeur juridique contraignante¹¹⁸⁴. Quant à l'article 54 de la

¹¹⁸³ Sur l'applicabilité de l'art. 50 de la Charte au cumul d'une poursuite nationale et d'une poursuite supranationale pour les mêmes faits, voir *supra*, p. 418.

¹¹⁸⁴ Voir *supra*, p. 386 et s.

Convention de Schengen, il est strictement réservé à l'application internationale du principe d'unicité d'action répressive dans l'Union¹¹⁸⁵.

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice, le constat est plus nuancé. Si la Cour n'a jamais affirmé que la règle *ne bis in idem* était un principe général ou fondamental du droit communautaire dans des affaires mettant en jeu le cumul d'une poursuite communautaire et d'une poursuite nationale pour les mêmes faits, elle n'a pas non plus franchement rejeté le principe de son applicabilité dans les rapports de supranationalité. Dans l'arrêt du 7 janvier 2004, elle s'est contentée de reprendre les constatations du Tribunal de première instance selon lesquelles la condition d'identité de faits entre les deux poursuites faisait défaut¹¹⁸⁶. La position de la Cour dans cet arrêt peut être interprétée comme l'admission implicite de l'applicabilité de la règle dans les rapports de supranationalité, surtout quand on les lit à la lumière des conclusions de l'avocat général¹¹⁸⁷. Cependant, une confirmation de cette analyse serait la bienvenue¹¹⁸⁸.

552. En matière de répression des pratiques faussant le libre jeu de la concurrence, qui constitue le volet le plus important de l'action répressive de l'Union, des explications supplémentaires sont nécessaires.

Pour la mise en œuvre du droit de la concurrence dans l'Union européenne, le règlement n° 1/2003¹¹⁸⁹ a instauré un nouveau système de coopération entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence dans le cadre d'un réseau. Ainsi qu'il a déjà été expliqué, ce règlement ne s'oppose pas au cumul d'une poursuite par la Commission européenne et d'une poursuite par une autorité nationale appliquant le droit *national* de la concurrence pour les mêmes faits¹¹⁹⁰, qui sévissait d'ailleurs déjà sous l'empire du règlement n° 17/62 puisqu'il avait été entériné par la Cour de justice¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁵ Aux termes de l'art. 54 de la Convention de Schengen, « une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante ».

¹¹⁸⁶ Points 338-340 de l'arrêt.

¹¹⁸⁷ Voir *supra*, p. 253.

¹¹⁸⁸ Voir *supra*, p. 417 et s.

¹¹⁸⁹ Règlement précité, voir *supra*, p. 246.

¹¹⁹⁰ Aux termes de l'art. 3 § 3 du règlement n° 1/2003, l'obligation pour les autorités nationales d'appliquer les dispositions communautaires de la concurrence résultant des paragraphes 1 et 2 du même article « n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité ». Pour plus d'explications sur la mise en œuvre concrète de cette disposition, voir *supra*, p. 246.

¹¹⁹¹ Arrêt Walt Wilhelm, précité.

Mais l'innovation principale du règlement n° 1/2003 consiste dans l'affirmation du principe de l'application du droit *communautaire* de la concurrence par les autorités nationales. En effet, selon l'article 5 du règlement, les autorités nationales sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité communautaire. De plus, selon son article 3 § 1, lorsqu'elles appliquent le droit national de la concurrence, elles sont *tenués* d'appliquer également les articles 81 et 82 du traité.

553. Le règlement n° 1/2003 ne comporte aucun critère de répartition des compétences entre la Commission et les autorités nationales pour l'application du droit communautaire de la concurrence au sein du réseau¹¹⁹². Seul son préambule laisse entendre que le traitement des infractions les plus graves devrait être pris en charge par la Commission¹¹⁹³.

En revanche, dans sa *Communication relative à la coopération au sein du réseau d'autorités de concurrence*¹¹⁹⁴, la Commission a donné certaines précisions. Le principe est celui de l'intervention de l'autorité « *bien placée* ». Pour être bien placée, une autorité doit être en mesure de prouver l'infraction, de la faire cesser et de la sanctionner efficacement. En outre, en ce qui concerne les autorités nationales plus particulièrement, une autorité est bien placée lorsqu'il existe un lien de rattachement entre l'infraction et son territoire. C'est le cas lorsque le comportement anticoncurrentiel est mis en pratique sur ce territoire ou qu'il y déploie des effets sensibles. Enfin, quand une infraction au droit communautaire de la concurrence produit des effets sur le territoire de plus de trois Etats membres, l'autorité bien placée est en principe la Commission européenne¹¹⁹⁵.

Cette répartition sommaire des compétences s'accompagne d'un système de coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence, prévu cette fois directement par le règlement n° 1/2003¹¹⁹⁶. De même, le règlement organise l'échange d'informations entre ces différentes autorités et l'utilisation comme moyen de preuve des informations échangées¹¹⁹⁷.

554. Cependant, les prévisions de la Communication de la Commission relatives à la désignation de l'autorité compétente sont purement indicatives. En outre, l'autorité

¹¹⁹² E. PAULIS et C. GAUER, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁹³ Point 3 du préambule.

¹¹⁹⁴ JOCE C-101 du 27 avril 2004, p. 43 et s.

¹¹⁹⁵ Voir également les explications de E. PAULIS et C. GAUER, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁹⁶ Art. 11 pour la coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence ; art. 15 pour la coopération avec les juridictions nationales.

¹¹⁹⁷ Art. 12 du règlement.

compétente devant être simplement « bien placée » et non pas « la mieux placée », il n'est guère exclu que plusieurs autorités se considèrent compétentes pour répondre à l'infraction. Or, il n'est aucunement prévu que la pluralité de compétences de la Commission et des autorités nationales ne puisse déboucher sur un cumul de poursuites répressives pour les mêmes faits.

En effet, aux termes de l'article 13 paragraphe 2 du règlement n° 1/2003, « *lorsqu'une autorité de concurrence d'un Etat membre ou la Commission est saisie d'une plainte (...) qui a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, elle peut la rejeter* »¹¹⁹⁸. On le voit, le rejet n'est pas une obligation¹¹⁹⁹. L'« invitation » à éviter une nouvelle procédure n'est en réalité guère plus pressante en présence d'une décision définitive rendue sur les faits que dans le cas de la litispendance, qu'envisage le paragraphe 1^{er} de l'article 13 : « *Lorsque les autorités de concurrence de plusieurs Etats membres sont saisies d'une plainte ou agissent d'office au titre de l'article 81 ou 82 du traité à l'encontre d'un même accord, d'une même décision d'association ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte. La Commission peut également rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un Etat membre la traite* »¹²⁰⁰.

On le voit, le cumul d'une poursuite par la Commission européenne et d'une poursuite par une autorité nationale pour les mêmes faits ne se voit poser aucune barrière légale. Il en va de même du cumul de poursuites de plusieurs autorités nationales appliquant parallèlement ou successivement les articles 81 et 82 du traité communautaire aux mêmes faits. L'esprit du nouveau règlement est au contraire de permettre à chaque autorité du réseau d'intervenir parallèlement aux autres, pour pouvoir le cas échéant « *compenser le manque d'action de la part d'une autre autorité* », l'objectif final étant « *d'assurer une meilleure protection de la concurrence* »¹²⁰¹. La question de sa compatibilité avec l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est sérieuse.

555. Pour comprendre les raisons d'une telle tolérance vis-à-vis du cumul des poursuites pour les mêmes faits, il faut s'intéresser à la mission préventive des autorités de concurrence. Aux

¹¹⁹⁸ C'est nous qui soulignons.

¹¹⁹⁹ W.P.J. WILS, « The principle of 'Ne Bis in Idem' in EC Antitrust Enforcement : A Legal and Economic Analysis », *World Competition*, Vol. 26, Issue 2, juin 2003, p. 131-148 (sous V, B).

¹²⁰⁰ C'est nous qui soulignons. Voir également le point 18 du préambule.

¹²⁰¹ E. PAULIS et C. GAUER, *op. cit.*, p. 33 et p. 39 : « [l]e règlement n° 1/2003 a été construit sur une interprétation du principe *ne bis in idem* qui permet l'action parallèle des autorités de concurrence (...) ».

termes de l'article 5 du règlement n° 1/2003, les autorités nationales de concurrence peuvent non seulement infliger des amendes, des astreintes ou d'autres sanctions, mais encore « *ordonner la cessation d'une infraction* » ou « *des mesures provisoires* »¹²⁰². L'autorité rend alors des décisions comportant des injonctions à l'égard des entreprises contrevenantes.

Or, le règlement n° 1/2003 ne confère pas de « *validité communautaire* » aux décisions nationales¹²⁰³. En l'absence d'un système de reconnaissance de ces décisions dans les autres Etats de l'Union, celles-ci n'ont d'effet que sur le territoire national de l'autorité qui s'est prononcée. L'on est tenté d'en conclure que « *faire jouer le principe non bis in idem mettrait à néant [le] système [du règlement n° 1/2003] puisqu'il suffirait qu'une autorité nationale de concurrence (ANC) poursuive pour qu'une deuxième procédure soit exclue. Chaque ANC appliquant les articles 81 et 82 CE sur la base de ses règles de procédure et de sanctions, le risque de forum shopping deviendrait réel. De plus, le système risquerait d'être inefficace puisque l'ANC saisie la première ne disposerait vraisemblablement pas des moyens propres à mettre fin à l'infraction sur l'ensemble des territoires affectés* »¹²⁰⁴. La difficulté provient de ce que l'action d'une autorité de concurrence ne se limite pas au prononcé d'injonctions tendant à faire cesser l'infraction. Au nom de la préservation de l'efficacité de ce type de réponse au comportement infractionnel, le principe d'unicité d'action *répressive* se voit pleinement sacrifié.

556. Le système de répression du règlement n° 1/2003 appelle une autre remarque. Mme Idot explique que ce système est celui de la décentralisation¹²⁰⁵, ce dont elle déduit qu'il ne laisse guère de place au principe d'unicité d'action répressive : « *Il faut rester cohérent : soit l'on est dans un système de partage de responsabilités, chaque autorité intervient dans les limites de son territoire et le principe non bis in idem n'a pas lieu de jouer, soit l'on est dans un système déconcentré où l'autorité nationale intervient au nom et pour le compte de la Commission avec des pouvoirs équivalents. Cette deuxième n'est pas, nous semble-t-il, celle qui a été voulu* »¹²⁰⁶. Mais il est permis de penser que ce choix n'était peut-être pas pertinent et que le système du règlement n° 1/2003 aurait dû être conçu différemment. En effet, si, en

¹²⁰² De même, selon l'art. 7 du règlement, la Commission peut « *obliger par voie de décision les entreprises (...) à mettre fin à l'infraction constatée. A cette fin, elle peut leur imposer toute mesure correctrice de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. (...) Lorsque la Commission y a un intérêt légitime, elle peut également constater qu'une infraction a été commise dans le passé* ».

¹²⁰³ E. PAULIS et C. GAUER, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁰⁴ L. IDOT, « 2004 : L'an 1 du nouveau droit de la concurrence ? », p. 3.

¹²⁰⁵ R. KOVAR, *op. cit.*, p. 481 et s.

¹²⁰⁶ L. IDOT, « 2004 : L'an 1 du nouveau droit de la concurrence ? », p. 4.

matière de concurrence, l'infraction se caractérise notamment par ses effets¹²⁰⁷ et que lesdits effets peuvent affecter plusieurs territoires nationaux – si ce n'est l'ensemble du marché communautaire –, alors les autorités répressives compétentes doivent pouvoir œuvrer sur l'ensemble du territoire européen. Pourquoi avoir confié à des autorités répressives dont la compétence est géographiquement limitée la répression d'infractions dont on sait pertinemment qu'elles déploient des effets au-delà de ces limites ? Plutôt que le système de la décentralisation, l'on est tenté de suggérer que celui de la déconcentration aurait dû être privilégié. Sur ce point, la proposition de M. Paulis et Mme Gauer de réformer le règlement en vue de « *donner une validité communautaire aux décisions des autorités nationales de concurrence et de les obliger à sanctionner tous les effets des infractions dans la Communauté* »¹²⁰⁸, qui tendrait finalement à rapprocher le système actuel de celui de la déconcentration, paraît digne de la plus grande attention.

L'on saisit ici toute l'importance de la reconnaissance du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits comme principe de *droit objectif* situé au sommet de la hiérarchie des normes. Si ce principe avait été appliqué pour l'élaboration du règlement n° 1/2003, ce dernier aurait non seulement consacré la règle *ne bis in idem*, mais encore organisé le système de répression de telle sorte que l'action d'une autorité répressive suffise à répondre entièrement à la commission de l'infraction, c'est-à-dire qu'elle ait des effets sur l'ensemble du territoire de l'Union. Ainsi, la règle *ne bis in idem* n'aurait plus qu'à jouer le rôle de « soupape de sécurité ».

557. Ainsi, si des mécanismes donnant corps au principe d'unicité d'action répressive sont mis en place par le règlement n° 1/2003, ils restent inaboutis. Pourtant, dans la perspective de l'élargissement des compétences répressives de l'Union, il convient de réfléchir à l'organisation future d'une répression partagée entre les autorités nationales et les autorités européennes. En particulier, si le projet de création d'un procureur européen voyait le jour¹²⁰⁹, l'articulation de ses compétences avec celles des autorités nationales de poursuite devrait être pensée en considération du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne

¹²⁰⁷ Voir *supra*, p. 421.

¹²⁰⁸ E. PAULIS et C. GAUER, *op. cit.*, p. 40.

¹²⁰⁹ Le traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit en son article III-274 la possibilité d'instaurer un parquet européen. Sur ce projet, voir *Corpus juris pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, dir. M. Delmas-Marty, Paris, Economica, 1997 ; *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres*, Vol. 1, dir. M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele, Antwerpen, Intersentia, 2000. Voir également le Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaire et la création d'un procureur européen, présenté par la Commission européenne le 11 déc. 2001, COM/2001/0715 final.

pour les mêmes faits. Il n'est pas concevable, en effet, que les compétences répressives se superposent les unes sur les autres sans que la protection du justiciable soit prise en compte et sans que la fonction de préservation de la sécurité juridique du principe d'unicité d'action répressive se voie accorder l'attention qu'elle mérite. D'autant que l'applicabilité du principe d'unicité d'action répressive dans les rapports entre des poursuites répressives nationales et supranationales n'est pas si difficile à mettre en œuvre qu'on pourrait le croire. L'exemple de la justice pénale internationale en témoigne.

2. L'exemple de la justice pénale internationale

558. L'établissement des juridictions pénales internationales, qu'il s'agisse de juridictions *ad hoc* comme les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ou de la Cour pénale internationale qui siège de façon permanente, a provoqué la superposition de juridictions pénales compétentes pour statuer sur les crimes les plus graves, le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre, puisque les juridictions nationales ne pouvaient être dépouillées de leur compétence pour juger ces crimes. De même, les autorités « supranationales »¹²¹⁰ de poursuite cohabitent désormais avec les autorités nationales.

L'articulation des compétences qui a été mise en place entre les autorités nationales et supranationales montre que le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits peut parfaitement jouer son rôle dans les rapports de supranationalité. De fait, le principe a été incorporé dans les dispositifs de répression des crimes internationaux par deux voies, tout à fait complémentaires.

559. D'une part, une priorité de compétence est accordée soit aux juridictions nationales, soit à la juridiction internationale compétente.

Dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, il est prévu que « *le tribunal international et les juridictions nationales sont concurremment compétents* »¹²¹¹, mais aussi que « *le tribunal international a la primauté sur les juridictions nationales. A tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux*

¹²¹⁰ Le terme « supranational » nous semble plus juste, même s'il est plus courant d'employer celui d'« international » en raison de la dénomination des juridictions « internationales ».

¹²¹¹ Art. 9 al. 1 du Statut du tribunal pour l'ex-Yougoslavie et art. 8 al. 1 du Statut du tribunal pour le Rwanda.

juridictions nationales de se dessaisir en sa faveur conformément au présent statut et à son règlement »¹²¹².

Dans le Statut de la Cour pénale internationale, le système inverse a été retenu. L'article 17 instaure le principe de complémentarité, selon lequel les juridictions nationales sont prioritaires et la Cour pénale internationale n'intervient que lorsque l'Etat compétent « *n'[a] pas la volonté ou [est] dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites* ».

560. D'autre part, les trois statuts consacrent la règle *ne bis in idem* dans les rapports entre poursuites nationales et supranationale.

Les paragraphes premiers des articles 10 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et 9 du Statut du Tribunal pour le Rwanda prévoient ainsi, sous une formulation unique, que « *nul ne peut être traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire au sens du présent statut s'il a été jugé par le Tribunal international pour ces mêmes faits* ». De plus, aux termes des paragraphes 2 des articles 10 et 9, une personne ayant été « *traduit[e] devant une juridiction nationale pour des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire* » ne peut, en principe, faire l'objet de poursuites devant le tribunal international.

Mais des exceptions sont prévues, qui sont propres à la matière. Ainsi, le tribunal peut de nouveau juger une personne lorsque « *a. le fait pour lequel [elle] a été jugé[e] était qualifié crime de droit commun* » ou lorsque « *b. la juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale ou indépendante, la procédure engagée devant elle visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale, ou la poursuite n'a pas été exercée avec diligence* ».

Pour sa part, le Statut de la Cour pénale internationale proclame la règle *ne bis in idem* en son article 20. Celui-ci commence, dans son paragraphe premier, par remédier à ce qui fut probablement un oubli dans les statuts des tribunaux *ad hoc*, en prohibant que la Cour poursuive à nouveau un individu déjà jugé par elle-même : « *Sauf disposition contraire du présent Statut, nul ne peut être jugé par la Cour pour des actes constitutifs de crimes pour lesquels il a déjà été condamné ou acquitté par elle* ». Ensuite, l'article 20 du Statut de Rome reprend la structure des articles 10 et 9 des statuts pour l'ex- Yougoslavie et le Rwanda. Aux

¹²¹² C'est nous qui soulignons.

termes du paragraphe 2, « *nul ne peut être jugé par une autre juridiction pour un crime visé à l'article 5 pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par la Cour* ». En vertu du paragraphe 3, « *quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7 ou 8 ne peut être jugé par la Cour (...)* ».

En outre, l'on retrouve les exceptions rencontrées dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux. Ainsi, le renouvellement des poursuites est admis si la procédure devant la juridiction nationale « *avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour* ». De plus, l'ouverture d'une seconde procédure par la Cour pénale internationale est possible si la poursuite nationale « *n'a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice* ». En revanche, l'une des exceptions présente dans les statuts pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a disparu. Il s'agit de celle qui permettait la tenue d'une seconde poursuite au niveau international lorsque le fait pour lequel l'individu avait été jugé par la justice interne « *était qualifié crime de droit commun* ».

561. A la lecture de ces dispositions, l'on voit que le droit de l'Union européenne, en particulier le système communautaire de répression des infractions au droit de la concurrence, a pris un sérieux retard par rapport au système international de répression des crimes les plus graves. Ce dernier pourrait avantageusement influencer le droit de l'Union.

562. En étudiant l'applicabilité du principe d'unicité d'action répressive dans ses trois dimensions au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, nous avons déjà entraperçu que, même lorsque cette applicabilité n'est pas discutée dans son principe, elle n'est pas suffisante en soi. Encore faut-il, en effet, que le champ matériel d'application octroyé au principe d'unicité soit suffisamment large pour que dernier puisse mettre en œuvre les valeurs fondamentales sur lesquelles il repose. Il semble que le domaine de la « matière pénale » réponde à cette exigence.

§ 2 *La matière pénale*

563. Lors de l'étude du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* en droit positif, nous avons constaté que celui-ci est souvent trop étroit, de sorte que la règle ne parvient pas à remplir sa fonction de préservation de la sécurité juridique. Pour la délimitation du champ matériel d'application du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits, il est donc essentiel de veiller à ce que ce champ soit défini de façon suffisamment large pour que la difficulté ne se reproduise pas.

564. Toutefois, il ne faudrait pas tomber dans l'excès inverse. Le principe d'unicité d'action répressive étant fondé sur la dignité humaine et la liberté individuelle, il a lieu d'être mis en œuvre dans le but de les préserver. Etendre de façon intransigeante son application au-delà de cette nécessité risquerait de galvauder les notions de dignité et de liberté. Si, au surplus, la mise en œuvre de l'unicité d'action répressive ne contribuait pas directement à la préservation de la sécurité juridique, fonction du principe d'unicité d'action répressive, elle perdrait toute raison d'être.

Raisonnons à partir du fondement de la dignité. On le sait, la dignité d'un individu est menacée dès lors que celui-ci est abandonné au fonctionnement d'un mécanisme arbitraire qui a pour effet de le réduire à l'état d'objet¹²¹³. C'est dans le défaut de considération de son humanité, notamment par l'exercice aveugle d'actions judiciaires successives, que réside le risque d'atteinte à la dignité de l'individu. Par conséquent, la dignité humaine d'un individu est en danger lorsque la même action judiciaire est exercée à plusieurs reprises contre lui pour les mêmes faits en raison d'un « acharnement judiciaire ». Il en va de même lorsque plusieurs actions judiciaires poursuivant le *même objectif* sont exercées l'une après l'autre pour les mêmes faits, pour l'unique raison que le système judiciaire comporte plusieurs voies de droit parallèles pour obtenir un résultat semblable, chacune des autorités compétentes faisant usage de son pouvoir répressif de façon mécanique, sans considération du fait que la personne a déjà définitivement répondu de ses actes¹²¹⁴.

¹²¹³ Voir *supra*, p. 373.

¹²¹⁴ Le critère du *même objectif* a parfois été évoqué dans la jurisprudence française, mais il n'a pas été utilisé à bon escient. Voir *supra*, p. 218, (confusion par le commissaire du Gouvernement M. Loloum entre l'objectif de

565. En revanche, dès lors qu'il s'agit par le biais de plusieurs actions pour les mêmes faits d'atteindre un objectif différent, c'est-à-dire qu'il existe une véritable justification au cumul des actions, l'individu n'est plus confronté à la mise en œuvre d'un mécanisme indifférent à sa qualité d'être humain, le réduisant à l'état d'objet.

Ainsi, une action répressive et une action en réparation d'un dommage n'ont pas le même objectif, même si elles sont intentées pour les mêmes faits. Leur exercice cumulé est le résultat de l'existence de deux prétentions bien distinctes, celle de la société à la punition de celui qui enfreint la loi, d'une part, et celle de la victime de l'infraction à être indemnisée du dommage résultant des faits, d'autre part. La distinction est d'ailleurs double : outre que les deux actions procèdent de la poursuite d'objectifs différents, elles ne sont pas mises en œuvre par la même « personne » puisque l'action répressive provient de l'Etat tandis que l'action en réparation émane de la victime. Un tel cumul d'actions pour les mêmes faits n'est donc pas le fruit d'une mise en œuvre aveugle des voies de droit. Par conséquent, il n'est pas attentatoire à la dignité humaine de celui qui le subit.

Par ailleurs, l'exercice successif d'une action répressive et d'une action en réparation ne porte pas atteinte à la sécurité juridique. Chacun sait qu'il doit à la fois réparer le tort qu'il cause à autrui et répondre des actes qu'il commet en violation de la loi répressive. Si, par un même acte, quelqu'un enfreint la loi pénale *et* cause un dommage à autrui, il est parfaitement logique qu'il doive à la fois répondre de cet acte devant la société *et* indemniser la victime. Il n'y a donc nulle surprise pour cet individu à se voir réclamer une indemnisation par la victime bien qu'il ait déjà rendu compte de son acte devant la société et vice-versa. La sécurité juridique n'étant pas plus mise en péril que la dignité humaine, il n'existe aucun obstacle au cumul d'une action répressive et d'une action en réparation envers la même personne pour les mêmes faits.

566. De même, une action en vue de la mise en œuvre d'une mesure préventive, tendant à protéger la société contre la délinquance, peut en principe s'ajouter à une action répressive quand bien même elle s'appuierait sur la commission des mêmes faits. En effet, une action préventive ne poursuit pas le même objectif qu'une action répressive, puisqu'il s'agit pour la première d'éviter que des infractions ne soient commises, tandis que la seconde a vocation à

l'action juridique exercée – répressive ou réparatrice – et la valeur juridique protégée par chacune des infractions mises en œuvre dans plusieurs actions à vocation répressive).

sanctionner des infractions déjà commises¹²¹⁵. Le cumul d'une action préventive et d'une action répressive pour les mêmes faits résulte donc, en principe du moins, de la circonstance que ces faits sont à la fois symptomatiques d'un état dangereux et constitutifs d'une infraction. Dans ce schéma, l'individu qui subit le cumul d'actions fondées sur les mêmes faits n'est pas victime d'une application mécanique et irréfléchie de plusieurs voies de droit. Il fait simplement l'objet de la mise en œuvre de plusieurs actions justifiées chacune par la poursuite d'un objectif bien déterminé. Là encore, la dignité humaine n'est pas en péril.

Cependant, le danger existe que toute commission d'une infraction soit considérée comme révélatrice d'un état dangereux de sorte que l'application cumulative d'une action répressive et d'une action préventive devienne systématique. La compatibilité d'un tel cumul avec la dignité humaine devrait bien entendu être étudié. Mais ce phénomène n'est guère repérable en pratique. En réalité, l'on constate plutôt que la palette des sanctions, qui va actuellement en s'élargissant, comprend désormais des mesures qui n'ont plus pour seule fonction de réprimer, mais encore de prévenir la commission d'autres infractions. En France, de nombreuses peines possèdent cette double fonction. On citera par exemple la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction¹²¹⁶, l'interdiction de paraître dans le lieu où l'infraction a été commise¹²¹⁷, ou encore l'interdiction de fréquenter certaines personnes condamnées, notamment les auteurs ou complices de l'infraction¹²¹⁸. Comme certaines de ces sanctions sont parfois encourues à titre complémentaire¹²¹⁹, leur prononcé peut mener à un cumul de mesures pour les mêmes faits qui, s'il est exacerbé, peut paraître discutable au regard du principe de proportionnalité de la répression, mais qui dépasse le cadre de cette étude puisqu'il résulte de l'exercice d'une action unique. Il faut encore signaler

¹²¹⁵ La distinction entre prévention et répression existe même à propos de certaines mesures qui sont tantôt utilisées dans un but préventif, tantôt dans un but répressif. Ainsi, la suspension du permis de conduire peut, selon les Etats et même au sein d'un même Etat, être utilisée comme un acte de prévention contre les accidents de la circulation ou/et comme une véritable sanction, comparable à l'amende. En France, par exemple, la suspension du permis de conduire constitue à la fois une mesure administrative de prévention contre la conduite en état alcoolique (aux termes de l'art. L-224-2 du Code de la route : « *Lorsque l'état alcoolique est établi au moyen d'un appareil homologué (...), le représentant de l'Etat dans le département peut, dans les soixante-douze heures de la rétention du permis, prononcer la suspension du permis de conduire pour une durée qui ne peut excéder six mois* ») et une peine complémentaire applicable pour de nombreuses infractions qui n'ont souvent rien à voir avec la circulation routière, notamment l'abandon de famille incriminé à l'article 227-3 du Code pénal (aux termes de l'art. 227-29 n° 2 CP, les infractions prévues au chapitre du Code relatif aux atteintes aux mineurs et à la famille peuvent être punies de « *la suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle* »).

¹²¹⁶ Art. 131-6 n° 10 CP.

¹²¹⁷ Art. 131-6 n° 12 CP.

¹²¹⁸ Art. 131-6 n° 13 CP.

¹²¹⁹ Par exemple, la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction peut être prononcée à titre complémentaire pour le vol (art. 311-14 CP).

que, parfois, le prononcé d'une peine entraîne automatiquement le prononcé d'une mesure de nature préventive. Ainsi, toujours en France, le prononcé d'une peine privative de liberté entraîne, à certaines conditions, l'application d'une « période de sûreté », pendant laquelle le condamné ne bénéficie d'aucune modalité d'exécution de la peine, c'est-à-dire d'aucune possibilité de quitter l'établissement, ne serait-ce que provisoirement¹²²⁰. Mais, là encore, l'application cumulée d'une mesure répressive et d'une mesure préventive ne résulte pas d'un cumul d'actions en justice pour les mêmes faits.

567. En résumé, le cumul d'actions en justice pour les mêmes faits est problématique au regard de la dignité humaine lorsque les différentes actions poursuivent le même objectif. A suivre ce raisonnement, le cumul de plusieurs actions en réparation ou de plusieurs actions préventives pour les mêmes faits mériterait, en théorie, tout autant d'attention que le cumul d'actions répressives. Mais, en pratique, le cumul d'actions en réparation pour les mêmes faits ne peut avoir lieu. En effet, la mise en œuvre d'une telle action nécessite l'existence d'un dommage. Or, dès lors qu'il a été réparé, le dommage disparaît, si bien qu'il ne peut plus servir de fondement à aucune autre action. En ce qui concerne le risque de cumul d'actions préventives, il faut avoir à l'esprit que ces actions sont fondées sur l'état dangereux d'un individu et non sur ses agissements, qui n'en sont que le révélateur. L'on ne pourrait parler de cumul d'actions préventives pour les mêmes faits que dans l'hypothèse où, une fois la première mesure préventive arrivée son terme, une nouvelle mesure préventive serait prononcée sur le fondement des mêmes faits sans que la dangerosité de l'individu ait été réexaminée. Nous laisserons cette hypothèse – qui paraît d'école – de côté.

568. Le cumul d'actions *répressives* envers la même personne pour les mêmes faits constitue donc bien le cœur du problème. Encore faut-il savoir ce qu'est une action répressive, c'est-à-dire, finalement, parvenir à identifier la répression. A cet égard, la notion de matière pénale développée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est d'une grande efficacité, qui la rend incontournable. Après avoir montré que la matière pénale constitue le champ matériel pertinent d'application pour le principe d'unicité d'action répressive (A), nous envisagerons l'applicabilité du principe d'unicité d'action répressive en matière pénale (B).

¹²²⁰ Art. 132-23 CP.

A. La matière pénale, champ pertinent d'application pour le principe

569. Il faut avoir repéré les difficultés d'identification de la répression (1) pour constater que la notion de matière pénale apporte une véritable solution (2).

1. Les difficultés d'identification de la répression

570. La délimitation du champ matériel d'application du principe d'unicité d'action répressive tient à la définition du terme « répressive ». Or, l'identification de la répression dans ce contexte pose deux difficultés. D'une part, l'approche de la notion de répression doit être harmonisée dans l'Union (a). D'autre part, il faut se méfier des actions en justice qui, bien que déclarées réparatrices ou préventives, possèdent en réalité une fonction répressive. Il s'agit en quelque sorte de mesures répressives « cachées » (b).

a. La nécessité d'une approche harmonisée

571. La nécessité d'une approche harmonisée dans l'Union européenne de la notion de répression résulte du simple fait que le principe d'unicité d'action répressive a vocation à s'appliquer entre les Etats de l'Union et entre des poursuites nationale et supranationale engagées contre la même personne pour les mêmes faits. De fait, cette mise en œuvre dépassant les frontières nationales a vocation à être gouvernée par une norme unique. Cela est très net à propos de l'application internationale du principe qui dépend pour l'heure d'une norme unique, l'article 54 de la Convention de Schengen et qui restera à l'avenir fort probablement orchestrée par une norme commune, comme en laisse présager les travaux en vue de l'adoption d'une décision-cadre du Conseil de l'Union européenne.

Mais le même phénomène se produira nécessairement en ce qui concerne l'application dans les rapports de supranationalité, qui devra être reconnue tôt ou tard. Cette reconnaissance à laquelle invite expressément l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proviendra vraisemblablement de la norme supranationale. Du reste, dans l'exemple d'application du principe d'unicité d'action répressive dans les rapports de supranationalité qu'offre la justice pénale internationale, c'est bien la norme supranationale qui consacre le principe.

572. Enfin, les applications dans les rapports internationaux et de supranationalité du principe d'unicité d'action répressive étant regroupées, dans l'Union européenne, au sein d'une norme unique qui est l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux, il apparaît que les termes du principe d'unicité d'action répressive doivent être définis de façon harmonisée dans l'Union, à commencer par celui de répression.

L'autre considération à prendre en compte en vue de l'identification de la répression est que toute mesure répressive n'est pas présentée comme telle. Il existe bel et bien des mesures répressives « cachées ».

b. Le problème des mesures répressives « cachées »

573. Des études fort intéressantes ont mis en lumière l'existence d'éléments répressifs dans des mesures qui n'ont pas l'apparence de la répression. C'est le cas de certaines mesures de réparation et de prévention, dont nous avons vu qu'elles ne sont pas, en principe, concernées par le principe d'unicité d'action répressive¹²²¹. Si, bien que n'en portant pas le nom, ces mesures comportent un aspect répressif, il va de soi que la question de l'application du principe d'unicité d'action répressive aux actions en justice destinées à les mettre en œuvre resurgit.

574. Dans sa thèse publiée en 1995, Mme Carval a montré l'importance de la fonction de « peine privée » de la responsabilité civile¹²²², pourtant traditionnellement considérée comme une institution à vocation réparatrice. L'auteur étudie d'ailleurs la question du cumul d'une « peine privée » avec une sanction d'une autre nature – notamment pénale –, considérant qu'*« il serait souhaitable, par conséquent, que le législateur veille, en toute occasion, à ne laisser se chevaucher les différents systèmes répressifs qu'en tant que cela lui paraît indispensable à l'efficacité de sa politique répressive »*.

¹²²¹ Voir *supra*, p. 462.

¹²²² S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préface de G. Viney, Paris, LGDJ, 1995. L'auteur engage son étude par les phrases suivantes : « *Il ne fait nul doute que, pour l'homme de la rue, la responsabilité civile est bien autre chose qu'un simple instrument de réparation des dommages. Être responsable, pour la majorité de nos concitoyens, ce n'est pas seulement être redevable d'une somme d'argent, comme peut l'être un contribuable ou un assuré social. C'est aussi – et peut-être surtout – être désigné comme l'auteur d'un dommage inacceptable et, dans le cas où ce dommage résulte de la violation des règles qui régissent la vie en société, être sanctionné à raison de ce manquement »*.

Plaidant pour la reconnaissance officielle de la fonction punitive de la responsabilité civile¹²²³, Mme Carval suggère que des « „passerelles“ procédurales » soient établies pour éviter de cumul d'une action en responsabilité civile, donnant lieu au prononcé d'une « peine privée », et d'une action pénale¹²²⁴. Ces propositions nous paraissent tout à fait intéressantes. Mais, dans l'attente de « l'officialisation de la fonction de peine privée » de la responsabilité civile, appelée des vœux de l'auteur, il faut se contenter de garder présent à l'esprit que la mise en jeu de la responsabilité civile ne se limite pas à permettre la réparation du dommage. La qualification « civile » d'une action en justice ne saurait donc exclure par principe l'application du principe d'unicité d'action répressive.

Du reste, la voie civile est parfois expressément employée à des fins répressives¹²²⁵. Ainsi, une action tendant au prononcé d'une sanction civile ne saurait, pas plus qu'une action en responsabilité civile, être exclue d'office du champ d'application du principe d'unicité d'action répressive.

575. Mais l'existence cachée d'une fonction punitive concerne également nombre de mesures préventives. M. van de Kerchove a précisément montré avec quel succès l'utilisation de vocables nouveaux, en matière de lutte contre la délinquance des mineurs par exemple, est parvenue à suggérer que des *peines* applicables aux mineurs avaient été remplacées par des mesures de *traitement* du mineur¹²²⁶. Pourtant, sous les nouvelles mesures de « protection » ou d'« assistance » de l'enfant, dont la finalité est sans aucun doute de prévenir la société contre le crime¹²²⁷, l'on retrouve bel et bien la privation de liberté, soit-elle destinée à éduquer

¹²²³ La deuxième partie de la thèse s'intitule : « *Vers une officialisation de la fonction de peine privée... Justification et propositions* » (p. 211 et s.).

¹²²⁴ S. CARVAL, *op. cit.*, n° 333 (p. 377). L'auteur écrit : « *il pourrait être envisagé de mettre sur pied des sortes de „passerelles“ procédurales qui permettraient au juge civil, par exemple, saisi d'une affaire susceptible de donner lieu à une peine privée mais aussi à une sanction pénale, de transmettre de dossier au Ministère public. Celui-ci serait alors en mesure de choisir entre deux solutions, exercer des poursuites ou y renoncer. Dans le premier cas, le juge civil ne pourrait plus statuer sur la question de la peine privée et se contenterait de trancher, s'il y a lieu, le problème de la réparation ; dans le second, par contre, il pourrait librement faire usage de son pouvoir répressif. Réciproquement, on pourrait imaginer que le Parquet qui aurait connaissance d'une infraction à laquelle il ne désirerait pas donner de suites pénales la porte à la connaissance de procureurs privés, tels que des associations agréées de consommateurs ou des fonds d'indemnisation titulaires d'un droit d'agir en responsabilité civile punitive* ».

¹²²⁵ Voir au sujet de l'emploi de sanctions civiles en matière de droit des affaires M.-Th. CALAIS AULOY, « La dépenalisation en droit des affaires », *D.* 1988, chron. p. 315-321, n°s 15, 20 et 21.

¹²²⁶ M. VAN DE KERCHOVE, « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1976-1977, p. 245-279, spéc. p. 248.

¹²²⁷ M. VAN DE KERCHOVE cite le rapport d'un parlementaire pour montrer la liaison très forte qui existe « *entre l'objectif de lutte contre la criminalité et la „protection“ de l'enfant* ». Selon ce parlementaire : « *la seule chose que le tribunal doit se demander est celle-ci : Faut-il laisser l'enfant à son milieu ? Peut-on le laisser à sa*

plutôt qu'à châtier ou à punir¹²²⁸. Or, l'utilisation d'une terminologie différente pour dissimuler le caractère répressif des nouvelles mesures a pour effet de permettre de contourner une série de principes juridiques avec lesquels ces mesures ne seraient pas compatibles, comme le principe de légalité des incriminations et des peines ou encore le principe de proportionnalité¹²²⁹ : on pourrait y ajouter le principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits.

En pratique, l'application cumulative d'une mesure préventive et d'une mesure répressive pour les mêmes faits n'est pas rare. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en comporte plusieurs exemples¹²³⁰. Dans la mesure où la première est effectivement préventive, le cumul d'une action en justice en vue de la mettre en œuvre, d'une part, et d'une poursuite pénale pour les mêmes faits, d'autre part, n'est pas attentatoire à la dignité humaine. En revanche, ce cumul devient problématique si la mesure déclarée préventive comporte en réalité un aspect répressif dissimulé.

576. La distinction parfois tronquée entre répression et réparation, d'une part, et entre répression et prévention, d'autre part, oblige à recourir à des critères d'identification de la répression indépendants de la qualification juridique de la mesure. De plus, on l'a vu, ces critères devront être praticables pour tous les systèmes répressifs de l'Union. Ces deux exigences ne laissent guère de choix : il faut accéder à une définition *matérielle* et *commune* de la répression. Or, l'on trouve une telle définition dans la notion de « matière pénale », élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme.

2. La solution apportée par la notion de matière pénale

577. Pour l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, consacrant le droit à un procès équitable, la Cour de Strasbourg a été amenée à dégager le sens précis des termes : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Il eut été possible de considérer qu'appartenaient à la « matière pénale » seules les mises en cause judiciaires déclarées comme telles par les droits nationaux. Mais la Cour

famille ? Ou bien cet enfant est-il dangereux. Faut-il l'arracher à son milieu, le prendre, le protéger, lui donner une tutelle administrative ? », *op. cit.*, p. 248 (c'est l'auteur qui souligne).

¹²²⁸ M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 249.

¹²²⁹ *Ibidem*, p. 267 et s.

¹²³⁰ Voir par exemple les faits se trouvant à l'origine des décisions sur la recevabilité de la CEDH *Prisco c. Italie* du 15 juin 1999, req. n° 38662/97 et *Horciag c. Roumanie* du 15 mars 2005, req. n° 70982/01.

s'est engagée dans une tout autre voie. Rapidement, elle a fait de la matière pénale une notion autonome¹²³¹ par rapport aux qualifications nationales. Cela lui permet de contrôler que les garanties de l'article 6 sont respectées dans un champ matériel homogène pour tous les Etats du Conseil de l'Europe et, surtout, d'élargir la protection du justiciable au-delà du domaine qualifié de pénal par les droits nationaux. Ainsi, les Etats ne peuvent contourner leurs obligations conventionnelles résultant de l'article 6 en « dépenalisant » certains pans du droit répressif.

Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme a utilisé la notion de matière pénale dégagée pour l'application de l'article 6 dans le cadre de la mise en œuvre d'autres stipulations de la Convention, notamment l'article 7 consacrant le principe de la légalité des infractions et des peines, et l'article 4 du Protocole n° 7 qu'il n'est plus utile de présenter¹²³².

D'intéressantes études ont été réalisées sur la notion de matière pénale¹²³³ et il n'est nullement question de les renouveler ici. Nous rappellerons simplement les critères utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme pour identifier la nature pénale d'une mesure (a) et évoquerons ensuite la question de l'appréciation de ces critères permettant finalement de caractériser la matière pénale (b).

a. Les critères d'identification de la matière pénale

578. Depuis l'arrêt Engel contre les Pays-Bas, du 8 juin 1976¹²³⁴, dans lequel la Cour européenne amorça la définition des contours de la notion de matière pénale, trois critères permettent de caractériser cette dernière.

Le *premier critère* est celui de la qualification conférée à la mesure par le droit interne. Mais comme le précise la Cour elle-même, « *il s'agit cependant là d'un simple point de départ.*

¹²³¹ Sur les notions autonomes développées par la Cour européenne des droits de l'homme, voir F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2003, p. 32 et s.

¹²³² Voir l'arrêt CEDH Welch c. Royaume-Uni, 9 fév. 1995, série A, n° 307-A. Voir également les explications de F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, p. 298 et s.

¹²³³ « La „matière pénale“ au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques (dir. M. Delmas-Marty), Institut de droit comparé de Paris 2, Section de science criminelle, *RSC* 1987, p. 819-859 ; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, p. 371 et s., du même auteur (l'étude est plus détaillée et illustrée de schémas), *Les grands systèmes de politique criminelle*, p. 32 et s. et les schémas p. 42 et 43 ; R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, « Retour sur le champ pénal européen ... », *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 513-533 ; A. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 78 et s. La liste n'est pas exhaustive.

¹²³⁴ CEDH, Engel c. Pays-Bas, 8 juin 1976, série A, n° 22.

L'indication qu'il fournit n'a qu'une valeur formelle et relative ; il faut l'examiner à la lumière du dénominateur commun aux législations respectives des divers Etats contractants »¹²³⁵. Cette jurisprudence doit être comprise en ce sens que l'absence de qualification pénale d'une mesure par le droit interne ne l'empêche pas d'en retenir le caractère pénal au sens européen. Pour cela, les deux critères suivants sont déterminants. Mais, naturellement, si le droit interne considère une mesure comme pénale, la Cour européenne ne remet pas en cause cette qualification¹²³⁶.

579. Le *deuxième critère* est celui de la nature de l'infraction. Au travers ce critère, il s'agit principalement d'examiner le caractère de la norme transgressée, en particulier de vérifier si cette norme est suffisamment générale pour être considérée comme pénale – le droit pénal ayant, par nature, vocation à s'appliquer à tous les membres de la société. Pour ce faire, plusieurs sous-critères sont utilisés, tels que celui de l'ordre protégé (est-ce un ordre particulier ou la protection vise-t-elle l'intérêt général ?), du destinataire de la norme (sont-ce certains destinataires particuliers ou l'ensemble de la population ?) ou encore des conditions de l'infraction (la précision du moment et du lieu de l'infraction pouvant être révélateurs du caractère particulier ou général de la norme transgressée)¹²³⁷.

580. Le *troisième critère* est celui de la sévérité de la sanction. Il se décompose en trois sous-critères : la sanction encourue, la sanction prononcée et la sanction exécutée.

L'observation de la sanction encourue est particulièrement importante. Précisons qu'elle est parfois envisagée sous l'angle du deuxième critère¹²³⁸, ce qui n'est guère surprenant puisque la sanction encourue est intimement liée à l'incrimination. L'analyse de la sanction encourue vise principalement à en déceler la finalité, punitive ou simplement préventive – ou dissuasive. Dans cette recherche, la nature de la sanction est déterminante. Mais l'existence d'un aspect préventif dans la sanction n'exclut pas, pour la Cour européenne, que la mesure

¹²³⁵ Arrêt Engel, précité, § 82.

¹²³⁶ Pour une étude plus détaillée de ce critère, voir notamment R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, p. 515-516.

¹²³⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, voir les schémas p. 42-43. L'auteur indique que le critère de la nature de l'infraction invite encore à s'interroger sur la gravité de la transgression envisagée par la norme. En effet, selon que cette norme tend simplement à exprimer qu'un dommage a été provoqué ou qu'elle comporte un caractère réprobateur, elle détourne l'observateur de la qualification de matière pénale ou l'oriente au contraire vers celle-ci. Cet aspect du critère de la nature de l'infraction est abandonné dans les études plus récentes de R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, p. 516 et s. et d'A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 139 et s.

¹²³⁸ A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 150 et s.

examinée soit qualifiée de pénale, le droit pénal ayant toujours eu une fonction préventive¹²³⁹. De plus, la faible gravité de la sanction encourue, par exemple une amende d'un montant maximal peu élevé ou l'absence d'emprisonnement, ne saurait écarter la finalité punitive de la norme¹²⁴⁰.

En revanche, la gravité de la sanction prononcée – et parfois exécutée – est prise en considération comme sous-critère à part entière¹²⁴¹.

581. On le voit, les deux derniers critères utilisés – la nature de l'incrimination et de la sévérité de la sanction – sont détachés de toute considération nationale et de toute qualification formelle : ils revêtent donc un caractère universel. Par conséquent, ils rendent possible la détermination du caractère répressif d'une action en justice de façon harmonisée dans l'Union européenne, ce qui répond à notre préoccupation initiale. Il ne reste qu'à étudier la question de l'appréciation des critères.

b. L'appréciation des critères

582. Dès lors que la mesure examinée n'est pas considérée comme pénale par l'ordre juridique national, les critères de la nature de l'infraction et de la sévérité de la sanction vont parfois permettre à la Cour européenne de décider que ladite mesure revêt malgré tout un caractère pénal. Mais l'appartenance à la matière pénale européenne ne peut être retenue qu'à la suite d'une appréciation de ces deux critères, elle-même dépendante de leur articulation. Or, sur ce point, la jurisprudence de la Cour européenne n'a pas toujours été harmonieuse.

La Cour a d'abord considéré qu'il suffisait que l'un des critères soit rempli pour entraîner la qualification de pénale¹²⁴². Le plus souvent, c'est le critère de la sévérité de la sanction (encourue et prononcée) qui semble déterminant et emporte la qualification pénale¹²⁴³. Mais parfois, la nature de l'infraction permet à elle seule qu'une mesure soit qualifiée de pénale,

¹²³⁹ *Ibidem*, n° 158 et s.

¹²⁴⁰ *Ibidem*, n° 163 et s. ; R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE font remarquer qu'à l'inverse, le fait que l'emprisonnement soit encouru, même pour une très courte durée, doit entraîner la qualification de la norme de pénale, *op. cit.*, p. 518-519.

¹²⁴¹ A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 170 et s. ; R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, p. 520-521.

¹²⁴² La Cour explicite cette méthode de façon particulièrement nette dans l'arrêt Lutz c. Allemagne, 25 août 1987, § 55 : « pour que l'article 6 s'applique au titre des mots „accusation en matière pénale“, il suffit que l'infraction en cause soit, par nature „pénale“ au regard de la Convention (...) ou que ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature ou son degré de gravité ressortit en général à la matière pénale ».

¹²⁴³ Voir l'arrêt Engel, précité, où la privation de liberté a été considérée comme déterminante pour qualifier la mesure de pénale bien que l'infraction fût de nature disciplinaire. Voir également l'arrêt Campbell et Fell c. R.U., 28 juin 1984, où la nature privative de liberté de la sanction a joué le rôle de critère prépondérant.

bien que la sanction encourue soit très faible¹²⁴⁴. S'interrogeant sur la question de savoir lequel des deux critères est prépondérant, la doctrine aboutit à des conclusions nuancées¹²⁴⁵, mais elle n'en condamne pas pour autant la démarche de la Cour¹²⁴⁶.

Cependant, la Cour s'est parfois départie de cette méthode alternative pour lui préférer la méthode du « faisceau d'indices »¹²⁴⁷. Ainsi, dans l'arrêt Bendenoun contre la France, elle qualifia la mesure en cause de pénale bien qu'aucun des deux critères ne fussent décisifs en ce sens, pour la raison qu'« additionnés et combinés » entre eux, ces critères lui conféraient une coloration pénale¹²⁴⁸. Ce changement de méthode n'est pas perçu comme problématique en soi par la doctrine, mais le fait que la Cour n'ait pas tranché entre les deux méthodes et utilise l'une ou l'autre selon les circonstances lui attire parfois la critique¹²⁴⁹. Aussi la Cour devrait-elle s'astreindre à plus de rigueur ou, tout au moins, de pédagogie. En effet, il a encore été affirmé que « la jurisprudence de la Cour européenne n'est nullement le reflet d'un arbitraire, mais [que] pour la comprendre, il faut paradoxalement s'affranchir des termes mêmes employées par la Cour »¹²⁵⁰.

Sur ces propos rassurants – l'absence d'arbitraire –, nous pouvons envisager d'utiliser la matière pénale, procurant une définition matérielle de la répression et dégagée des particularités nationales, comme champ matériel d'application pour notre principe d'unicité d'action répressive.

¹²⁴⁴ Arrêt Öztürk c. Allemagne, 21 février 1984, § 55 ; arrêt Weber c. Suisse, 22 mai 1990, § 26 et s.

¹²⁴⁵ R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE considèrent que le troisième critère, celui de la nature et de la gravité de la sanction encourue par l'auteur et prononcée contre lui, est celui « qui fait le plus fréquemment tomber un comportement sous la qualification d'„accusation“ en matière pénale », *op. cit.*, p. 518, alors qu'A. GUINCHARD estime que le critère de la nature de la norme incriminatrice – dans lequel l'auteur inclut le sous-critère de la nature de la sanction encourue comme révélateur de la finalité répressive de la norme – est « l'indice primordial du pouvoir de répression » (p. 80), tandis que celui de la gravité de la sanction (prononcée) n'est qu'un « indice supplétif d'un pouvoir de répression » (p. 98).

¹²⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, *op. cit.*, p. 371 et s. : l'auteur analyse la jurisprudence de la Cour sur la matière pénale comme un exemple d'application de la logique floue (au droit pénal), logique dont elle considère qu'elle est l'une des clefs de la construction d'un « pluralisme juridique ordonné » (p. 388).

¹²⁴⁷ Selon A. GUINCHARD, cette méthode est même la seule employée véritablement par la Cour : « Il faut dépasser la signification littérale des critères utilisés par la Cour et rechercher les concepts juridiques auxquels elle se réfère de manière implicite, mais certaine. On s'aperçoit alors que la Cour n'utilise qu'une seule méthode, la méthode du faisceau d'indices (...) », *op. cit.*, n° 138.

¹²⁴⁸ Arrêt Bendenoun c. France, 24 février 1994, § 47 de l'arrêt.

¹²⁴⁹ R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, p. 524, en particulier à propos de l'arrêt Putz c. Autriche, 22 fév. 1996, dans lequel la Cour n'a pas retenu la qualification pénale bien que la sanction prononcée, une amende, pût être convertie en une peine d'emprisonnement.

¹²⁵⁰ A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 138.

B. L'application du principe en matière pénale

583. Dans la première partie de notre étude, nous avons vu que le recours à la notion de matière pénale est déjà largement pratiqué par la Cour de Strasbourg pour mettre en œuvre l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, nonobstant les réserves – ne répondant pas aux exigences formelles de validité – de certains Etats membres, qui restreignent l'application de l'article 4 au droit pénal tel que défini par le système juridique interne¹²⁵¹.

Sans aucun doute, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est également concerné par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la matière pénale. L'article 52 de la Charte prévoit en effet que, « *dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne [des droits de l'homme], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* ». Or, dans ses explications, le *Praesidium* précise que le sens et la portée des droits garantis par la Charte sont déterminés non seulement par le texte de la Convention européenne et de ses protocoles, « *mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (...)* ». Par ailleurs, le *Praesidium* mentionne dans ses explications relatives à l'article 50 de la Charte que « *la règle du non cumul vise le cumul de deux sanctions de même nature, en l'espèce pénales* » en se référant aux sanctions du droit communautaire. Or, l'on ne peut considérer comme pénales qu'en raisonnant à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁵².

584. Si, comme nous le préconisons, elle devait être retenue par les juridictions nationales, l'applicabilité du principe d'unicité d'action répressive dans le champ de la matière pénale entraînerait de nombreux ajustements du droit positif, que nous ne pouvons tous énumérer ici. Cependant, nous évoquerons quelques points importants en matière de répression pénale (1), puis de répression administrative (2), et enfin de répression disciplinaire (3).

¹²⁵¹ Voir *supra*, p. 184 ; voir également F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, p. 299-300.

¹²⁵² Voir *supra*, p. 414.

1. La répression pénale

585. Il va de soi que le principe d'unicité d'action répressive s'applique dans le champ de la répression pénale. Aussi est-on tenté d'affirmer que toute mesure instituée par la loi pénale interne pour répondre à la commission d'une infraction pénale est concernée par le principe.

586. Il faut préciser l'analyse à propos de la privation de liberté « de sûreté », dont la finalité préventive fait douter de la nature pénale. Une telle mesure pose problème au regard du principe d'unicité d'action répressive lorsqu'elle est prononcée en plus d'une peine non pas au moment du jugement, mais plusieurs années après celui-ci, de sorte qu'il existe un cumul d'actions. Toute la question est alors de savoir si l'action tendant au prononcé de la mesure de sûreté doit être considérée comme appartenant à la matière pénale ou non.

La question se pose concrètement en Allemagne à propos de l'ordonnance différée d'internement de sûreté (*Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* ou encore *nachträgliche Sicherungsverwahrung*) introduite au paragraphe 66b StGB par la loi du 29 juillet 2004¹²⁵³. Selon cette disposition, lorsqu'à la suite d'une condamnation pour certaines infractions graves (meurtre, atteinte à l'intégrité physique, à la liberté personnelle et à l'intégrité sexuelle), des éléments de fait apparaissant avant la fin de l'exécution de la peine d'emprisonnement témoignent d'un état de grande dangerosité du condamné pour la société, le tribunal peut ordonner son internement de sûreté, à condition que l'appréciation globale du condamné, ses actes et, de façon complémentaire, son évolution pendant l'exécution de la peine d'emprisonnement indiquent qu'il est hautement probable qu'il va commettre des infractions par lesquelles des victimes seront gravement touchées psychologiquement ou physiquement¹²⁵⁴.

¹²⁵³ BGBl. 2004 I, 1838.

¹²⁵⁴ § 66b al. 1 StGB: « Werden nach einer Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder eines Verbrechens nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit den §§ 252, 255, oder wegen eines der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Vergehen vor Ende des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, und wenn die übrigen Voraussetzungen des § 66 erfüllt sind ». Pour une présentation compréhensive de la mesure, voir J. KINZIG, « Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter ? – Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung », *NSiZ* 2004, p. 655-660.

Dans la mesure où l'internement a lieu en établissement pénitentiaire et non pas en hôpital psychiatrique¹²⁵⁵, il ne fait aucun doute que le critère de la Cour européenne des droits de l'homme relatif à la nature de la sanction conduit à retenir la qualification pénale de la mesure¹²⁵⁶. Par contre, en ce qui concerne le critère de la nature de l'infraction, cette mesure est délicate à évaluer *in abstracto*. En effet, tout dépend de l'importance concrètement accordée, lors du prononcé de la mesure d'internement différée, à l'infraction ayant fondé l'emprisonnement précédent. Si l'internement est véritablement justifié par l'état dangereux de l'individu, évalué en considération de son état actuel et révélé par des faits récents, c'est-à-dire sans référence à l'infraction précédemment commise, l'on pourra considérer que la mesure est le résultat d'une véritable démarche de prévention – en outre, les deux actions seront fondées sur des faits nettement différents. Mais le risque est grand que l'infraction continue de servir de point de repère lors du prononcé de l'internement de sûreté¹²⁵⁷. Dans ce cas, le critère de la nature pénale de l'infraction est rempli, puisqu'il s'agit par hypothèse d'une infraction pénale grave.

Ainsi, que l'on s'en tienne à la méthode alternative ou à celle du faisceau d'indices, il apparaît globalement que l'ordonnance différée d'internement de sûreté doit être considérée comme pénale. Par conséquent, s'il est tenu compte de la première infraction commise lors du prononcé de l'ordonnance, de sorte que les mêmes faits sont à la base des deux actions, le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits se trouve enfreint¹²⁵⁸.

587. En revanche, une procédure d'enquête parlementaire visant à établir et évaluer la nature et les caractéristiques du phénomène mafieux et mentionnant un individu parmi d'autres, ne constitue pas une mesure répressive envers cet individu, ainsi qu'en a elle-même décidé la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁵⁹. En effet, dans la mesure où une telle enquête a un but purement cognitif, et « *n'était chargée ni de décider si le requérant avait commis une*

¹²⁵⁵ L'internement en hôpital psychiatrique est prévu au § 63 StGB.

¹²⁵⁶ Voir R. KOERING-JOULIN et P. TRUCHE, *op. cit.*, p. 518 : les auteurs considèrent qu'une peine d'emprisonnement doit toujours être considérée comme pénale, même si elle est de courte durée. A plus forte raison, le prolongement d'une privation de liberté par une autre privation de liberté doit être considéré comme de nature pénale.

¹²⁵⁷ J. KINZIG, *op. cit.*, p. 660. Voir également la thèse de J.-D. JANSING, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Münster, Lit, 2004, p. 393.

¹²⁵⁸ J.-D. JANSING conclut également, après des explications très riches, à l'incompatibilité de la mesure avec l'art. 103 al. 3 de la Loi fondamentale (*op. cit.*, p. 377-397).

¹²⁵⁹ Décision CEDH *Montera c. Italie*, 9 juil. 2002, req. n° 64713/01.

infraction ni de prononcer des sanctions formelles à son encontre »¹²⁶⁰, ni même de résoudre le litige de quelque manière qu'il soit, elle ne possède aucun caractère pénal. Par conséquent, elle n'est pas concernée par le principe d'unicité d'action répressive.

2. La répression administrative

588. On l'a vu, la répression administrative provient pour une grande part de la dépenalisation de certaines catégories d'infractions. De leur origine pénale, les infractions administratives ont gardé le caractère de généralité, qui veut qu'elles s'appliquent à tous¹²⁶¹. Cela vaut notamment en matière boursière et en droit de la concurrence, domaines que l'on sait sensibles au regard du principe d'unicité d'action répressive. Mais d'autres infractions administratives ne découlant pas du processus de dépenalisation possèdent un caractère tout aussi général. Le meilleur exemple est sans doute celui de la répression exercée par l'administration fiscale.

Quant aux sanctions encourues, elles peuvent être très élevées, comme en témoignent les sanctions applicables en matière boursière ou fiscale, ou encore en droit de la concurrence¹²⁶². Par conséquent, les deux critères déterminants de la matière pénale seront généralement remplis pour ces diverses branches de la répression administrative. Il reste naturellement la question de leur combinaison. Mais lorsque les deux critères susmentionnés tendent l'un et l'autre à ce que soit retenue la qualification de pénale selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la méthode d'appréciation des critères n'importe plus guère.

589. De façon générale, c'est-à-dire sous réserve que les critères développés par la jurisprudence européenne caractérisent *in concreto* comme pénales les poursuites déclarées administratives par le droit interne, le principe d'unicité d'action répressive a donc vocation à s'appliquer à la répression administrative. Le projet grec de décision-cadre « *relative à l'application du principe „non bis in idem“* » prend d'ailleurs en compte la préoccupation d'intégrer la répression administrative dans le champ d'application du principe d'unicité

¹²⁶⁰ *Ibidem* (§ 1 sous « en droit »).

¹²⁶¹ Un exemple typique est celui des *Ordnungswidrigkeiten* allemandes ; la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'elles pouvaient être qualifiées de pénales dans l'arrêt *Öztürk c. Allemagne*, 21 fév. 1984.

¹²⁶² Pour cette raison, la doctrine se prononce pour l'application de la règle *ne bis in idem* en droit de la concurrence, entre une poursuite nationale et communautaire pour les mêmes faits. Voir notamment N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.*, p. 463 et s.

d'action répressive¹²⁶³. Dans les définitions de l'article 1^{er}, il est précisé au point a), relatif à « l'acte punissable », qu'est considéré comme un tel acte non seulement « *tout acte constitutif d'une infraction en vertu du droit national de chaque Etat membre* », mais encore « *tout acte constitutif d'une infraction administrative ou d'une atteinte à l'ordre public passible d'une amende imposée par une autorité administrative, conformément au droit de l'Etat membre concerné, à condition que cet acte ressortisse à ladite autorité administrative et que l'intéressé ait la possibilité de porter l'affaire devant une juridiction pénale* ».

590. Seules les mesures administratives de nature véritablement préventive, tendant par exemple à protéger l'ordre public ou à éviter la survenance d'accidents ou autres troubles, devraient pouvoir échapper à la mise en œuvre du principe d'unicité. Mais la distinction entre une poursuite administrative répressive et préventive n'est pas toujours aisée.

En témoigne notamment l'exemple du droit de la concurrence. A première vue, il semble difficile de considérer que la répression des infractions au droit de la concurrence n'entre pas dans le champ de la matière pénale, de sorte que le principe d'unicité d'action répressive ne la concerne pas. En particulier, la sévérité des sanctions encourues et prononcées invite à ce que les procédures tendant à leur mise en œuvre soient considérées comme pénales au sens européen du terme¹²⁶⁴. Toutefois, les autorités de concurrence n'ont pas un rôle exclusivement répressif. Elles prononcent également des injonctions, qui ne possèdent pas de caractère pénal¹²⁶⁵.

591. Une conséquence de la vocation du principe d'unicité d'action répressive à s'appliquer à la répression administrative est la suivante. La jurisprudence française selon laquelle la règle *ne bis in idem* n'est pas applicable entre une poursuite pénale et une poursuite répressive administrative pour les mêmes faits, entretenue solidairement les trois hautes juridictions françaises¹²⁶⁶, doit évoluer. Il ne s'agit pas seulement, en cela, de respecter la hiérarchie des normes, qui veut que les exigences posées par une convention internationale dûment ratifiée s'imposent en droit interne¹²⁶⁷. On pourrait d'ailleurs rétorquer à cet argument qu'il n'existe pas de lien de subordination juridique des juridictions nationales par rapport à la Cour européenne des droits de l'homme, si bien que l'interprétation de la Convention par la Cour

¹²⁶³ Projet de décision-cadre précité.

¹²⁶⁴ N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.*, p. 463.

¹²⁶⁵ Voir CEDH (déc.) 3 juin 2004, OOO Neste et autres, req. n° 69042/01.

¹²⁶⁶ Voir *supra*, p. 203.

¹²⁶⁷ Voir l'art. 55 de la Constitution française : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois (...)* ».

européenne ne lie pas juridiquement les juridictions nationales. C'est bien le fondement même du principe d'unicité d'action répressive – c'est-à-dire, indirectement, le fondement de la règle *ne bis in idem* –, à savoir la dignité humaine, qui veut que le champ d'application du principe s'étende à l'ensemble de la matière pénale. Pour la même raison, la politique des juridictions françaises du retranchement derrière la réserve formulée par le Gouvernement lors de la ratification du Protocole n° 7 – réserve dont nous avons vu qu'elle n'était pas valable au regard de la Convention européenne des droits de l'homme¹²⁶⁸ – n'est pas justifiée.

592. Mais derrière ce revirement souhaité de jurisprudence se cache la nécessité de réorganiser véritablement le système de répression dans les domaines concernés, au regard du principe d'unicité d'action répressive. Cette doléance s'adresse au législateur à double titre. D'une part, le législateur devrait gommer les « doublons » du droit matériel répressif, qui résultent de l'incrimination cumulative d'un comportement répréhensible par le droit pénal et par le droit administratif. Par exemple, la fraude fiscale devrait être l'affaire de la répression administrative *ou* de la répression pénale¹²⁶⁹. De l'autre côté, le législateur devrait établir des règles de priorités de compétences entre les autorités judiciaires et les autorités administratives, qui s'appliqueraient dans les cas – résiduels – qui, malgré les précautions prises en termes de politique d'incrimination, présenteraient la particularité de permettre un cumul de poursuites pour les mêmes faits.

3. La répression disciplinaire

593. En matière disciplinaire, la mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive apparaît à première vue plus délicate, en particulier lorsqu'il s'agit de le mettre en œuvre entre une action pénale et une action disciplinaire pour les mêmes faits. Logiquement, appliquer la jurisprudence relative à la matière pénale conduit à prohiber le cumul d'une action pénale et d'une action disciplinaire dans la mesure où l'action disciplinaire tombe dans le champ de la matière pénale. Mais il peut sembler que la mise en œuvre de l'unicité d'action répressive dans cette hypothèse pose des difficultés particulières.

Ce sentiment procède d'abord de l'observation du droit positif, qui est particulièrement réfractaire à l'application du principe d'unicité entre une poursuite pénale et une poursuite

¹²⁶⁸ Voir *supra*, p. 185 et 188.

¹²⁶⁹ C'est le cas aujourd'hui en raison de la coexistence des art. 1728 et 1729 du Code général des impôts (répression administrative) et 1741 et 1743 du même Code (répression pénale), voir *supra*, p. 206.

disciplinaire pour les mêmes faits. Ni le droit français¹²⁷⁰, ni le droit allemand¹²⁷¹, ni même la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁷², ne connaissent pour l'heure d'exemple d'application de la règle *ne bis in idem* dans cette situation, alors que la mise en œuvre de la règle entre une poursuite pénale et une poursuite administrative dénuée de vocation disciplinaire gagne ostensiblement du terrain¹²⁷³. La doctrine se montre également peu encline à imposer le choix entre la mise en œuvre du droit pénal ou celle d'une mesure de répression disciplinaire lorsque des faits enfreignent les deux ordres juridiques¹²⁷⁴.

594. L'argument couramment invoqué contre l'application de la règle *ne bis in idem* entre une action pénale et une action disciplinaire procède de la différence fondamentale résidant entre la répression pénale et la répression disciplinaire¹²⁷⁵. Il est vrai que la répression disciplinaire a, en principe, pour but d'assurer le respect des règles particulières d'un ordre disciplinaire donné, qui ne se confond pas avec l'ordre juridique global. On prendra pour exemples le règlement intérieur d'une institution telle que l'école, l'entreprise, l'armée ou la prison, les règles de déontologie d'un corps professionnel, ou encore les règlements sportifs. Pour préserver son bon fonctionnement interne et sa réputation aux yeux de la société, l'ordre disciplinaire se munit de sanctions spécifiques. Les sanctions disciplinaires typiques sont, notamment, l'avertissement, la dégradation sur une échelle de mérite, l'interdiction de participer à certaines activités ou d'exercer certains mandats ou fonctions, ou encore l'exclusion temporaire ou définitive de l'organisation disciplinaire.

La double distinction entre l'ordre disciplinaire et l'ordre juridique global, d'une part, et entre l'objectif de la répression disciplinaire et l'objectif de la répression pénale, d'autre part, semble justifier qu'un individu qui, par son action, enfreint simultanément les règles de l'ordre disciplinaire auquel il appartient et la loi pénale, soit redevable de sa conduite devant les deux ordres. En conséquence, il doit pouvoir être poursuivi par les autorités compétentes des deux ordres. Par exemple, un médecin qui, par le non respect de l'hygiène dans son cabinet, provoque la contamination de ses patients, commet une infraction à la déontologie

¹²⁷⁰ Voir *supra*, p. 203 et s.

¹²⁷¹ Voir *supra*, p. 183.

¹²⁷² L'applicabilité de l'art. 4 prot. n° 7 a certes déjà été invoquée devant les organes de Strasbourg, mais sans succès (voir notamment la décision de la Commission M. P. c. Espagne du 3 mars 1986, req. n° 11227/84 ; les décisions sur la recevabilité de la Cour J. B. c. Suisse du 6 avril 2000, req. n° 31827/96 et Luksch c. Autriche, 21 nov. 2000, req. n° 37075/97).

¹²⁷³ C'est le cas en Allemagne, voir *supra*, p. 180 et s., et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir *supra*, p. 184.

¹²⁷⁴ J. PRALUS-DUPUY, *op. cit.*

¹²⁷⁵ M. PRALUS, voir *supra*, p.171.

médicale contre laquelle l'ordre des médecins doit pouvoir réagir, notamment pour protéger de futures victimes et dissuader d'autres médecins d'adopter le même comportement. Mais il porte également atteinte à l'intégrité physique d'autrui, intérêt juridique que le droit pénal protège au premier plan.

595. A cette répression qui se veut délibérément autonome du pouvoir pénal de l'Etat – et à laquelle, du reste, les individus se soumettent parfois volontairement par leur adhésion à l'ordre disciplinaire¹²⁷⁶ – il paraît à première vue incongru de faire barrage sous prétexte qu'une action pénale a déjà été engagée. Réciproquement, il semble inconcevable de soustraire certaines personnes de l'application de la loi pénale en raison de leur appartenance à un ordre disciplinaire – d'autant plus que les sanctions disciplinaires sont en principe moins sévères que les infractions pénales.

D'ailleurs, les deux actions possédant chacune un objectif spécifique¹²⁷⁷, leur application cumulative ne saurait porter atteinte à la dignité humaine, dont on sait qu'elle n'est menacée par le cumul d'actions pour les mêmes faits qu'à partir du moment où celui-ci est le produit d'une mise en œuvre mécanique et arbitraire du pouvoir répressif, tendant à réduire l'individu concerné à un simple objet de droit. Le fondement même du principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits n'impose donc pas l'interdiction du cumul d'une action pénale et d'une action disciplinaire pour les mêmes faits.

596. Néanmoins, comme les mesures préventives déclenchées à l'occasion d'une infraction témoignant de l'état dangereux de son auteur ou les mesures de réparation du dommage provoqué par l'infraction, dont nous avons vu qu'elles peuvent posséder un aspect punitif caché, la répression disciplinaire sort parfois de son champ pour empiéter sur le terrain du droit pénal. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme comporte suffisamment d'exemples de mesures qui, bien que qualifiées de disciplinaires par le droit interne, présentent en réalité un caractère pénal¹²⁷⁸. Par conséquent, s'il est en théorie compatible avec la dignité humaine, le cumul d'une action pénale et d'une action disciplinaire pour les mêmes faits pose de véritables problèmes en pratique.

¹²⁷⁶ Cet argument ne saurait toutefois être mis trop en exergue. En effet, outre que l'appartenance à certains ordres disciplinaires n'a parfois rien de volontaire, comme celle du prisonnier à l'établissement pénitentiaire ou de l'écolier à l'établissement scolaire, même lorsqu'elle résulte d'un choix de l'individu, elle est souvent *en fait* obligatoire. Ainsi, celui qui veut exercer la profession de médecin doit appartenir à l'ordre des médecins, que les règles (notamment répressives) de cette institution lui plaisent ou non.

¹²⁷⁷ Voir notamment J. MORET-BAILLY, *op. cit.*, p. 79. L'auteur précise que « [l]a répression disciplinaire n'est pas une sous-répression pénale ».

¹²⁷⁸ Voir notamment les arrêts Engel et Cambell et Fell, précités.

Or, pour distinguer une poursuite véritablement disciplinaire d'une poursuite pénale « cachée » et savoir si le cumul d'une poursuite pénale et d'une poursuite déclarée disciplinaire est effectivement compatible avec la dignité, la notion de matière pénale est à nouveau d'une grande utilité. Comme le fait remarquer un auteur, « *en recherchant le caractère général de la norme transgressée, la Cour européenne entend promouvoir une conception matérielle de la notion afin de distinguer la répression, éventuellement pénale, de la répression disciplinaire* »¹²⁷⁹. Si une infraction de nature disciplinaire possède ce caractère de généralité – et si, de surcroît, la sanction ne revêt pas un caractère disciplinaire, quoique cette seconde condition ne soit pas indispensable –, alors la qualification pénale est à retenir. Le cumul d'une action de ce type et d'une action pénale pour les mêmes faits contrevient donc au principe d'unicité d'action répressive.

597. Inversement, le droit pénal s'est doté une série de sanctions dont la nature proprement disciplinaire est indiscutable. Ainsi, le Code pénal français comprend des peines qui relèvent typiquement du domaine disciplinaire. On citera par exemple la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, qui est prévue à l'article 131-6, n° 11 CP¹²⁸⁰ comme une peine alternative applicable en matière correctionnelle, mais qui peut également être prononcée à titre complémentaire en vertu de l'article 131-27 CP¹²⁸¹. Le risque existe alors de voir se cumuler deux actions répressives à caractère disciplinaire, en dépit du fait que l'une d'elles seulement soit considérée comme pénale en raison de son appartenance au Code pénal. Lorsque ces deux actions visent à l'application de la même sanction, l'on se trouve indubitablement face à des actions poursuivant le même objectif, si bien que leur cumul est problématique au regard de la dignité humaine. Or, cette situation existe en pratique.

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 septembre 2004 en témoignent¹²⁸². Un vétérinaire avait signé de faux documents officiels et enfreint la réglementation relative à la certification des bovins par tromperie sur l'identité de ceux-ci, sur les risques inhérents à leur utilisation ainsi que sur les contrôles effectués. Le préfet suspendit d'abord provisoirement son mandat sanitaire, puis décida, par arrêté pris sur avis conforme de

¹²⁷⁹ A. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 140, c'est nous qui soulignons.

¹²⁸⁰ L'art. 131-6 CP énumère un grand nombre de peines, parmi lesquelles « l'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction » (n° 11).

¹²⁸¹ L'art. 131-27 CP dispose : « Lorsqu'elle est encourue à titre de peine complémentaire pour un crime ou un délit, l'interdiction d'exercer (...) une activité professionnelle ou sociale est soit définitive, soit temporaire ». Les art. 131-28 et 131-29 CP précisent encore le régime d'application de cette peine.

¹²⁸² Cass. crim. 7 sept. 2004, Bull. crim. n° 200.

la commission de discipline prévue à l'article R. 221-13 du Code rural, du retrait du même mandat pendant trois ans. Après l'écoulement de ce délai, le mandat fut rétabli par arrêté préfectoral du 8 janvier 2002. Mais à la suite de ces mesures, dont on peut encore penser qu'elles sont de nature essentiellement sinon exclusivement préventive, le tribunal correctionnel infligea le 3 juin 2002 à l'auteur des faits une interdiction d'exercer la profession de vétérinaire à l'occasion dudit mandat pendant une durée de deux ans, en sus d'une peine d'emprisonnement de huit mois assortie du sursis. Enfin, le 8 août 2002, le préfet prononça un nouveau retrait du mandat sanitaire de deux ans, « en exécution » de la décision judiciaire. L'intéressé demanda à ce que les différentes peines prononcées soient confondues mais le tribunal estima que, dans la mesure où, au total, la durée de la peine n'excédait pas le maximum légal – de cinq ans –¹²⁸³, la requête n'était pas fondée.

Grâce à cet exemple de cumul d'une poursuite pénale et d'une poursuite disciplinaire menant toutes deux au prononcé de la même sanction, l'on se rend compte à quel point il faut se méfier de la différence de nature *affichée* des poursuites répressives. Le cumul pratiqué en l'espèce est l'exemple même d'une application arbitraire de plusieurs voies répressives pour les mêmes faits, qui se révèle attentatoire à la dignité humaine. La dernière intervention du préfet ne peut pas être considérée comme poursuivant un objectif propre et distinct de la sanction pénale infligée par le juge correctionnel, si bien qu'au regard du principe d'unicité d'action répressive, elle n'aurait pas dû avoir lieu. Or, cette mesure du préfet doit indubitablement être considérée comme pénale au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme puisque, prévue comme une peine par le Code pénal lui-même, elle répond déjà au premier critère d'identification de la matière pénale¹²⁸⁴. La notion de matière pénale se révèle une fois de plus très efficace pour mettre en œuvre le principe d'unicité d'action répressive en conformité avec de fondement de la dignité humaine.

598. Plus délicate est l'hypothèse dans laquelle plusieurs mesures disciplinaires sont infligées par des autorités disciplinaires différentes pour les mêmes faits. Par exemple, à une faute commise par un médecin fonctionnaire, répondent à la fois une mesure disciplinaire prononcée par le Conseil de l'ordre des médecins et une autre mesure disciplinaire infligée par l'administration dont dépend le médecin¹²⁸⁵. Si les deux mesures appartiennent à la

¹²⁸³ Art. 131-6 et 131-27 CP combinés.

¹²⁸⁴ Voir *supra*, p. 469.

¹²⁸⁵ Voir J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française », *RTDH* 1995, p. 201-228, spéc. p. 219. Pour d'autres exemples, voir J. MORET-BAILLY, *op. cit.*, p. 79.

matière pénale, leur cumul est naturellement incompatible avec le principe d'unicité d'action répressive. En revanche, si l'une des deux mesures – ou les deux mesures – sont de nature véritablement disciplinaire, il faut en revenir au critère de l'identité d'objectif poursuivi par les deux mesures¹²⁸⁶. Or, chacun des ordres disciplinaires poursuit un objectif propre, qui peut être celui du bon fonctionnement de ses services ou encore de la préservation de sa réputation. Il n'y a donc pas de risque d'atteinte à la dignité humaine.

599. Avant de conclure l'étude de l'application du principe d'unicité d'action répressive en matière disciplinaire, mentionnons qu'ici encore, la seule application de la règle *ne bis in idem* n'est pas entièrement satisfaisante au regard du principe d'unicité d'action répressive. Des règles de coordination entre la mise en œuvre des mesures répressives relevant de l'autorité disciplinaire et de celles qui sont du ressort de la justice pénale devraient exister. L'on pourrait imaginer, par exemple, que l'autorité disciplinaire ne soit admise à engager une action répressive à la suite d'un jugement pénal pour les mêmes faits que lorsque la sanction qu'elle aspire à prononcer ne fasse pas office de répétition par rapport à la sanction pénale. A l'inverse, une action pénale devrait être exclue après une action disciplinaire dès lors que les sanctions qu'il est question de prononcer revêtent un caractère disciplinaire.

600. Le champ d'application du principe d'unicité d'action répressive étant à présent défini, il faut en venir à ses conditions d'application.

¹²⁸⁶ Voir *supra*, p. 461.

Section 2 Les conditions d'application

601. Les conditions d'application du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits s'articulent autour de deux idées. Il faut, d'une part, que des actions répressives soient en jeu. Comme nous avons déjà analysé le terme de répression dans la section précédente, il ne reste qu'à étudier celui d'action (§ 1). D'autre part, l'unicité n'a lieu d'être qu'entre des actions qui présentent une certaine identité. C'est précisément cette exigence que nous avons exprimée par la précision que l'unicité d'action répressive s'applique envers la *même* personne pour les *mêmes* faits. Il faudra à présent expliciter l'exigence d'identité entre les actions (§ 2).

§ 1 L'action

602. Il faut, bien entendu, savoir ce que l'on entend par le terme « action ». Aussi consacrerons-nous la première partie de ce paragraphe à définir la notion d'action (A). Ensuite, il conviendra de s'intéresser à la condition d'achèvement d'une action, qui est propre à la mise en œuvre d'une des applications du principe d'unicité d'action répressive, la règle *ne bis in idem* (B).

A. La notion d'action

603. Le terme d'« action » a vocation à remplacer celui de « poursuite », traditionnellement employé dans le contexte de l'application de la règle *ne bis in idem*. On le sait, l'application du droit répressif ne se manifeste plus seulement par le biais de la poursuite traditionnelle devant une juridiction qui statue sur la responsabilité de la personne mise en cause. D'autres voies conduisent tout aussi efficacement à ce que des sanctions punitives soient infligées à celui qui a enfreint la loi répressive. Or, la dignité de la personne humaine se trouvant en danger lors que l'application répétée du droit répressif pour les mêmes faits résulte d'une mise en œuvre arbitraire des voies de droit disponibles, elle est tout autant concernée par l'exercice d'une poursuite au sens propre du terme que par le recours à d'autres modes d'application du droit répressif. Pour cette raison, l'application de l'exigence d'unicité doit s'étendre au-delà

des hypothèses dans lesquelles une poursuite est engagée. D'où le recours à la notion d'action, que nous définissons comme le support de la mise en œuvre d'une réponse à la commission d'une infraction.

Il convient bien entendu d'y inclure la poursuite (1), mais encore les mesures alternatives aux poursuites (2), et le prononcé d'une sanction en l'absence de poursuite (3).

1. La poursuite

604. Une poursuite répressive peut être définie comme l'exercice d'une voie de droit pour contraindre une personne à répondre de ses actes devant la justice répressive. On parle encore de mise en mouvement de l'action publique. Elle est traditionnellement exercée par le ministère public ou, dans certains cas, par une administration qui en a reçu la compétence. En France, la poursuite peut également être le fait de la victime de l'infraction, la constitution de partie civile déclenchant à elle seule l'action publique. Concrètement, la poursuite est réalisée par la saisine d'une juridiction de jugement ou, en France, par la saisine du juge d'instruction. Naturellement, chaque système juridique connaît des spécificités en ce qui concerne le moment du déclenchement de la poursuite dans le procès pénal ainsi que le mode de saisine de la juridiction compétente.

605. Dans le contexte international, il existe une institution proche de la poursuite : la demande d'extradition – ou de « remise », pour la mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen. Dans la mesure où cette demande est formulée aux fins de poursuite de l'individu réclamé, elle doit être considérée comme une action. C'est en ce sens que les textes relatifs à l'extradition prévoient que la règle *ne bis in idem* constitue un obstacle à l'extradition d'un individu qui a déjà définitivement répondu de ses actes devant la justice répressive d'un autre Etat.

En revanche, une demande d'extradition aux fins d'exécution d'une sanction s'analyse différemment. Il ne s'agit plus, dans cette hypothèse, de donner une réponse à la commission d'une infraction, mais simplement de permettre l'exécution d'une telle réponse, qui a déjà été donnée auparavant. Aussi l'extradition aux fins d'exécution d'une sanction doit-elle être classée parmi les mesures d'entraide judiciaire et non considérée comme une action. Du reste, si la possibilité de demander l'extradition aux fins d'exécution d'une sanction était abusivement restreinte, les Etats hésiteraient davantage à promouvoir l'essor du principe

d'unicité d'action répressive dans les rapports internationaux. A défaut de pouvoir compter sur l'entraide de leurs homologues dans l'hypothèse où un individu condamné par leurs soins serait en fuite à l'étranger, ils se montreraient probablement réticents envers une reconnaissance large du principe dans les rapports internationaux. C'est donc à juste titre que la Cour de cassation a considéré, dans son arrêt du 13 octobre 2004, que la répétition d'une demande d'extradition en vue de l'exécution d'une condamnation prononcée en Italie ne portait pas atteinte à la règle *ne bis in idem*¹²⁸⁷.

606. Enfin, pour compléter le propos, précisons qu'une enquête parlementaire relative à l'étude d'un phénomène criminel ne saurait non plus être considérée comme une action au sens où nous l'avons définie¹²⁸⁸.

2. Les mesures alternatives aux poursuites

607. Parmi les mesures alternatives aux poursuites, il faut d'abord mentionner la transaction – ou composition – pénale. L'offre de transaction du ministère public à la personne à laquelle des faits délictueux sont reprochés doit être considérée comme une action répressive à part entière. En effet, même si aucune juridiction n'est saisie, un processus tendant à l'application d'une sanction est bel et bien mis en marche. La transaction, en ce qu'elle a vocation à remplacer une poursuite pénale – le terme de mesure *alternative* est révélateur – pour la mise en œuvre d'une sanction, constitue le support de la mise en œuvre d'une réponse à la commission d'une infraction. Elle s'apparente donc à une action, si bien que le principe d'unicité d'action répressive lui est applicable.

La Cour de justice des Communautés européennes ne s'y est d'ailleurs pas trompée, considérant dans l'arrêt Gözütok et Brügge qu'il « importe de relever qu'une [transaction pénale], dont les effets tels que prévus par la loi nationale applicable sont subordonnés à l'engagement du prévenu d'exécuter certaines obligations prescrites par le ministère public, sanctionne le comportement illicite reproché au prévenu »¹²⁸⁹. Elle en a conclu que « le principe *ne bis in idem*, consacré à l'article 54 de la [Convention de Schengen] (...) s'applique également à des procédures d'extinction de l'action publique (...) par lesquelles le

¹²⁸⁷ Cass. crim. 13 oct. 2004, pourvoi n° 04684470, Bull. crim. n° 241.

¹²⁸⁸ Voir *supra*, p. 475.

¹²⁸⁹ Arrêt du 11 fév. 2003, précité, point 29.

ministère public d'un Etat membre met fin, sans intervention d'une juridiction, à la procédure pénale engagée dans cet Etat, après que le prévenu a satisfait à certains obligations (...) »¹²⁹⁰.

608. Venons-en à la médiation pénale. Nous avons vu précédemment qu'elle pouvait être envisagée de deux façons, soit comme une mesure destinée à remplacer le procès pénal, soit comme une mesure d'accompagnement de ce dernier¹²⁹¹. Dans cette deuxième hypothèse, la médiation n'est pas véritablement le support d'une réponse à la commission de l'infraction. C'est le procès pénal qui constitue ce support, la procédure de médiation n'étant alors qu'un complément. Nous laisserons donc cette hypothèse de côté.

En revanche, lorsqu'elle est employée comme une mesure alternative aux poursuites, la médiation pénale est certainement le support de la mise en œuvre d'une réponse à la commission d'une infraction. Elle doit donc être considérée comme une action.

3. Le prononcé d'une sanction en l'absence de poursuite

609. Certaines réponses répressives se situant à la marge du droit pénal sont mises en œuvre sans qu'une véritable poursuite soit exercée, pour la simple raison que l'autorité de poursuite se confond avec l'autorité qui prononce la sanction. Il en est ainsi fréquemment en matière disciplinaire. Ainsi, une institution – comme l'armée – qui inflige une sanction à l'un de ses membres a dû faire office d'autorité de poursuite avant de prendre le rôle de l'autorité de sanction. Cela dit, sa décision est bien le support de la mise en œuvre d'une réponse à la commission d'une infraction. Aussi doit-elle être considérée comme une action concernée par le principe d'unicité d'action répressive.

La notion d'action étant explicitée, il reste à se pencher sur la question de son achèvement.

B. L'achèvement d'une action

610. Avant d'étudier la condition d'achèvement d'une action, il faut apporter une précision importante. Cette condition apparaît certainement pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*, laquelle interdit qu'à la suite d'une action répressive *aboutie*, une nouvelle action soit engagée pour les mêmes faits. Mais il ne faut pas perdre de vue que la règle *ne bis in idem* n'est qu'une application du principe d'unicité d'action répressive.

¹²⁹⁰ Dispositif de l'arrêt.

¹²⁹¹ Voir *supra*, p. 297.

En soi, le principe a aussi pour objectif d'éviter le cumul d'actions répressives en amont, c'est-à-dire avant même que ce cumul soit si prêt d'être réalisé qu'il faille en faire appel à la règle *ne bis in idem*. Pour parvenir à ce résultat, il n'est évidemment pas nécessaire d'attendre qu'une action ait été achevée. L'article 3 du projet grec de décision-cadre « *relative à l'application du principe „non bis in idem“* » donne un bon exemple d'application du principe d'unicité d'action répressive en l'absence d'une action achevée. Envisageant le cas de la litispendance, il prévoit que, dans le cas où des faits font « *l'objet d'une affaire pendante dans un Etat membre* » et où des poursuites pénales sont engagées dans un autre Etat membre, une procédure en vue de déterminer l'Etat membre compétent¹²⁹².

611. Toutefois, tant que les conflits positifs de compétence – matériels comme géographiques – ne seront pas résolus en amont, il faudra bien avoir recours à la règle *ne bis in idem*, laquelle ne peut être mise en œuvre tant qu'il n'existe pas d'action achevée à propos des faits litigieux.

Nous verrons que l'achèvement de l'action est pertinemment révélé par l'existence d'une décision définitive, condition de mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* qu'il faudra dans un premier temps préciser (1). Mais la mise en œuvre de la condition d'existence d'une décision définitive nécessite, dans un second temps, que les textes consacrant aujourd'hui la règle *ne bis in idem* soient interprétés de façon dynamique (2).

1. La condition d'existence d'une décision définitive

612. La mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* suppose qu'une action ait eu lieu et qu'elle soit définitivement achevée. En droit positif, l'achèvement requis consiste traditionnellement en un *jugement* définitif. Ainsi, l'article 368 du Code de procédure pénale prévoit que la personne doit avoir été « *acquittée légalement* », ce qui suppose qu'elle ait été jugée par une Cour d'assises. L'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme requiert que la personne ait été « *acquitté[e] ou condamné[e] par un jugement définitif* »¹²⁹³. L'article 54 de la Convention de Schengen stipule pour sa part qu'« *une personne qui a été définitivement jugée* » ne peut plus être à nouveau poursuivie.

¹²⁹² Pour le texte intégral de l'article 3, voir *supra*, p. 450.

¹²⁹³ Pour cette raison, la décision de la CEDH Zigaretta c. Italie du 3 oct. 2002, req. 48154/99, nous semble critiquable. La Cour affirme : « *La Cour note que le paragraphe 1 de l'article 4 du Protocole n° 7 ne vise pas seulement le cas d'une double condamnation, mais aussi celui des doubles poursuites. Dans le cas contraire, il n'aurait pas été nécessaire de mettre le terme „poursuivi“ à côté du terme „puni“, car il ne pourrait qu'en constituer un double. Le texte s'applique même si l'individu n'a fait l'objet que de simples poursuites n'ayant*

Dans la première partie de l'étude, nous avons montré que la condition d'existence d'un jugement était intimement liée au rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée¹²⁹⁴. Comme nous préconisons la rupture de ce lien, il est cohérent de se distancier de la condition d'existence d'un jugement pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*. Du reste, la dignité humaine risque d'être atteinte par le cumul arbitraire d'action répressives pour les mêmes faits bien que ces dernières – ou l'une d'entre elles seulement – ne s'achèvent pas par des jugements mais par des décisions permettant la résolution du litige. Par conséquent, pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem*, l'existence d'une décision définitive doit suffire.

Sur ce point, l'article 1 point b) du projet grec de décision-cadre « *relative au principe „non bis in idem“* » doit être commenté. Il donne du terme « jugement », employé dans l'article 2 formulant la règle *ne bis in idem*, une définition qui dépasse sur certains points la conception traditionnelle et semble rejoindre l'idée selon laquelle une décision définitive est suffisante. Selon l'article 1 point b), constitue un jugement « *toute décision définitive rendue par une juridiction pénale d'un Etat membre à l'issue d'une procédure pénale, qu'elle se termine par une condamnation, par une mise hors de cause ou par l'extinction définitive des poursuites, conformément au droit de l'Etat membre concerné, ainsi que toute médiation pénale extrajudiciaire* ». Cependant, une dernière phrase est ajoutée, qui suscite l'étonnement : « *un jugement pénal est définitif lorsqu'il a autorité de la chose jugée, conformément au droit national* ». Nous ne répéterons pas ici les fortes réserves que nous avons émises dans la première partie de l'étude sur le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée. Au-delà, il faut signaler l'incohérence de cette phrase avec la précédente : comment une « *médiation pénale extrajudiciaire* » pourrait-elle acquérir l'autorité de la chose jugée ? Cette phrase est indubitablement de trop. En outre, la condition selon laquelle la décision définitive doit être « *rendue par une juridiction pénale d'un Etat membre* » exclut les décisions émanant des autorités de poursuites, telles que la décision de ne pas poursuivre faisant suite à une transaction pénale réussie, ce qui pose problème. Cela nous invite à revenir sur la notion de décision définitive.

pas abouti à une condamnation : en effet, en matière pénale, le principe non bis in idem est valable que l'individu ait été condamné ou non ». Ce raisonnement « oublie » que l'art. 4 Prot. 7 stipule que la personne a été « *acquitté[e] ou condamné[e] par un jugement définitif* ». Cela dit, la remarque relative à l'adjonction des termes « *poursuivi* » et « *puni* » confirme nos propos introductifs selon lesquels cette adjonction est problématique (voir *supra*, p. 34).

¹²⁹⁴ Voir *supra*, p. 265.

613. Dans des développements précédents, nous avons défini la décision définitive comme celle qui donne une solution à même de résoudre immédiatement le litige¹²⁹⁵. Cette définition peut servir de point d'ancrage pour désigner les décisions connues du droit positif qui doivent être considérées comme des décisions définitives. Mais une difficulté apparaît rapidement car le droit positif permet expressément la réouverture de la procédure après de nombreuses décisions qui, au regard de notre définition, revêtent un caractère définitif¹²⁹⁶. Pour éviter la contradiction et sortir de l'impasse, il faut nuancer notre définition de la décision définitive. Les conséquences de la nuance apportée seront traitées ultérieurement¹²⁹⁷.

Aussi proposons-nous de considérer comme définitives les décisions qui sont présentées comme tel au justiciable, c'est-à-dire dont le justiciable peut légitimement penser que, sauf en cas d'exercice des voies de recours, elles donnent la solution résolvant le litige. L'on peut, en d'autres termes, partir de l'idée simple qu'est présentée comme définitive au justiciable la décision qui ne lui est pas explicitement signalée comme ne résolvant que provisoirement le litige.

Aucune autre condition ne doit s'ajouter. Ainsi, la décision pourra être rendue par une autorité portant officiellement le nom de juge ou non, après qu'une enquête détaillée a eu lieu ou non, à la suite d'une audience ou non et, enfin, sur reconnaissance de culpabilité ou non.

Que la décision puisse faire l'objet de voies de recours ne remet nullement en cause son caractère définitif. Ces voies de recours pourront être exercées ou non, sans que cette question influence en rien l'interdiction d'engager une *nouvelle* action pour les mêmes faits. Si une voie de recours est exercée, elle s'analyse simplement comme la continuation de la même action.

614. Il convient de souligner que par notre définition de la décision définitive, nous nous départons de la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans son arrêt Nikitin contre Russie du 20 juillet 2004, la Cour a donné de l'expression « *jugement définitif* » de l'article 4 du Protocole n° 7 la définition suivante – l'on remarquera que la Cour ne reprend pas à son compte les termes « *jugement définitif* » de l'article 4 – : « *une décision est définitive lorsque, conformément à la définition traditionnelle, elle a acquis l'autorité de la*

¹²⁹⁵ Voir *supra*, p. 272.

¹²⁹⁶ Il en va ainsi, par exemple, de l'ordonnance de non-lieu française et des décisions allemandes d'arrêt anticipé de la procédure prévues aux paragraphes 174 alinéa 2 et 211 StPO, voir *supra*, p. 276 et s.

¹²⁹⁷ Voir *infra*, p. 495.

*chose jugée*¹²⁹⁸. C'est le cas lorsqu'elle est irrévocable, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de voies de recours ordinaires, lorsque les parties ont exercé ces voies de recours ou lorsqu'elles ont laissé expirer le délai pour les exercer »¹²⁹⁹.

Nous ne reviendrons pas sur l'inopportunité de la référence à l'autorité de la chose jugée. En revanche, il nous faut expliquer pourquoi nous proposons de considérer la décision définitive indépendamment de la question de l'exercice des voies de recours. Si l'on considère, comme le fait la Cour européenne, que la règle *ne bis in idem* ne trouve à s'appliquer qu'une fois que la décision rendue est irrévocable, l'on permet implicitement qu'une autre action, mise en œuvre par une autre autorité répressive parallèlement compétente pour réprimer les faits, soit engagée tant que l'exercice des voies de recours concernant la décision rendue à l'issue de la première action répressive est possible. Il en découle qu'un véritable cumul d'actions répressives – et non la simple réouverture d'une procédure –, contraire au principe d'unicité parce que justifiée par la seule pluralité de compétences répressive, peut se produire. Aussi est-il pertinent de considérer qu'une décision résolvant immédiatement le litige est définitive même si elle est encore révocable, le caractère définitif de la décision ne faisant nullement obstacle à l'exercice des voies de recours. Une fois les voies de recours épuisées ou les délais pour les exercer expirés, la décision ne sera plus seulement définitive, mais encore irrévocable.

Du reste, la définition de la Cour européenne de la décision définitive nous paraît entraîner des complications inutiles. Sur ce point, la décision Horciag contre Roumanie, rendue le 15 mars 2005 par la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁰⁰, mérite d'être commentée. Une ordonnance de non-lieu avait été rendue, puis contestée par la partie civile devant le procureur hiérarchiquement supérieur, ainsi que le permet le Code roumain de procédure pénale. La réouverture des poursuites fut en conséquence ordonnée par le parquet près la Cour suprême de justice. Avant de trancher la question de savoir si l'article 4 du Protocole n° 7 avait été violé, la Cour rappela sa définition donnée dans l'arrêt Nikitin : « *le principe non bis in idem s'applique uniquement après l'acquiescement ou la condamnation de l'intéressé par*

¹²⁹⁸ En anglais, dans le texte de l'arrêt : « *the force of res judicata* ».

¹²⁹⁹ Point 37 de l'arrêt, CEDH Nikitin c. Russie, 20 juil. 2004, req. n° 50178/99, sélectionné pour publication, CEDH 2004-III, obs. MASSIAS, RSC 2005, p. 641. Il faut mentionner le fait que, pour cette définition, la Cour s'est inspirée du rapport explicatif relatif au Protocole n° 7 (point 22), lequel renvoie à la définition du rapport explicatif de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, dont nous avons vu plus haut qu'elle considérait la règle *ne bis in idem* en tant qu'effet du principe de l'autorité de la chose jugée (voir *supra*, p. 235).

¹³⁰⁰ Req. n° 70982/01.

une décision définitive rendue conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné. A cet égard, la Cour note qu'une décision est définitive si elle passée en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu'elle est irrévocable, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ». La Cour en conclut pour l'ordonnance de non-lieu que, « *étant susceptible d'être infirmée par le procureur hiérarchiquement supérieur, elle n'avait pas force de chose jugée* ». A l'analyse, l'on perçoit que le détour par la notion de force de chose jugée est inutile. Il suffisait pour la Cour de dire que l'exercice d'une voie de recours ne se confond pas avec l'exercice d'une nouvelle action, seule à même d'enfreindre l'article 4 du Protocole n° 7. La Cour parvient d'ailleurs à ce résultat, remarquant – finalement ! – que, « *en l'absence d'une décision définitive clôturant irrévocablement les poursuites pénales, la Cour estime que leur reprise ne constitue que la continuation des poursuites initiales* »¹³⁰¹.

615. Il convient à présent d'appliquer la définition de la décision définitive que nous avons dégagée aux décisions du droit positif, pour déterminer si ces décisions entraînent ou non l'application de la règle *ne bis in idem*.

Répond tout d'abord à cette définition le jugement au sens matériel du terme, c'est-à-dire la décision portant sur la responsabilité d'un individu au regard de certains faits et, le cas échéant, prononçant une sanction. Cette décision pourra émaner d'une juridiction ou d'une autorité dotée d'une compétence répressive.

Une réserve au caractère définitif du jugement pourra résulter de l'existence, dans certains ordres juridiques, de la possibilité pour les autorités de poursuite de demander la réouverture en cas de survenance de charges nouvelles. Cette possibilité est expressément prévue à l'article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁰².

616. Doit également être considérée comme une décision définitive la décision par laquelle un procureur décide de l'extinction de l'action publique à la suite d'une transaction pénale. En l'absence d'une telle décision explicite du procureur, l'accomplissement des obligations

¹³⁰¹ Voir le point 1 de l'arrêt sous « en droit ». Dans deux autres décisions, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à rappeler que l'article 4 du Protocole n° 7 ne prohibe pas l'exercice de voies de recours : décision Stanca c. Roumanie, 27 avr. 2004, req. n° 59028/00 (un « *jugement portant sur la demande en révision du requérant ne saurait être interprété comme un „deuxième procès“, mais comme une continuation de la même procédure* ») ; décision Golinelli et Freymuth c. France, 30 mars 2004, req. n° 65823/01 et 65273/01.

¹³⁰² Art. 4 al. 2 Prot. n° 7 : « *Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu* ».

résultant de l'accord de transaction par la personne concernée devrait être considéré comme éteignant l'action publique.

L'article 41-2 du Code de procédure pénale français qui prévoit en son alinéa 8 que « *l'exécution de la composition pénale éteint l'action publique* » peut servir d'exemple sur ce point, de même que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes selon laquelle « *lorsque, à la suite d'une [transaction pénale], l'action publique est définitivement éteinte, la personne concernée doit être considérée comme ayant été „définitivement jugée“, au sens de l'article 54 de la Convention de Schengen* »¹³⁰³.

Ici encore, le caractère définitif de la transaction pénale est parfois expressément exclu par la loi, comme en témoigne le paragraphe 153a StPO¹³⁰⁴.

617. Les décisions d'arrêt anticipé de la procédure doivent également être considérées comme des décisions définitives, peu important qu'elles soient rendues par un juge ou par une autorité de poursuite, dans la mesure où elles ne sont pas expressément signalées comme provisoires.

Il faut préciser qu'il est indifférent que la décision résulte d'une considération d'opportunité, en particulier celle de ne pas poursuivre les faits en raison de leur caractère bénin. En effet, une décision motivée en opportunité clôt tout autant le litige qu'une décision motivée en droit. Du reste, une décision d'arrêt anticipé de la procédure est présentée comme définitive au justiciable, peu importe qu'elle relève de considérations d'opportunité. Par conséquent, elle doit être considérée comme une décision définitive à part entière.

De cela, il résulte que les décisions allemandes selon les paragraphes 153 alinéas 1 et 2 StPO, qui résultent d'une considération d'opportunité puisqu'il s'agit de ne pas poursuivre les infractions de faible gravité, sont des décisions définitives¹³⁰⁵. Il en va de même pour les décisions d'arrêt de la procédure selon le paragraphe 170 alinéa 2 StPO dès lors qu'elles sont motivées en droit ou en opportunité¹³⁰⁶. Du côté français, il faut mentionner l'ordonnance du juge d'instruction de refus d'informer de l'article 86 alinéa 4 Code de procédure pénale, ainsi

¹³⁰³ Arrêt Gözütok et Brügge du 11 fév. 2003, précité, point 30.

¹³⁰⁴ Voir *supra*, p. 292 (s'il apparaît, à la suite d'une transaction, que les faits constituent un crime, une poursuite pénale est possible).

¹³⁰⁵ Voir *supra*, p. 273.

¹³⁰⁶ La décision d'arrêt de la procédure selon le § 170 al. 2 StPO peut aussi être motivée par l'absence de charges suffisantes. Voir *supra*, p. 275.

que le classement sans suite par le ministère public lorsqu'il découle de considérations d'opportunité.

618. Envisageons à présent le cas de la médiation pénale. Si une médiation est réussie, c'est-à-dire si un accord est atteint entre l'auteur et la victime de l'infraction et que les termes de cet accord sont respectés par l'auteur, elle justifiera en Allemagne un arrêt anticipé de la procédure motivé en opportunité, soit sur le fondement du paragraphe 153 StPO, soit sur celui du paragraphe 170 alinéa 2 StPO. En tout état de cause, cette décision revêtira un caractère définitif. En France, bien que les conséquences d'une procédure de médiation réussie ne soient pas envisagées par la loi, il paraît pertinent de transposer le système instauré par l'article 41-2 alinéa 8 CPP relatif à la composition pénale : quand un accord de médiation est exécuté par l'auteur de l'infraction, il devrait être considéré comme éteignant l'action publique.

619. En revanche, les décisions qui sont signalées au justiciable comme étant provisoires ne constituent pas des décisions définitives.

Signalons d'emblée, de manière quelque peu anecdotique, que la décision d'un procureur de ne pas poursuivre des faits au motif qu'une poursuite a déjà été engagée dans un autre Etat membre de l'Union européenne pour ces faits, ne saurait être considérée comme une décision définitive. En effet, elle ne résout pas le litige. Aussi la Cour de justice des Communautés européennes a-t-elle justement décidé, dans son arrêt du 10 mars 2005 rendue dans l'affaire *Miraglia*¹³⁰⁷, qu'une telle décision n'entraîne pas l'application de l'article 54 de la Convention de Schengen.

620. Les décisions qui, typiquement, ne sont pas définitives, sont celles sur lesquelles la loi permet de revenir en cas de charges nouvelles contre l'individu qui a été mis hors de cause. Il en va ainsi de l'ordonnance de non-lieu française qui, selon l'article 188 du Code de procédure pénale, peut être remise en question dans l'hypothèse de la survenance de charges nouvelles¹³⁰⁸. En Allemagne, c'est le cas des décisions d'arrêt anticipé de la procédure selon

¹³⁰⁷ Aff. C-496/03, RSC 2005, p. 943-944, obs. MANACORDA.

¹³⁰⁸ Pour le texte de la disposition, voir *supra*, p. 281.

les paragraphes 174 alinéa 2 et 211 StPO¹³⁰⁹, mais aussi de la transaction pénale, à la suite de laquelle une poursuite peut être engagée s'il apparaît que les faits constituent un crime¹³¹⁰.

De plus, il faut ajouter à ces décisions toutes celles qui sont motivées par l'absence de charges suffisantes. Ce peut être le cas du classement sans suite français ou de la décision allemande d'arrêt de la procédure fondée sur le paragraphe 170 alinéa 2 StPO. En effet, de par cette motivation, le justiciable comprend bien que si la condition de la mise hors de cause – l'absence de charges suffisantes – cesse, il pourra être poursuivi à nouveau. La décision ne lui est donc pas présentée comme définitive.

621. A ce stade de l'analyse, une interrogation surgit. Est-il compatible avec le droit à l'unicité d'action répressive qu'un individu puisse être à nouveau inquiété pour les mêmes faits pour la seule raison que la décision ayant achevé la première action n'est pas une décision présentée comme définitive ? En d'autres termes, le législateur n'abuse-t-il pas de la possibilité de réouverture du procès pour charges nouvelles ? Les autorités de poursuites ne risquent-elles pas elles-mêmes d'en abuser ?

Il est certain que la réouverture d'une procédure pour les mêmes faits sur charges nouvelles porte atteinte à la sécurité juridique de celui qui a bénéficié de la mise hors de cause et, au-delà, à la sécurité juridique de la collectivité. Mais la préservation de la sécurité juridique n'est que la fonction du principe d'unicité d'action répressive. Est-il compatible avec le fondement du principe, la dignité humaine, que des décisions de mise hors de cause d'un suspect ne soient pas définitives ? En particulier, est-il légitime au regard de la dignité humaine qu'un individu qui a fait l'objet d'une enquête aussi poussée que l'instruction française puisse être à nouveau recherché pour la simple raison que de nouvelles preuves – dont l'aptitude à fonder la culpabilité n'est d'ailleurs pas toujours évidente – sont apportées ? Le danger que l'individu s'en trouve réduit à l'état d'objet de la répression ne guette-t-il pas déjà ? La question mérite d'être posée.

L'on pourrait avancer que l'ordonnance de non-lieu – même motivée en faits – possède fondamentalement le caractère d'une décision définitive. Le juge d'instruction la rend après avoir dûment recherché les preuves et statué sur les charges¹³¹¹. Le ministère public et la partie civile peuvent d'ailleurs la contester en interjetant appel devant la Chambre de

¹³⁰⁹ Voir *supra*, p. 276.

¹³¹⁰ Voir *supra*, p. 292.

¹³¹¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 379.

l'instruction¹³¹². Une fois ces voies de recours exercées ou épuisées, l'on pourrait penser que la personne innocentée devrait pouvoir se fier à la décision de non-lieu et que la découverte de charges nouvelles ne devrait pas être à même de renverser la situation. En d'autres termes, la possibilité légale de rouvrir la procédure sur charges nouvelles ne devrait peut-être pas exister...

Cependant, fermer toute possibilité de reprendre une procédure en raison de charges nouvelles risque d'entraîner deux conséquences. La première est que les juges d'instruction – ou les procureurs – hésiteraient sans doute davantage à mettre un terme à la procédure, craignant de n'avoir aucun moyen de rectifier la situation par la suite même si de nouvelles preuves survenaient. Les procès s'éterniseraient, ce qui n'est pas en la faveur de ceux qui les subissent. Un autre droit fondamental, celui à être jugé dans un délai raisonnable, risquerait d'être enfreint. La seconde conséquence est que des coupables pourraient rester impunis, ce qui heurte l'idée de justice. Nous reviendrons sur cette question dans le dernier chapitre, qui sera consacré aux exceptions à l'application du principe d'unicité d'action répressive¹³¹³.

A présent, il convient d'envisager la mise en œuvre de la condition d'existence d'une décision définitive. Celle-ci nécessite l'interprétation dynamique de certains textes consacrant la règle *ne bis in idem*.

2. La nécessité d'une interprétation dynamique des textes

622. Comme il a été mentionné plus haut, la plupart des textes consacrant la règle *ne bis in idem* précisent qu'elle s'applique en la présence d'un « *jugement définitif* »¹³¹⁴. Il en va ainsi en particulier de l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 54 de la Convention de Schengen, c'est-à-dire des deux stipulations de référence dans l'Union européenne pour les applications interne et internationale de la règle. La mise en œuvre de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits à la suite d'une simple décision définitive nécessite donc une interprétation dynamique de ces textes.

En ce qui concerne l'article 54 de la Convention de Schengen, le recours à une telle interprétation est déjà largement engagé. On l'a vu, dans l'arrêt *Gözütok et Brügge*, la Cour

¹³¹² Art. 185 CPP pour le ministère public et art. 186 al. 2 CPP pour la partie civile.

¹³¹³ Voir *infra*, p. 517.

¹³¹⁴ Voir *supra*, p. 488.

de justice des Communautés européennes a suivi les conclusions de l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer, qui préconisait une interprétation fonctionnaliste de l'article 54¹³¹⁵. La Cour a elle-même estimé que « *l'Union européenne s'est donné pour objectif de maintenir et de développer celle-ci en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes* » ; « *Or, l'article 54 de la Convention de Schengen, qui a pour objectif d'éviter qu'une personne, par le fait d'exercer son droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs Etats membres, ne peut utilement contribuer à la réalisation complète de cet objectif que s'il est également applicable à des décisions mettant définitivement fin aux poursuites pénales dans un Etat membre, bien qu'elles soient adoptées sans l'intervention d'une juridiction et ne prennent pas la forme d'un jugement* »¹³¹⁶. La Cour de justice fait donc directement référence à l'exigence d'une décision définitive plutôt qu'à celle d'un jugement définitif.

Bien que de façon discrète, la Cour européenne des droits de l'homme semble également s'être engagée dans cette voie. A plusieurs reprises, elle a employé dans ses arrêts la formule suivante : « *l'article 4 du Protocole n° 7 a pour but de prohiber la répétition de poursuites pénales définitivement clôturées* »¹³¹⁷, faisant abstraction de la condition d'existence d'un jugement. En outre, dans sa décision Ponsetti et Chesnel contre France, elle ne reprit pas à son compte l'argument du Gouvernement français selon lequel l'article 4 du Protocole n° 7 exige que la première poursuite soit « *close par une décision juridictionnelle devenue définitive* »¹³¹⁸. L'on peut en déduire que la Cour européenne n'accorde pas d'importance particulière au fait que la décision clôturant la procédure soit ou non un jugement.

623. Cette direction commune dans laquelle cheminent les deux juridictions européennes nous paraît justifiée. L'interprétation donnée des textes est en effet la seule compatible avec le fondement axiologique de la règle *ne bis in idem*, la dignité humaine. En effet, c'est le caractère arbitraire du cumul des poursuites pour les mêmes faits qui pose problème au regard de la dignité humaine, parce que de ce caractère résulte la réduction de l'individu concerné à la condition d'objet de la répression. Or, le fait que la première poursuite s'achève par une décision et non par un jugement ne rendra pas moins arbitraire la nouvelle poursuite. Par

¹³¹⁵ Voir nos développements *supra*, p. 295.

¹³¹⁶ Points 36 et 38 de l'arrêt, précité, c'est nous qui soulignons. Sur l'approche fonctionnaliste de la Cour, voir encore nos développements *supra*, p. 295.

¹³¹⁷ Arrêt Gradinger c. Autriche, précité, § 53 ; décisions Stanca c. Roumanie et Golinelli et Freymuth c. France (précitées *supra*, note n° 1301) ; décision Garaudy c. France, précitée, c'est nous qui soulignons.

¹³¹⁸ Décision précitée, point 3, c'est nous qui soulignons.

conséquent, la protection accordée par la règle *ne bis in idem* ne doit pas se limiter aux poursuites achevées par un jugement. La jurisprudence susmentionnée nous semble donc devoir perdurer et persévérer.

624. Cela dit, l'interprétation dynamique n'est pas sans limite. Elle doit s'arrêter là où elle risquerait de devenir une interprétation *contra legem*. Aussi les juridictions interprétant les articles 54 de la Convention de Schengen et l'article 4 du Protocole n° 7 doivent-elles respecter les dispositions nationales prévoyant explicitement le caractère non définitif d'une décision.

La question s'est posée devant les juridictions allemandes de savoir si une ordonnance de non-lieu française motivée en fait constituait un « *jugement définitif* » au regard de l'article 54 de la Convention de Schengen, de sorte qu'elle prohibait la reprise de la procédure sur charges nouvelles en Allemagne¹³¹⁹. Après avoir demandé un avis du ministère français de la justice, la Cour fédérale de justice estima qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'ordonnance de non-lieu consistait en un jugement au sens de l'article 54, dans la mesure où une telle décision, ne possédant pas l'autorité de la chose jugée en France, n'épuisait pas l'action publique, et ne pouvait par conséquent constituer un obstacle à la poursuite des faits en Allemagne. Si les détours par le principe de l'autorité de la chose jugée nous paraissent à la fois inutiles, en partie erronés¹³²⁰ et, au surplus, irrespectueux de l'esprit de l'article 54 de la Convention de Schengen¹³²¹, nous approuvons la conclusion de cet arrêt. L'article 188 CPP dispose en effet que la personne concernée par une ordonnance de non-lieu « *ne peut plus être recherché à l'occasion du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges* ». N'étant pas une décision présentée comme définitive au justiciable, elle n'épuise pas l'action publique. La Cour de cassation française a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer dans le même sens à propos d'une ordonnance de non-lieu à suivre rendue pour insuffisance de charges par une juridiction espagnole¹³²².

¹³¹⁹ Arrêt du BGH du 10 juin 1999, 4 StR 87/98, *BGHSt.* Vol. 45, n° 15, p. 123-130 ; *StV* 1999 p. 478-481, note H.-H. KÜHNE, *NStZ* 2000, p. 636-640, note J.-F. BOHNERT et O. LAGODNY. Sur cette affaire, voir également H.-H. KÜHNE, « *Ne bis in idem* in den Schengener Vertragsstaaten. Die Reichweite des Art. 54 SDÜ im deutsch-französischen Kontext », *J.Z.* 1998, p. 876-880.

¹³²⁰ La thèse du défaut d'autorité de la chose jugée de l'ordonnance de non-lieu est très discutable, voir *supra*, p. 282.

¹³²¹ L'article 54 de la Convention de Schengen est formulé tel un droit de l'individu, et non en tant qu'effet du principe de l'autorité de la chose jugée, voir *supra*, p. 242.

¹³²² Cass. crim. 20 nov. 2002, inédit, pourvoi n° 02-85930. Voir également l'arrêt CA Paris du 19 avr. 1961 (l'art. 692 CPP n'est pas applicable à une décision espagnole de surséance provisoire mettant fin à la procédure d'information), *Gaz. Pal.* 10 oct. 1961, p. 179-182.

Pour parfaire notre étude des conditions d'application du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits, il reste à préciser les termes de « même personne » et de « mêmes faits », c'est-à-dire à envisager l'identité entre plusieurs actions.

§ 2 *L'identité entre plusieurs actions*

625. Au travers du fondement de la dignité humaine, nous avons déjà rencontré l'idée d'identité entre les différentes actions en cause¹³²³. En effet, l'individu risque d'être atteint dans sa dignité s'il se voit contraint de subir plusieurs actions sans que cela soit justifié, c'est-à-dire dès lors que ce cumul est arbitraire¹³²⁴. Or, l'arbitraire est certainement présent lorsque les actions sont identiques, puisqu'il est évident dans ce cas qu'aucune de ces actions ne possède de justification propre par rapport aux autres.

L'identité entre les actions en cause est repérable à la lumière de plusieurs critères. Il en est un dont nous avons déjà traité : l'identité d'objectif des actions. Nous avons vu, par exemple, que le cumul d'une action à but répressif et d'une action à but préventif envers la même personne pour les mêmes faits n'était pas attentatoire à la dignité¹³²⁵. Il reste alors à envisager les deux autres éléments permettant de déceler l'identité entre les deux actions. Il s'agit de la personne mise en cause (A) et des faits qui lui sont reprochés (B).

A. *L'identité de personne mise en cause*

626. L'identité de personne concernée par plusieurs actions répressives est assez aisée à repérer. Il suffit pour cela de s'assurer qu'il s'agit bien du même individu. C'est du reste *un* individu qui peut se prévaloir du droit à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits et non plusieurs individus qui peuvent conjointement prétendre à n'être, ensemble, inquiétés qu'une seule fois devant la justice répressive. Aussi les complices, co-auteurs ou autres

¹³²³ Voir *supra*, p. 461 et s.

¹³²⁴ Voir *supra*, p. 375 et s.

¹³²⁵ Voir *supra*, p. 462.

personnes que celle qui a fait l'objet d'une décision répressive définitive ne sauraient-elle se prévaloir de la règle *ne bis in idem*¹³²⁶.

A cette approche générale de l'identité de personne, il faut ajouter deux précisions.

627. D'une part, il est bien entendu que seule la personne *visée* par le cumul d'action répressive est concernée par la condition d'identité de personne. Il n'est en revanche nullement exigé que l'autorité poursuivante soit la même. En raisonnant à partir de principe de l'autorité de la chose jugée tel que consacré à l'article 1351 du Code civil, l'on pouvait commettre la confusion puisque, selon cette disposition, pour que l'autorité de la chose jugée ait lieu, « *il faut (...) que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ». Par contre, en raisonnant à partir du droit à l'unicité d'action répressive, l'on ne peut se méprendre. L'individu est protégé contre le cumul d'actions répressives même si celles-ci sont engagées par des parties différentes, par le ministère public pour l'une et par la victime s'étant constituée partie civile pour l'autre, par exemple. Il en va de même en cas de cumul d'une action engagée par une autorité étatique et d'une action émanant d'une institution privée exerçant son pouvoir disciplinaire : l'on ne saurait dans un tel cas invoquer l'absence d'identité de personne poursuivante pour faire obstacle à la mise en œuvre de l'exigence d'unicité d'action répressive. L'on pourrait encore citer l'hypothèse de plusieurs poursuites exercées par les autorités d'Etats différents, qui s'analyse de la même manière.

628. D'autre part, un individu ne saurait invoquer le droit à l'unicité d'action répressive pour faire obstacle au cumul d'une action dirigée contre lui et d'une action dirigée contre une personne morale dont il est le représentant ou contre une société dont il est le dirigeant ou un actionnaire. Il s'agit bien dans cette hypothèse de personnes différentes, comme l'a rappelé à juste titre la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision Haralambidis contre Grèce¹³²⁷.

¹³²⁶ Ainsi, la jurisprudence française a eu l'occasion de décider qu'après un non-lieu, la victime prétendue peut, en se fondant sur les mêmes faits, citer directement une personne qui n'avait pas été inculpée ni même mise en cause au cours de l'instruction, Ch. réunies 24 avril 1961, Bull. crim. n° 222, D. 1961, J., p. 733, note BOUZAT, JCP 1961.II.12131 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, n° 41, p. 373-377, obs. PRADEL.

¹³²⁷ Décision I. Haralambidis, Y. Haralambidis-Liperba S.A. et Liperba Ltd c. Grèce, 23 mars 2000, req. n° 36706/97.

Cette allusion aux personnes morales nous mène à rappeler, avant de conclure sur la question de l'identité de personne, que le fondement juridique du principe d'unicité d'action répressive, la dignité humaine, n'impose pas que les personnes morales en bénéficient. En revanche la fonction du principe, la préservation de la sécurité juridique, ainsi que les valeurs non juridiques sous-tendant l'idée d'unicité, qui concernent les personnes morales comme les personnes physiques¹³²⁸, invitent à éviter le cumul d'actions répressives pour les mêmes faits à l'encontre des personnes morales.

B. L'identité des faits reprochés

629. La condition d'identité des faits reprochés dans les différentes actions répressives pour l'application de la règle *ne bis in idem* a donné lieu à de nombreuses controverses. En particulier, deux questions sont principalement apparues en jurisprudence. La première est de savoir si la notion de « fait » se rapporte au fait matériel, c'est-à-dire à l'acte concrètement réalisé par l'individu, ou au fait juridique, c'est-à-dire à la qualification légale de cet acte. La seconde ne se pose que dès lors que l'on raisonne en termes d'identité matérielle des faits et concerne la délimitation du fait matériel. Ce dernier doit-il être défini comme un acte de l'homme pouvant recevoir une qualification pénale, ou plutôt comme une entité logique infractionnelle ? Si, par exemple, après avoir braqué une banque, un individu prend le volant d'une voiture pour s'enfuir bien qu'il ne soit pas titulaire du permis de conduire¹³²⁹, faut-il considérer l'affaire comme l'addition de deux faits distincts justifiant que deux actions répressives aient lieu, ou comme un ensemble infractionnel permettant une seule poursuite ?

Après avoir écarté la conception de l'identité juridique au profit de l'identité matérielle des faits (1), nous envisagerons la mise en œuvre du raisonnement par ensemble infractionnel (2).

1. L'identité matérielle des faits

630. Dans la première partie de l'étude, nous avons suggéré que, dès lors que sa mise en œuvre était conditionnée par l'identité juridique entre les faits invoqués dans les différentes actions, la règle *ne bis in idem* manquait partiellement son objectif de préservation de la

¹³²⁸ Il faut simplement préciser que l'aspect de la sécurité juridique individuelle relatif à la protection directe de la personne – et non seulement de sa situation juridique – n'est pas pertinent pour les personnes morales.

¹³²⁹ L'exemple est tiré d'une affaire allemande soumise à la Cour fédérale de justice (arrêt BGH 11 avril 1995, NSiZ 1996, p. 41-42).

sécurité juridique¹³³⁰. Si, en effet, autant de nouvelles actions pouvaient avoir lieu qu'il existe de qualifications juridiques susceptibles d'appréhender des faits matériels, ce dans le vaste domaine de la matière pénale et le contexte actuel d'inflation législative, les cas dans lesquels aucune autre action répressive sous une autre qualification juridique ne serait possible pour des faits matériels ayant déjà fait l'objet d'une décision définitive, deviendraient presque rares... Comme l'a très concrètement montré l'affaire Ponsetti et Chesnel, un rien peut différencier une infraction d'une autre¹³³¹. Au sein même du droit pénal, il existe également de nombreuses infractions « voisines ». Nul doute ne fait que, si l'on retenait l'exigence d'identité juridique des faits pour la mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive, la protection des justiciables contre une nouvelle procédure, la préservation de la stabilité de leur situation juridique et, par voie de ricochet, la sécurité juridique collective, seraient bien mal assurées.

631. Il faut à présent envisager la question de l'identité des faits au regard du fondement de la dignité humaine. L'on constate sans grande difficulté que ce fondement s'accommode tout aussi mal de l'exigence d'identité juridique des faits que la sécurité juridique. En effet, la protection de la dignité de l'individu en matière de répression consiste avant tout en la mise à l'écart de l'arbitraire dans l'exercice de la répression. Or, dès lors qu'un cumul d'actions se produit pour la seule raison qu'il existe plusieurs lois répressives à même de fonder les différentes actions, il peut être qualifié d'arbitraire. L'argument selon lequel les différentes qualifications en cause protègent une valeur juridique distincte, qui justifierait qu'elles soient mises en œuvre parallèlement à d'autres qualifications, n'est pas recevable. Il faut considérer, au contraire, que ces qualifications visent toutes à *réprimer* le même comportement et que le choix de la qualification la plus appropriée doit avoir lieu en amont : la poursuite exercée doit être celle qui permet l'application de la loi répressive la mieux appropriée. Raisonner autrement reviendrait à accepter que le nombre envisageable des actions répressives égale celui des qualifications juridiques imaginées par le législateur, ce qui nous ramène au risque d'arbitraire¹³³².

¹³³⁰ Voir *supra*, p. 89 et s.

¹³³¹ Selon l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme, les art. 1741 (fraude fiscale) et 1728 (défaut de déclaration des revenus dans les délais) du Code général des impôts diffèrent en ce que le premier implique que les faits soient réalisés volontairement alors que le second ne l'exige pas, de sorte qu'un cumul de poursuites est justifié, voir *supra*, p. 323.

¹³³² Voir nos développements *supra*, p. 135, 376 et 375.

Par conséquent, tant au regard de la fonction que du fondement du principe d'unicité d'action répressive, l'exigence d'identité matérielle des faits doit suffire.

632. Cette affirmation ne nécessite pas d'être nuancée en ce qui concerne l'application internationale du principe d'unicité d'action répressive¹³³³. En effet, dans ce contexte précisément, le nombre de qualifications potentiellement applicables est encore augmenté puisque les différents systèmes juridiques nationaux contiennent des lois répressives qui leur sont propres. Même à propos de comportements délictuels très courants, les définitions des incriminations peuvent présenter des différences importantes de sorte que l'on pourrait tout à fait rencontrer la situation dans laquelle, par exemple, un acte devrait être réprimé comme vol dans un Etat, comme escroquerie dans un autre, comme abus de bien social dans un troisième, et la suite peut être longue encore. La subordination de l'application du principe d'unicité d'action répressive à la condition d'identité de qualification juridique dans les différentes actions envisageables réduirait l'idée d'unicité à une peau de chagrin.

Consciente de ce danger, la Cour de justice des Communautés européennes s'est prononcée en faveur du critère de l'identité matérielle des faits dans son arrêt Van Esbroeck du 9 mars 2006¹³³⁴. L'affaire peut-être résumée de la façon suivante. M. Van Esbroeck, de nationalité belge, avait introduit des stupéfiants en Norvège le 1^{er} juin 1999. Il a d'abord été condamné dans ce pays à une peine d'emprisonnement de cinq ans pour importation illicite de stupéfiants. Puis, après avoir purgé la moitié de sa peine en Norvège et avoir été remis en liberté conditionnelle, il est retourné dans son pays où une poursuite a été engagée contre lui pour exportation de produits stupéfiants à propos des faits commis le 1^{er} juin 1999. M. Van Esbroeck ayant excipé pour sa défense de l'application de l'article 54 de la Convention de Schengen, la Cour de cassation belge a posé une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes. Une première difficulté concernait la question de l'application *ratione temporis* de la Convention de Schengen entre la Norvège et la Belgique. Nous ne nous y attarderons pas. En revanche, la seconde partie de la question posée à la Cour de Luxembourg retiendra toute notre attention. Il s'agissait de savoir si l'article 54 de la Convention de Schengen devait être interprété en ce sens que l'importation et l'exportation de stupéfiants constituent les « *mêmes faits* ».

¹³³³ *Contra* Ch. VAN DEN WYNGAERT et G. STESENS, *op. cit.*, voir *supra*, p. 327.

¹³³⁴ Affaire C-436/04.

Dans ses conclusions présentées le 20 octobre 2005¹³³⁵, l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer expose d'abord les trois interprétations que l'on peut donner de la notion de faits : celle de faits matériels « à l'exclusion de toute autre considération », celle « privilégiant leur qualification juridique » et celle « mettant l'accent sur les biens juridiques protégés par cette qualification »¹³³⁶. Puis, après une courte analyse linguistique¹³³⁷, il prend franchement position pour la première option eu égard « au fondement et au sens de la garantie » apportée par la règle *ne bis in idem*. Son argumentation est la suivante : « la libre circulation dans l'espace Schengen exige que l'auteur d'un acte sache, une fois condamné et après avoir purgé sa peine ou, le cas échéant, après avoir été définitivement acquitté dans un Etat membre, il peut se déplacer à l'intérieur de cet espace sans craindre d'être poursuivi dans un autre Etat au motif que ce comportement constitue une infraction distincte dans son ordre juridique. Si l'on admettait cette dernière approche, l'objectif de l'article 2 [du traité sur l'Union] premier alinéa, quatrième tiret, resterait lettre morte et l'on aboutirait à autant d'obstacles à cette liberté dans l'espace intérieur qu'il y a de systèmes pénaux, lesquels, de surcroît, et malgré le travail d'harmonisation résultant des décisions-cadres du Conseil de l'Union, se caractérisent par une forte empreinte nationale »¹³³⁸.

De même, M. Ruiz-Jarabo Colomer rejette l'exigence d'identité du bien juridique protégé, « car il apparaît si lié aux choix légitimes des politiques pénales internes qu'il permettrait de réprimer plusieurs fois un même comportement »¹³³⁹. Remarquons que si la Cour faisait sienne cette dernière approche et l'étendait en matière de répression des infractions au droit de la concurrence, cela remettrait en cause sa jurisprudence en la matière, d'ailleurs fidèlement suivie par le tribunal de première instance¹³⁴⁰.

Enfin, l'avocat général fait remarquer, pour conforter sa préférence pour l'approche factuelle de la notion de fait, que le projet grec de décision-cadre prévoit explicitement que l'identité est réalisée lorsque « le deuxième acte punissable résulte exclusivement des mêmes

¹³³⁵ Conclusions rendues dans l'affaire C-436/04.

¹³³⁶ Point 43 des conclusions.

¹³³⁷ Dans plusieurs langues, la lettre de l'article 54 de la Convention de Schengen, invite à retenir l'approche factuelle. En français : « une personne qui a été définitivement jugée dans un Etat partie ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie dans un autre Etat partie (...) » (et non pas pour la même infraction).

¹³³⁸ Point 45 des conclusions.

¹³³⁹ *Ibidem*. Remarquons que M. Ruiz-Jarabo Colomer s'était déjà montré réticent vis-à-vis de la condition d'identité de bien juridique protégé en matière de concurrence dans ses conclusions rendues à propos de l'affaire du ciment, voir *supra*, p. 254.

¹³⁴⁰ Voir *supra*, p. 256.

circonstances ou de circonstances en substance similaires, indépendamment de sa qualification juridique »¹³⁴¹.

La Cour de justice a largement suivi les conclusions de son avocat général. Elle a tranché que « *le critère pertinent aux fins de l'application [de l'article 54 de la convention de Schengen] est constitué par celui de l'identité des faits matériels (...) indépendamment de la qualification juridique de ces faits ou de l'intérêt juridique protégé* ». Cette solution mérite l'entière approbation.

633. En droit national, la seule condition d'identité matérielle des faits paraît également se propager. C'est le cas en Allemagne¹³⁴². En France, depuis les arrêts des 7 et 20 janvier 2004 et du 19 janvier 2005, la Cour de cassation semble également évoluer en ce sens¹³⁴³.

Ainsi, seule la Cour européenne des droits de l'homme reste attachée à l'exigence d'identité des qualifications juridiques, tout en contrôlant que les dispositions invoquées dans les différentes actions ne se différencient pas seulement par leur nom, mais aussi par leurs éléments constitutifs¹³⁴⁴. Mais la jurisprudence Ponsetti et Chesnel a montré la faible efficacité de ce contrôle¹³⁴⁵. Nous ne pouvons que souhaiter un retour à la jurisprudence Gradinger, dans laquelle les juges de Strasbourg avaient sanctionné un cumul d'actions répressives au regard de l'article 4 du Protocole n° 7 parce que les deux actions étaient fondées sur le même *comportement*¹³⁴⁶. Cela permettrait d'ailleurs la mise en phase des jurisprudences des deux cours européennes. Il serait pour le moins curieux que l'application interne de la règle *ne bis in idem* soit conditionnée par l'identité juridique des faits dans les différentes actions, tandis que l'identité matérielle suffirait pour que la règle soit appliquée dans les relations interétatiques.

A nouveau, cela requiert une interprétation dynamique de l'article 4 du Protocole n° 7, puisque ce dernier stipule que « *nul ne peut être poursuivi ou puni (...) en raison d'une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné (...)* ». Une telle interprétation est

¹³⁴¹ Article 1 point e du projet, c'est nous qui soulignons. En ce sens également le *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, § 6 (2) c : il est fait référence aux « *mêmes faits substantiels, indépendamment de leur qualification juridique* ».

¹³⁴² Voir *supra*, p. 313.

¹³⁴³ Voir *supra*, p. 198.

¹³⁴⁴ Voir *supra*, p. 324.

¹³⁴⁵ Voir *supra*, note n° 1331.

¹³⁴⁶ Voir *supra*, p. 185.

justifiée dans la mesure où elle est guidée à la fois par le fondement¹³⁴⁷ et la fonction du principe¹³⁴⁸. En ce sens, le juge Repik suggère dans son opinion dissidente à l'arrêt Oliveira contre Suisse¹³⁴⁹ que la Cour européenne confère au terme « infraction » de l'article 4 « *une signification autonome correspondant à son objet et à son but. Ce but répond au souci „d'assurer au prévenu que son sort ne sera pas remis en question“*¹³⁵⁰ ». Le juge rappelle à cet égard la pertinence de la formule employée par la Cour dans l'arrêt Gradinger, qui était celle de l'identité de comportement¹³⁵¹. Cette formule n'exclut d'ailleurs pas le recours à la théorie de l'appréhension des faits par ensemble infractionnel.

2. L'appréhension des faits par ensemble infractionnel

634. L'intérêt de raisonner par ensemble infractionnel plutôt que par fait matériel susceptible de constituer une infraction pénale peut être illustré par une affaire assez singulière soumise à la Cour européenne des droits de l'homme, et qui donna lieu à la décision d'irrecevabilité Kantner contre Autriche du 14 décembre 1999¹³⁵².

Le 30 janvier 1994, M. Kantner empruntait l'autoroute du Tyrol depuis Innsbruck pour se diriger vers Arlberg. A 22 heures 42, alors qu'il roulait à 160 km/h, il fut surpris au niveau de la borne kilométrique 112,0 à commettre un premier excès de vitesse. A 22 heures 44, il fut surpris à la borne 117,5 à dépasser la limite de vitesse autorisée de 40 km/h. A 22 heures 46, il fut surpris à la borne 123,5 à 150 km/h ; à 22 heures 47, à la borne 125,8 excédant la vitesse autorisée de 40 km/h ; à 22 heures 53, à la borne 136,0 à 160 km/h ; puis à 22 heures 54, à la borne 137,0 excédant la vitesse autorisée de 20 km/h. Il faut croire qu'entre 22 heures 54 et 22 heures 55, M. Kantner quitta le district de Landeck pour entrer dans celui d'Imst. Mais – faut-il s'en étonner ? – il ne s'agit pas pour autant... A 22 heures 55, il fut surpris à 165 km/h au niveau de la borne 141,5 puis, une dernière fois, à 22 heures 57, à la borne 145,4, excédant la vitesse autorisée de 60 km/h.

M. Kantner fit l'objet d'une première poursuite dans le district de Landeck et se vit infliger, le 30 mars 1994, deux amendes de 3000 et 4000 schillings et, à défaut, trois et quatre jours

¹³⁴⁷ Voir *supra*, p. 502.

¹³⁴⁸ La sécurité juridique n'est pas assurée de façon satisfaisante lorsque le même fait matériel peut être poursuivi successivement sous plusieurs qualifications juridiques.

¹³⁴⁹ Arrêt CEDH Oliveira c. Suisse du 30 juil. 1998, précité.

¹³⁵⁰ Le juge Repik renvoie à A. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 886.

¹³⁵¹ En ce sens également, R. KOERING-JOULIN, *RSC* 1999, p. 408.

¹³⁵² Req. n° 29990/96.

d'emprisonnement. Puis, il fit l'objet d'une seconde poursuite dans le district d'Imst, au terme de laquelle il fut condamné, le 11 août 1994, à s'acquitter de six amendes assorties de six peines d'emprisonnement à défaut¹³⁵³.

635. La Cour européenne des droits de l'homme ne vit pas dans cette double poursuite de violation de l'article 4 du Protocole n° 7. Elle affirma que le requérant avait « *omis de respecter huit limitations de vitesse sur des passages différents de la route dans l'espace de quinze minutes et qu'il avait par conséquent été puni pour huit infractions* », mais qu'il n'avait pas été « *poursuivi ou puni pour une infraction pour laquelle il avait déjà été acquitté ou condamné* ». Pourtant, la poursuite dans le district d'Imst a bien eu lieu après la condamnation dans le district de Landeck.

Si les excès de vitesse commis par M. Kantner dans l'espace d'un quart d'heure avaient été envisagés non pas comme huit faits constituant huit infractions distinctes, mais comme un ensemble infractionnel devant être appréhendé en une fois, il aurait fallu considérer que la seconde poursuite portait sur les mêmes faits et qu'elle devait par conséquent être sanctionnée au regard de l'article 4 du Protocole n° 7.

636. L'appréhension des faits par ensemble infractionnel est bien connue du droit allemand. Il est de jurisprudence constante que la notion de fait (*Tatbegriff*) doit être comprise comme englobant les faits matériels qui ont fait l'objet du procès. Le fait est ainsi défini comme le « *déroulement historique – c'est-à-dire limité temporellement et matériellement – auquel renvoient la plainte et la décision d'ouverture des poursuites et au sein duquel l'accusé aurait réalisé une infraction pénale* »¹³⁵⁴. Il en découle que l'ensemble infractionnel regroupe tous les aspects d'une affaire qui constituent une « *unité naturelle* » et qui ont été portés à la connaissance du tribunal¹³⁵⁵.

Pour illustrer les implications de cette formule, nous reprendrons l'exemple de l'individu qui braque une banque puis s'enfuit au volant d'une voiture sans être titulaire du permis de conduire, une affaire qui a été soumise à la Cour fédérale de justice¹³⁵⁶. Dans un premier temps, l'individu fut jugé par un tribunal de police pour la conduite sans permis. Le tribunal avait connaissance du vol à main armé – il prit en considération la probabilité que l'individu

¹³⁵³ Nous épargnons au lecteur le détail des amendes et des jours d'emprisonnement à défaut.

¹³⁵⁴ Il s'agit d'une formule constante de jurisprudence, voir *supra*, p. 313.

¹³⁵⁵ C. ROXIN, *op. cit.*, § 50, n° 11 (p. 411-412) ; G. NOLTE, *op. cit.*, n° 201 et s.

¹³⁵⁶ Voir *supra*, note n° 1329.

serait ultérieurement condamné à une peine importante pour cette dernière infraction lors du calcul du montant de la sanction relative à la conduite sans permis. Dans un second temps, il fut déféré devant le tribunal régional à propos du vol à main armée et condamné pour cette infraction. Mais, saisie d'un pourvoi en cassation, la Cour fédérale de justice annula la décision du tribunal régional. Elle reprocha aux juridictions du premier degré de n'avoir pas considéré que la fuite en voiture constitue la suite naturelle d'un braquage. Pour la Cour, les deux éléments appartenaient au même ensemble infractionnel, si bien que l'infraction de conduite sans permis de conduire devait être jugée par le tribunal régional en même temps que le vol à main armée.

637. En France, en revanche, l'on raisonne traditionnellement par fait matériel susceptible de constituer une infraction pénale. Ainsi, si un aspect d'un projet délictueux a été définitivement jugé, cela n'empêche pas qu'un autre aspect du même projet soit porté devant la justice répressive par le biais d'une nouvelle action répressive. Par exemple, une personne qui a commis une escroquerie à l'aide d'un document sur lequel elle a apposé une fausse signature peut être poursuivie dans un premier temps pour l'escroquerie puis, dans un second temps, pour la fabrication du faux. Selon la Cour de cassation, « *une condamnation pour escroquerie commise à l'aide d'un faux n'empêche pas une nouvelle poursuite pour faux contre la même personne, car la fabrication d'un faux est distincte de son usage* »¹³⁵⁷. Dès 1932, l'on s'insurgea contre ce dépeçage artificiel de l'acte délictueux¹³⁵⁸. Si la formule allemande était utilisée dans une pareille situation, la seconde poursuite, fondée sur l'infraction de faux, serait exclue du simple fait que la fabrication du faux – résultant de la fausse signature dans l'exemple susmentionné – est temporellement et matériellement étroitement liée à son usage. La fabrication et l'usage du faux constitueraient un ensemble infractionnel ne permettant l'exercice que d'une seule action répressive.

638. La théorie de l'ensemble infractionnel semble avoir été source d'inspiration pour la Cour de justice des Communautés européennes en ce qui concerne l'application internationale du principe d'unicité d'action répressive. Dans son arrêt Van Esbroeck du 9 mars 2006¹³⁵⁹, la Cour a précisé, après avoir retenu le critère de l'identité matérielle des faits, que les termes

¹³⁵⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 894. L'exemple, toujours actuel, est tiré de l'arrêt Cass. crim. 20 fév. 1931, *Sirey* 1932, p. 273-274. D'autres exemples dans lesquels la Cour de cassation raisonne par fait matériel susceptible de constituer une infraction pénale peuvent être cités : Cass. crim. 17 déc. 1984, Bull. crim. n° 404 ; Cass. crim. 2 avril 1990, Bull. crim. n° 141.

¹³⁵⁸ L. HUGUENEY, note sous Cass. crim. 20 fév. 1931.

¹³⁵⁹ Arrêt précité.

faits matériels devaient être compris comme « *un ensemble de faits indissociablement lié entre eux* ». En cela, elle est allée plus loin que son avocat général qui a fait preuve de réserve dans ses conclusions rendues le 20 octobre 2005¹³⁶⁰. Avant de préconiser une approche résolument factuelle pour l'appréciation de l'identité de faits, l'avocat général a en effet formulé « *quelques précisions liminaires* »¹³⁶¹. Dans ces dernières, il prend bonne note de la demande de la juridiction de renvoi « *à ce que la portée de l'expression „mêmes faits“, figurant à l'article 54 de la Convention, soit clarifiée* »¹³⁶². Puis il rappelle à la Cour qu'elle « *doit résister à la tentation de (...) supplanter* » le juge national dans sa fonction d'appréciation des faits qui lui sont soumis, et fait part de son embarras au lecteur : « *[à] ce stade de l'analyse, j'avoue qu'une lecture hâtive de la seconde question [de la Cour de cassation belge] m'a incité à entreprendre de définir les contours de la notion juridique indéterminée de „mêmes faits“, afin de dégager, du point de vue du droit communautaire, des règles autonomes permettant d'énoncer un critère général susceptible de résoudre les éventuels cas qui pourraient se présenter à l'avenir. Cette tâche, outre qu'elle serait présomptueuse, s'avèrerait impossible, car la contingence des politiques pénales et la nature de la procédure pénale rendent difficiles les constructions à valeur universelle, en sorte qu'une approche utile pour quelques infractions ou certaines formes de participation peut être inadéquate pour d'autres* »¹³⁶³.

En dépit de la réalité des difficultés pointées par l'avocat général, la position de la Cour de Luxembourg présente des avantages indéniables. L'élaboration progressive d'une conception commune du fait matériel par le biais d'une définition autonome des termes de l'article 54 de la Convention de Schengen par la juridiction européenne a le mérite d'être façonnée à l'aune de cas concrets, donc de rester soucieuse des difficultés pratiques qui peuvent se poser. Sur ce point, elle paraît meilleure que certaines propositions doctrinales.

639. S'interrogeant sur le sens à donner aux termes « *pour les mêmes faits* » de l'article 54 de la Convention de Schengen, des auteurs considèrent qu'en application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives, les autorités d'un Etat envisageant de poursuivre des faits potentiellement identiques à des faits déjà jugés à l'étranger doivent, pour vérifier cette identité, recourir à la conception du fait retenue dans l'Etat de la première

¹³⁶⁰ Conclusions précitées.

¹³⁶¹ Point 35 des conclusions.

¹³⁶² *Ibidem*.

¹³⁶³ Points 37-39 des conclusions.

poursuite¹³⁶⁴. Nous avons fait part, dans des développements précédents, de sérieuses réserves vis-à-vis du principe de reconnaissance mutuelle, qui s'apparente à une internationalisation du principe de l'autorité de la chose jugée¹³⁶⁵. Mais au-delà de cette réserve, il apparaît que le recours à la conception du fait retenue dans l'Etat de la première poursuite peut conduire à des résultats peu satisfaisants.

Pour illustrer ce propos, posons que, dans l'exemple du braquage de banque, ce dernier a eu lieu à Strasbourg et que l'auteur des faits s'est enfui en Allemagne, où il a été constaté qu'il conduisait sans être titulaire du permis de conduire¹³⁶⁶. L'individu est jugé par le tribunal de police d'Offenbourg¹³⁶⁷, qui le condamne à une amende pour conduite d'un véhicule sans permis de conduire, sans se prononcer sur le vol à main armée bien qu'il en ait eu connaissance¹³⁶⁸. La question se pose de savoir si les autorités françaises peuvent poursuivre cet individu ou si elles doivent considérer que, le braquage de banque et la conduite sans permis de conduire constituant un ensemble infractionnel, cet individu a déjà été définitivement jugé l'ensemble des faits.

Si les autorités françaises devaient appliquer la conception du fait retenue en Allemagne, c'est-à-dire la théorie de l'ensemble infractionnel, elles devraient aboutir à la conclusion que la décision du tribunal d'Offenbourg a épuisé l'action publique. Par conséquent, les autorités françaises devraient s'abstenir de poursuivre l'individu pour le braquage de banque. En l'état de la jurisprudence française sur la question de l'identité des faits, d'une part, et étant donné le trouble que provoquerait le traitement maladroit de cette affaire transfrontalière, d'autre part, il est simplement irréaliste de penser qu'une juridiction française aurait recours à la conception allemande du fait en vertu du principe de la reconnaissance mutuelle.

En outre, si dans le même contexte les autorités françaises demandaient l'extradition du braqueur de banque à l'Etat allemand, elles pourraient se voir opposer un refus motivé par l'atteinte à la règle *ne bis in idem*. Une telle solution ne nous paraît pas acceptable. En effet, la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice repose sur la confiance mutuelle entre les Etats – à ne pas confondre avec le principe de reconnaissance mutuelle des décisions

¹³⁶⁴ B. HECKER, « Das Prinzip „ne bis in idem“ im Schengener Rechtsraum », *StV* 2001, p. 306-311, spéc. p. 309 ; S. STEIN, *op. cit.*, p. 192-194.

¹³⁶⁵ Voir *supra*, p. 237.

¹³⁶⁶ Les compléments apportés à l'exemple sont en partie empruntés à B. HECKER, *op. cit.*, p. 309.

¹³⁶⁷ Petite bourgade du pays de Bade située à 30 km de Strasbourg.

¹³⁶⁸ L'hypothèse est loin d'être d'école. Le braquage de banque ayant été commis sur le territoire français, il suffit que l'auteur des faits soit de nationalité française pour que la compétence internationale des juridictions allemandes fasse défaut (§ 7 StGB).

répressives. Or, cette solution aurait plutôt tendance à faire reculer la confiance des autorités répressives françaises à l'égard des autorités répressives allemandes.

640. Par ailleurs, l'harmonisation de la notion de fait par la jurisprudence de la Cour de justice a l'avantage d'être visible par l'ensemble des juridictions européennes, ce qui simplifie considérablement le travail des juridictions nationales. Ces dernières n'auront pas à s'enquérir du sens donné au fait dans l'Etat de la première poursuite – qui peut d'ailleurs être celui de la qualification juridique ! Elles pourront directement se reporter à la jurisprudence de la Cour de justice ou, si cela est nécessaire, saisir cette juridiction en vue d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 54 de la Convention de Schengen.

641. Il convient, enfin, de mentionner que la définition du fait proposée par le projet grec de décision-cadre est intéressante. Nous l'avons vu, l'exigence de qualification juridique n'est pas requise¹³⁶⁹. L'identité de fait est avérée lorsque « *le deuxième acte punissable résulte exclusivement des mêmes circonstances ou de circonstances en substance similaires* »¹³⁷⁰. L'emploi du terme « circonstance », plus large que celui de « fait », permet de raisonner par ensemble infractionnel sans retrouver les difficultés évoquées ci-dessus. En effet, comme il est précisé que les circonstances doivent être *en substance* similaires, une nouvelle procédure peut être engagée dans le cas où un aspect de l'ensemble infractionnel substantiellement différent d'autres aspects ayant donné lieu à une décision définitive n'a encore trouvé de réponse judiciaire. Ainsi, le vol à main armée ayant précédé la conduite sans permis de conduire pourrait faire l'objet d'une nouvelle poursuite en France. Il semble que cette formule pourrait avantageusement nourrir la jurisprudence à venir de la Cour de justice des Communautés européennes.

¹³⁶⁹ Voir *supra*, p. 504.

¹³⁷⁰ Article 1 point e du projet.

Conclusion du chapitre

642. A l'issue de ce chapitre, les contours de l'application du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits sont définis.

Dans l'Union européenne, tant dans sa dimension interne, que dans les rapports internationaux et de supranationalité, c'est dans le champ de la matière pénale, telle que définie par la Cour européenne des droits de l'homme, que doit s'appliquer le principe. La matière pénale présente en effet le double intérêt de fournir une définition de la répression qui ne s'arrête pas aux qualificatifs parfois trompeurs donnés par le législateur à certaines mesures, et qui est praticable dans l'ensemble de l'Union européenne.

Quant à son contenu, le principe impose qu'une seule action, définie comme le support de la mise en œuvre d'une réponse à la commission d'une infraction, soit engagée envers la même personne pour les mêmes faits, c'est-à-dire pour les mêmes circonstances matérielles ou pour des circonstances matérielles en substance similaires. Pour la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* en particulier, une condition supplémentaire est nécessaire, celle de l'achèvement d'une action envers la même personne pour les mêmes faits. Cet achèvement se concrétise par l'existence d'une décision définitive relative à ces faits. L'on retiendra de la décision définitive qu'elle est celle dont il n'est pas expressément dit au justiciable qu'elle peut être remise en cause par le biais de la réouverture du procès.

Certaines des définitions proposées ne pourront être mises en pratique qu'à l'issue d'une interprétation dynamique des textes en vigueur. Il en va ainsi de la notion d'action, les textes ne se référant qu'à la poursuite, mais également de l'exigence d'achèvement de l'action par une décision définitive, la lettre des textes s'en tenant au seul jugement et, enfin, de la condition d'identité des faits matériels en ce qui concerne l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, celui-ci ne visant que l'infraction. Du reste, la Cour de justice des Communautés européennes s'est déjà engagée dans la voie de l'interprétation dynamique.

643. Les analyses de ce chapitre permettent par ailleurs de mieux se rendre compte de l'intérêt d'adopter l'unicité d'action répressive comme principe de droit objectif s'imposant à tous les pouvoirs de l'Etat.

L'on remarque que, dans l'affaire des excès de vitesse répétés comme dans l'affaire du braquage de banque suivi de la conduite sans permis, la difficulté provient de ce que l'ensemble infractionnel ne relève pas dans sa totalité de la compétence d'une seule, mais de plusieurs autorités répressives. Pour éviter les cumuls de répression dans ce type de situations, l'on peut certes s'en remettre à la règle *ne bis in idem*, qui interdit à toute autorité d'engager une procédure répressive dès lors que les faits ont déjà donné lieu à une procédure engagée par une autre autorité répressive. Mais alors, c'est à l'autorité qui se saisit le plus rapidement de l'affaire que revient le soin de la traiter. A l'évidence, ce critère de la rapidité n'est guère satisfaisant.

Mieux vaudrait que le choix de l'autorité répressive qui traitera l'affaire soit effectué en fonction de critères plus pertinents. C'est l'un des rôles essentiels du principe d'unicité d'action répressive, dont nous avons précisé d'emblée qu'il devait non seulement constituer un fondement juridique adéquat pour la règle *ne bis in idem*, mais encore permettre de *prévenir* les cumuls de répression¹³⁷¹. Lorsque plusieurs autorités répressives sont parallèlement compétentes pour réprimer des faits, le principe d'unicité d'action répressive les oblige à s'organiser en amont de telle sorte qu'une seule poursuite ait lieu. Concrètement, dans l'affaire Kantner¹³⁷², les autorités des deux districts auraient dû s'accorder pour que les usagers de l'autoroute dépassant les limites de vitesse soient poursuivis pour l'ensemble de leurs infractions de l'un ou de l'autre côté de la frontière séparant les deux districts. Il devrait en aller de même lorsque la pluralité de compétences juridictionnelles n'est pas géographique mais matérielle. Ainsi, lorsqu'un ensemble infractionnel contient des faits relevant pour partie d'une juridiction compétente pour les infractions de faible gravité et pour une autre partie d'une juridiction compétente pour les infractions plus graves, des systèmes doivent prévoir que l'ensemble soit traité par l'une des deux juridictions – plutôt la seconde en vertu de l'adage « qui peut le plus peut le moins ». Dans l'affaire du braquage de banque suivi de la conduite sans permis de conduire, c'est la juridiction compétente pour le vol à main armée qui devrait étudier l'ensemble de l'affaire, même si la conduite sans permis a été commise sur le territoire d'un autre Etat de l'Union européenne. De telles solutions permettent par ailleurs de rationaliser les coûts de la justice qui font si souvent parler d'eux.

Remarquons enfin qu'en ce qui concerne, pour la pluralité d'autorités matériellement compétentes, le principe d'unicité d'action répressive est déjà, d'une certaine manière, mis en

¹³⁷¹ Voir *supra*, p. 345.

¹³⁷² Voir *supra*, p. 506.

œuvre en droit positif. En France, par exemple, où le vol à main armée relève de la Cour d'assises¹³⁷³, tandis que la conduite d'un véhicule sans permis de conduire n'est qu'une contravention de cinquième classe¹³⁷⁴ dont la répression est l'affaire du tribunal de police, la règle de la plénitude de juridiction de la Cour d'assises permet de sortir de l'impasse. L'ensemble infractionnel peut donc être jugé par cette seule instance¹³⁷⁵. Ainsi, la règle de la plénitude de juridiction constitue une concrétisation du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits. En revanche, en ce qui concerne la pluralité d'autorités géographiquement compétentes lorsque les autorités de plusieurs Etats sont en jeu, le problème est loin d'être résolu. En effet, il n'existe pas à ce jour de règles permettant de déterminer l'Etat finalement compétent dans l'hypothèse où plusieurs Etats se déclarent compétents en vertu de leurs dispositions internes de droit pénal international. L'adoption de telles règles dans l'Union européenne est sans doute l'un des corollaires les plus importants du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits¹³⁷⁶.

Il reste à présent à envisager les exceptions à l'application du principe d'unicité d'action répressive.

¹³⁷³ Le vol à main armée est un crime, art. 311-8 du Code pénal.

¹³⁷⁴ Article R-221-1 du Code de la route.

¹³⁷⁵ Art. 231 CPP, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, n° 705.

¹³⁷⁶ Nous reviendrons sur cette question plus loin, voir *infra*, p. 561.

CHAPITRE 2 LES EXCEPTIONS A L'APPLICATION DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE

644. La détermination des contours du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits serait incomplète si elle faisait abstraction de l'existence d'exigences contradictoires au principe.

Il faut d'abord mentionner l'exigence de justice des décisions répressives, qui s'oppose à ce que la reprise d'une action répressive pour les mêmes faits soit systématiquement exclue. Lorsqu'une décision qui ne peut plus être remise en cause par l'exercice des voies de recours ordinaires paraît injuste, la question se pose de savoir si, dans le but de rétablir la justice, il peut être fait exception au principe d'unicité d'action répressive.

Par ailleurs, il faut prendre en compte la particularité de l'application internationale du principe d'unicité d'action répressive. En effet, sa mise en œuvre entre plusieurs Etats contraint indirectement l'un d'eux à renoncer à l'exercice de son pouvoir de répression. Or, une telle renonciation n'est pas toujours acceptable.

645. Il conviendra donc, dans ce dernier chapitre, de déterminer les exceptions envisageables à l'application du principe d'unicité d'action répressive, en commençant par celles qui sont imposées par l'exigence de justice (section 1). Puis, nous étudierons les exceptions propres à l'application internationale du principe (section 2).

Section 1 Les exceptions imposées par l'exigence de justice

646. Hormis l'hypothèse dans laquelle le cumul d'actions répressives résulte de l'existence d'une pluralité d'autorités compétentes à l'égard des mêmes faits, l'exigence de justice impose parfois de reprendre le procès bien qu'une décision définitive, c'est-à-dire une décision résolvant immédiatement le litige, ait été rendue. Généralement, la reprise du procès résulte de l'exercice des voies ordinaires de recours. Lorsqu'une partie au procès considère que la décision rendue n'est pas juste, elle demande que l'affaire fasse l'objet d'un nouvel examen en faisant appel ou en formulant un pourvoi en cassation.

Outre les voies de recours ordinaires, il existe une autre forme de reprise du procès. Son utilité apparaît lorsqu'une décision définitive semble injuste, parce que soit des preuves étaient inconnues au moment de la décision, soit un « *vice fondamental* » de la procédure, selon les termes de l'article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁷⁷, sont ultérieurement révélés. On parle alors de *réouverture* du procès¹³⁷⁸.

Certes, la réouverture d'une procédure répressive n'est pas une *nouvelle* action répressive pour les mêmes faits. Pour autant, elle pose problème, car son effet est le même que celui d'une nouvelle action répressive : elle provoque l'insécurité juridique pour l'individu concerné par la décision et la collectivité. Cette insécurité est de loin plus gênante que celle qui découle de l'exercice des voies de recours ordinaires, car la réouverture, voie de droit généralement considérée comme extraordinaire par les droits internes, n'est pas limitée dans le temps comme le sont le droit d'appel et celui de se pourvoir en cassation. Aussi les procédures de réouverture, en tant qu'exceptions au principe d'unicité d'action répressive, doivent-elles être strictement encadrées. Pour cela, il est essentiel d'avoir présent à l'esprit que, fondamentalement, la réouverture répond au souci de ne pas laisser s'appliquer une décision injuste. L'exigence de justice doit donc toujours guider sa mise en œuvre.

¹³⁷⁷ Art. 4 al. 2 du Protocole n° 7 : « Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu ».

¹³⁷⁸ Nous évitons volontairement le terme français « révision », qui ne vise que la réouverture du procès en faveur de l'individu condamné, voir *infra*, p. 538.

Du reste, dès lors qu'elle est motivée par l'exigence de justice, la réouverture est exempte de tout soupçon d'arbitraire. Elle est donc compatible avec le principe de respect de la dignité humaine, si bien que le principe d'unicité d'action répressive ne doit pas nécessairement lui faire obstacle. En revanche, si elle n'est que la réponse à l'invocation d'une charge nouvelle ou d'un vice de procédure, le risque d'atteinte à la dignité réapparaît. En effet, il n'est pas exclu qu'une partie poursuivante mal intentionnée excipe de tels arguments pour provoquer le réexamen de l'affaire, contournant ainsi les règles de recevabilité des voies de recours ordinaires. Le danger d'un acharnement judiciaire conduisant à ce que l'individu soit traité comme un simple objet de la répression doit être pris au sérieux.

Par conséquent, nous suggérons que la réouverture du procès soit toujours envisagée à travers le prisme de l'exigence de justice, c'est-à-dire qu'elle soit uniquement permise après qu'il a été vérifié que la décision rendue comporte une injustice que la réouverture est à même de corriger.

L'étude des exceptions au principe d'unicité d'action répressive imposées par l'exigence de justice nécessite d'abord d'examiner de plus près cette exigence (§ 1). Ensuite, nous pourrions envisager la réouverture du procès motivée par l'exigence de justice (§ 2).

§ 1 *L'exigence de justice*

647. L'exigence de justice a, dans le cadre de notre démonstration, pour vocation de permettre la réouverture d'un procès achevé par une décision définitive en dépit de l'indisponibilité des voies de recours ordinaires. Mais elle ne peut justifier cette réouverture qu'en présence d'une décision injuste, notion qu'il conviendra d'identifier (A). Par ailleurs, l'étude de l'exigence de justice serait incomplète si elle ne s'interrogeait pas sur les difficultés concrètes entourant sa mise en œuvre. La sagesse impose de rappeler combien la recherche de la justice est une mission délicate (B).

A. L'identification de la décision injuste

648. Si définir la notion de justice est particulièrement difficile, l'on se représente plus facilement ce qui est injuste¹³⁷⁹. Après avoir étudié les facteurs d'injustice (1) nous serons en mesure de proposer une classification des décisions revêtant un caractère injuste, selon leur degré d'injustice (2).

1. Les facteurs d'injustice

649. Ni le juste ni l'injuste ne sont définis par le droit. Ce dernier n'opère que par les critères de la licéité ou de l'illicéité. Il faut donc faire appel à la philosophie pour cerner l'injuste. Dans *Le juste*, Ricœur retient trois facteurs susceptibles de provoquer l'injuste¹³⁸⁰ : l'inégalité (a), la disproportion (b) et la trahison des promesses (c), que nous allons étudier successivement.

a. *L'inégalité*

650. En premier lieu, une décision paraît injuste lorsqu'elle traite un individu de façon inégale par rapport à d'autres individus se trouvant dans une situation semblable¹³⁸¹. Cette injustice étant mise en lumière par le biais de la comparaison, son versant positif est encore appelé « justice comparative » ou, pour reprendre la terminologie prêtée à Aristote, « justice distributive »¹³⁸². En matière répressive, l'inégalité apparaît, par exemple, lorsque la sanction prononcée à l'encontre d'un individu est supérieure ou inférieure à celle qui a été infligée à des personnes ayant commis la même infraction dans les mêmes conditions¹³⁸³.

¹³⁷⁹ P. RICŒUR, citant sur ce point PLATON et ARISTOTE, in « Avant-propos », in *Le Juste I*, Paris, Esprit, 1995, p. 7-27, p. 11.

¹³⁸⁰ P. RICŒUR, « Avant-propos », p. 11-12.

¹³⁸¹ P. RICŒUR évoque les « partages inégaux », *ibidem*.

¹³⁸² ARISTOTE, *L'Éthique à Nicomaque*, livre V, ch. 6. n° 1131, cité d'après *L'Éthique à Nicomaque*, Introduction, traduction et commentaire de R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, tome 1, Publications universitaires de Louvain, 1958, p. 128 et s. Les philosophes du droit allemands se réfèrent également aux distinctions opérées par Aristote au sujet de la notion de justice. La justice distributive est exprimée en allemand sous le terme de *austeilende* ou *zuteilende Gerechtigkeit*, G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 4^{ème} éd., 1950, p. 125 pour une approche générale et p. 265 à propos de la justice pénale ; H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, p. 403 et s.

¹³⁸³ Dans ce contexte, le principe de l'individualisation judiciaire de la peine, effectuée au regard de la personnalité de l'auteur de l'infraction notamment dans un objectif de défense de la société (M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3^{ème} éd., 1981, p. 212 et s.), peut paraître injuste dans la mesure où il aboutit à ne pas traiter de la même manière les auteurs des mêmes infractions.

Mais l'identification des décisions injustes au travers du facteur de l'inégalité n'est pas aisée. En effet, l'inégalité étant un *rapport* entre deux éléments – ici, entre deux décisions répressives – et non un *état* caractérisant un élément, qualifier une décision d'« inégale » nécessite de l'avoir comparée avec d'autres décisions rendues dans des affaires similaires, ce qui pose de sérieuses difficultés pratiques.

Par conséquent, sauf dans l'hypothèse d'un traitement manifestement différencié d'un individu par rapport aux autres, le facteur d'injustice de l'inégalité est difficilement praticable pour identifier la décision répressive injuste.

b. La disproportion

651. En deuxième lieu, une décision répressive peut être injuste parce qu'elle est disproportionnée¹³⁸⁴. L'envers de l'injustice provenant de la disproportion est qualifié de « justice commutative » ou, selon la terminologie aristotélicienne, de « justice correctrice »¹³⁸⁵. La disproportion peut être articulée selon deux critères, son ampleur et son sens, que nous allons envisager successivement.

652. Le critère de l'ampleur de l'injustice se mesure à la différence entre la décision juste dans l'absolu et la sévérité de la décision effectivement rendue. Plus cette différence est forte, plus l'injustice est importante. Le critère de l'ampleur de la disproportion est donc affaire de degrés. Naturellement, l'appréciation de cette ampleur comporte une part irrémédiable de subjectivité. Pour simplifier, nous retiendrons qu'une décision peut être qualifiée de grandement ou faiblement injuste selon l'ampleur de la disproportion.

653. Le critère du sens de la disproportion invite à distinguer selon que celle-ci se réalise en faveur ou en défaveur de la personne visée par une décision répressive définitive. Ortolan affirmait qu'« *il n'est pas besoin de démontrer que le sacrifice des cas particuliers d'erreur contenus en l'autorité de la chose jugée doit être fait avec plus de facilité et maintenu avec plus de force, en droit pénal, lorsqu'il s'agit d'erreurs favorables à l'accusé, mais qu'une porte, au contraire, doit être plus facilement ouverte à la réparation de l'erreur, lorsqu'elle a eu lieu dans la condamnation* »¹³⁸⁶. L'analyse des théories relatives à la mesure de la peine,

¹³⁸⁴ P. RICŒUR parle de « rétributions disproportionnées », « Avant-propos », p. 12.

¹³⁸⁵ ARISTOTE, *L'Ethique à Nicomaque*, livre V, ch. 6. n° 1131, p. 131 et s. Sur les traces d'Aristote, la doctrine allemande parle de *ausgleichende Gerechtigkeit*, G. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 125 et p. 264-265 ; H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, p. 403 et s.

¹³⁸⁶ En ce sens J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 1777.

qui laissera apparaître que la disproportion en défaveur d'une personne concernée par une décision répressive constitue une injustice plus grave que la disproportion en sa faveur, va nous permettre de confirmer ce propos.

En pénologie, la justice commutative prend la forme du châtement par la peine. C'est la théorie de la rétribution, selon laquelle le trouble, la souffrance causés par l'infraction doivent être compensés par un mal équivalent infligé au délinquant par la société¹³⁸⁷. Kant et Hegel en tirent la conclusion que la mesure de la peine doit être déterminée à partir du crime, en particulier au regard de la culpabilité de son auteur¹³⁸⁸. Selon cette théorie, la disproportion de la peine en faveur de la personne concernée par une décision répressive, c'est-à-dire l'hypothèse de la sanction « trop clémentine », est tout aussi injuste qu'une disproportion en sens inverse, dans laquelle la sanction est « trop sévère ».

Mais l'utilisation de la théorie de la rétribution pour évaluer la mesure de la peine a été violemment contestée, notamment par les partisans des théories dites utilitaristes, qui envisagent pour leur part la peine dans une rationalité prospective¹³⁸⁹. La critique de la conception purement compensatoire de la sanction¹³⁹⁰ a significativement marqué le droit

¹³⁸⁷ P. PONCELA, *Droit de la peine*, PUF, Coll. Thémis, Droit privé, 2^{ème} éd., 1995, p. 64 et s.

¹³⁸⁸ I. KANT, *Métaphysique des mœurs. Première partie, doctrine du droit*, Préface M. Villey, Librairie philosophique J. Vrin, 1971, p. 215 ; G.-W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 101, publié et introduit par H. Reichelt, Ullstein, 1972, p. 98 ; F. GROS fournit une analyse très riche des positions de Kant et Hegel dans « Punir, c'est rappeler la loi » in *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, A. GARAPON, F. GROS et T. PECH, O. Jacob, 2001, p. 17-62, spéc. p. 35-57 ; C. SAAS, *op. cit.*, n° 144, p. 140 et s.

¹³⁸⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines* (1764), Préface R. Badinter, Traduction par M. Chevalier, GF-Flammarion, 1991, § XLI, p. 169 : « il vaut mieux prévenir les crimes que d'avoir à les punir ; tel est le but principal de toute bonne législation » ; J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*. Ouvrage extrait des manuscrits de J. Bentham, juriste anglais, par E. Dumont, Paris, Bossanges Frères, 1825. Voir également les analyses de P. PONCELA, *Droit de la peine*, p. 59 et s. ; F. GROS, « Punir, c'est défendre la société », « Punir, c'est éduquer un individu », *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, p. 63-89 et p. 91-107 ; Th. PECH résume les fonctions utilitaires de la peine sous l'expression « punir pour » par opposition à l'expression « punir pur », in « Genèse de la peine neutre », *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, p. 147-170, spéc. p. 160-161.

¹³⁹⁰ Entre nombreuses études, on peut citer G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 187 : « Rendre le mal pour le mal, dans la même mesure, est la manière la plus facile, mais non la plus vraie, de rétablir l'équilibre détruit : le mal ne se répare vraiment que par le bien » ; M. V. DE KERCHOVE, *Le droit sans peines, aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 464-465 : « A l'encontre du moralisme juridique, il convient de ramener la tâche du droit pénal aux dimensions qui sont les siennes. Cet objectif, en effet, ne réside pas dans l'exercice d'une justice absolue qui, à l'image de la justice divine, prétendait pouvoir rétribuer tout acte selon la moralité ou l'immoralité de son auteur. Il réside, plus modestement, dans la prévention d'un ensemble d'actes considérés socialement comme suffisamment indésirables pour justifier leur incrimination pénale. La finalité des peines nous paraît donc être de nature préventive et non rétributive et il nous semble que la peine ne soit légitime que parce qu'elle est utile et même nécessaire ».

positif. Ainsi, par exemple, a été introduite en droit positif français la dispense de peine¹³⁹¹, qui n'est pas justifiée par l'absence de culpabilité de l'auteur.

Dès lors qu'en phase avec le droit positif, l'on se démarque d'une conception purement rétributive, il n'est plus cohérent de fustiger une sanction pour la seule raison qu'elle est trop faible par rapport à la culpabilité¹³⁹². Ainsi, une sanction « trop clémente » par rapport à la culpabilité ou au tort causé n'est pas nécessairement une sanction injuste. M. van de Kerchove affirme de façon convaincante que « *la justice ne requiert pas tant (...) que le délinquant subisse la peine qu'il „mérite“ (just desert) que l'établissement de limites en deçà desquelles la liberté individuelle se trouve affranchie de toute intervention du droit pénal* »¹³⁹³. Il reste alors à admettre qu'une peine peut être juste même si elle révèle une disproportion en faveur de l'individu.

654. En revanche, dans le cas de la sanction « trop forte », la disproportion devient problématique. Elle prend la forme de la vengeance qui, selon les termes de Ricœur, en « *ajoutant la violence à la violence, la souffrance à la souffrance* »¹³⁹⁴, se pose « *en obstacle à la conquête du juste* »¹³⁹⁵. Et l'auteur de remarquer : « *La grande conquête, à cet égard, consiste dans le départage entre vengeance et justice* »¹³⁹⁶. Certains auteurs préfèrent éviter le terme vengeance qui, selon eux, loin de se réduire à « *la haine, la violence débridée, injuste et sans limite* », constitue « *une modalité de l'échange* » participant au règlement des conflits¹³⁹⁷. Ils récusent néanmoins la violence et la souffrance comme outils de rétablissement de la justice : « *ce qu'il y a d'insupportable, dans la logique de la justice pénale, c'est l'idée de faire souffrir celui qui nous a fait souffrir ; en fait, la souffrance étant quelque chose d'indicible, d'indéfini, le but de la justice est de la reconnaître, de lui donner un nom, de la faire exister publiquement, en tentant de lui articuler un équivalent chez son agresseur, de provoquer pour le criminel un malheur comparable* »¹³⁹⁸. Ainsi, dès lors que le

¹³⁹¹ Aux termes de l'art. 132-58 du code pénal, la dispense de peine peut être prononcée indépendamment de la question de la faute ou de la gravité de la transgression par l'auteur des faits.

¹³⁹² En ce sens H. ACHENBACH, « Neue Impulse bei der Rechtskraft des Strafbefehls », *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1977, p. 86-91, spéc. p. 90 ; H. RADTKE, *op. cit.*, p. 44-45.

¹³⁹³ M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines, aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, p. 465.

¹³⁹⁴ P. RICŒUR, « Avant-propos », p. 12.

¹³⁹⁵ P. RICŒUR, « Justice et vengeance », *Le Juste 2*, Paris, Esprit, Paris, 2001, p. 257-266, spéc. p. 264.

¹³⁹⁶ P. RICŒUR, « Avant-propos », p. 12.

¹³⁹⁷ A. GARAPON, « Une justice pour la victime » in *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, p. 251-266, spéc. p. 260, citant les travaux de R. VERDIER et G. COURTOIS ; voir dans le même ouvrage, F. GROS, « Punir, c'est transformer une souffrance en malheur », p. 109-138, spéc. p. 126 et s. ; en ce sens enfin la définition de la vengeance du dictionnaire *Le Petit Robert* : « dédommager moralement quelqu'un en punissant son offenseur ».

¹³⁹⁸ F. GROS, *op. cit.*, p. 134-135.

malheur infligé en retour n'est plus comparable au malheur commis parce que la sanction est trop forte, on sort de la justice, l'injuste réapparaît.

L'on pourrait envisager, comme nous l'avons fait pour le cas de la sanction « trop clémente », que la sanction « trop forte » en termes de compensation du mal subi, soit justifiée au regard des fonctions utilitaristes. Mais, à l'analyse, il apparaît que les partisans de l'utilitarisme sont également sceptiques à l'égard de la peine « trop forte »¹³⁹⁹. Beccaria souligne ainsi : « *par justice, je n'entends rien d'autre que le lien nécessaire pour maintenir l'union des intérêts particuliers, lesquels sans lui retomberaient dans l'ancien isolement social ; toutes les peines qui outrepassent la nécessité de conserver ce lien sont injustes par nature* »¹⁴⁰⁰. Son célèbre « théorème » rappelle également le souci de ne pas sanctionner trop sévèrement, affirmant que la peine doit être « *nécessaire* », mais aussi « *la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi* »¹⁴⁰¹.

655. En somme, il semble se dégager une tendance selon laquelle la sanction « trop clémente » est moins injuste que la sanction « trop forte ». En effet, la sanction « trop clémente » est considérée comme injuste uniquement par les partisans d'une application pure de la théorie de la rétribution tandis que la sanction « trop forte » est généralement considérée comme une sanction injuste. Globalement, et malgré toute la prudence avec laquelle il faut prendre ce propos, la disproportion en défaveur de la personne condamnée paraît donc plus injuste que la disproportion en sa faveur.

c. La trahison des promesses

656. En troisième lieu, l'injustice se décèle dans « *la trahison des promesses* », pour reprendre l'expression de Ricœur. En partant des souvenirs d'enfance comme témoignages des premières rencontres avec l'injustice, le philosophe évoque les « *promesses non tenues qui ébranlaient pour la première fois la confiance innocente que nous avons dans la parole sur laquelle, nous devons l'apprendre plus tard, reposent tous les échanges, tous les contrats, tous les pactes* »¹⁴⁰².

¹³⁹⁹ Voir l'analyse de P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Archives de philosophie du droit*, Tome 26 : « L'utile et le juste », 1981, p. 59-71, spéc. p. 61-62.

¹⁴⁰⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, § II, p. 64.

¹⁴⁰¹ C. BECCARIA, *op. cit.*, § XLVII, p. 179.

¹⁴⁰² P. RICŒUR, « Avant-propos », p. 12.

Aussi l'injustice est-elle flagrante, en matière répressive, lorsqu'une sanction est infligée bien qu'elle ne fût pas promise, c'est-à-dire au mépris du principe de légalité des délits et des peines. Mais le critère de la trahison des promesses montre également que l'injustice peut provenir de l'instabilité provoquée par la remise en cause d'une décision de justice, qui a été évoquée au début de l'étude. En effet, lorsqu'une situation juridique a été établie par une décision répressive, la réouverture du procès tendant à la remise en cause de cette situation, est l'expression même de la trahison d'une promesse. Il faut se rendre à l'évidence : la sécurité juridique est une part non négligeable de la justice. Par conséquent, la justice implique le respect de la sécurité juridique¹⁴⁰³, en particulier celle des individus. C'est en ce sens qu'Ortolan affirmait : « *C'est le bon sens des nations, l'instinct universel de justice, traduit, sous une forme scolastique, dans ce brocard : "Non bis in idem" »¹⁴⁰⁴.*

Le facteur d'injustice de la trahison des promesses ne nous fournit donc pas de critère d'identification de la décision injuste. Mais il a le mérite de nous mettre en garde contre la mise à l'écart du principe d'unicité d'action répressive au nom de l'exigence de justice.

657. Parmi les facteurs d'injustice, la disproportion a permis de dégager deux critères praticables pour caractériser l'injustice : l'ampleur de la disproportion et le sens dans lequel elle s'effectue. A l'aune de ces critères, nous allons établir une classification des décisions injustes.

2. Classification des décisions injustes

658. On l'a compris, les rapports entre le principe d'unicité d'action répressive et l'exigence de justice sont donc plus complexes qu'il n'y paraît. En effet, en cas de décision paraissant *prima facie* injuste, le principe d'unicité d'action répressive agit à la fois en faveur de l'exigence de justice, dans la mesure où il préserve la sécurité juridique, et à l'encontre de la même exigence puisqu'il provoque le maintien d'une décision paraissant injuste.

Il faut donc se demander d'où résulterait la plus grande injustice, de son application ou de sa mise à l'écart, ce qui implique d'identifier les cas dans lesquels la décision est à ce point injuste qu'il s'avère nécessaire de permettre la réouverture du procès. L'établissement de degrés dans l'injustice par le biais d'une classification des décisions injustes semble s'imposer. La classification que nous allons proposer est certes schématique, mais elle

¹⁴⁰³ W. SAUER, *Rechts- und Staatsphilosophie*, Stuttgart, F. Enke, 1936, p. 419.

¹⁴⁰⁴ J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 1775, c'est nous qui soulignons.

constituera un premier instrument permettant d'apprécier s'il doit être fait exception au principe d'unicité d'action répressive. Elle sera établie à partir du critère de l'ampleur de la disproportion de la décision répressive, dont nous avons retenu de façon purement pragmatique qu'elle pouvait être grande ou faible, et du critère du sens de la disproportion, qui consiste à différencier selon que la disproportion est effectuée en faveur ou en défaveur de l'individu concerné par la décision répressive.

659. L'injustice la plus grave est révélée lorsque les deux critères sont simultanément remplis. Elle résulte d'une disproportion à la fois de grande ampleur et en défaveur de la personne condamnée. Nous la qualifierons de *grave*. L'on peut prendre l'exemple de l'injustice que l'opinion publique considère comme suprême : la condamnation d'un innocent. Pourquoi cette injustice trouble-t-elle davantage que les autres ? Nos deux critères sont très parlants. L'injustice est d'ampleur extrême puisque la condamnation n'est aucunement justifiée. De surcroît, elle est réalisée en défaveur de la personne condamnée. Il est en outre déterminant dans cet exemple que l'injustice émane de l'institution dont la mission est précisément de rendre la justice.

660. Vient ensuite l'injustice *moyennement grave*, qui est révélée par la pertinence d'un des deux critères relatifs à la disproportion. Elle concerne d'une part les décisions comportant une disproportion de grande ampleur, mais en faveur de l'individu. Nous prendrons l'exemple de l'acquittement d'un coupable.

D'autre part, l'injustice moyennement grave vise les décisions qui comportent une disproportion de petite ampleur, mais en défaveur de l'individu. Par exemple, un individu est condamné pour vol commis par effraction, réprimé selon l'article 311-4 6° du Code pénal français d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende – au lieu de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende pour un vol simple. Puis, il apparaît que l'effraction – la destruction d'une fenêtre par exemple – a été commise par la victime du vol, qui espérait ainsi être indemnisée par son assurance bien qu'elle ait omis de fermer son logement en son absence.

661. Finalement, au bas de notre classification, nous placerons l'injustice *légère*. Elle concerne les décisions comportant une disproportion de petite ampleur, illustrée par l'exemple de la différence de répression entre le vol simple et le vol commis par effraction, et réalisée en faveur de l'individu. Il s'agit du cas inverse de celui que nous venons de mentionner, c'est-à-

dire de la condamnation d'un individu pour vol simple alors qu'il apparaît ultérieurement que le vol a été commis par effraction.

L'identification de la décision injuste étant facilitée par le biais de cette classification, il reste à envisager de corriger l'injustice, ce qui impose de s'intéresser au problème de la recherche de la justice.

B. La recherche de la justice

662. Tendre vers la justice doit certainement être la préoccupation première de tout exercice de la répression. Ainsi, l'ensemble des règles de procédure tend à ce que les décisions répressives soient justes. Néanmoins, la recherche de la justice a des limites, que les législateurs ont bien perçues puisqu'ils ont limité l'utilisation des voies de recours.

Les limites de la recherche de la justice résultent, d'une part, du fait que la justice n'est qu'un idéal, qu'il n'est pas toujours possible d'atteindre (1). D'autre part, si la connaissance de la vérité à propos des faits contribue certainement à ce que les décisions soient plus justes, la recherche de la justice par la vérité comporte également des limites (2).

1. La justice, un idéal

663. Nous avons pu mesurer précédemment les difficultés que pose l'identification de la notion de justice. Il n'est guère étonnant qu'une valeur si subtile à définir ne se laisse pas aisément atteindre. Consciente de ces difficultés, la doctrine considère la justice davantage comme un idéal que comme un état que l'homme peut atteindre.

Ainsi, Kelsen estimait que la justice est un « *idéal irrationnel* »¹⁴⁰⁵. Sans pousser l'analyse à ce point, Carbonnier préconise, dans son *Codicille du juste et de l'injuste*, de tenter d'« *inventer quelques solutions, plutôt pacificatrices que justes, plutôt moins injustes que justes, afin de rendre tolérable la vie en société* »¹⁴⁰⁶. Quant aux auteurs qui se sont

¹⁴⁰⁵ H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit ?* Wien, Franz Deuticke, 2^{ème} éd. 1975, p. 40. Voir également S. STEIN, *op. cit.*, p. 260-266 : l'auteur montre que la justice, en tant que valeur relative, n'est pas le but final de la procès pénal.

¹⁴⁰⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 10^{ème} éd., 2001, p. 490. En ce sens également, résumant la pensée de Ricœur, O. ABEL : « *Juger, c'est accepter une tension entre la définition du juste comme la promesse d'une cité heureuse et l'application de règles qui empêchent le pire. Cette tension ne trouve sa résolution que dans la sagesse pratique* », in Paul Ricœur, *La promesse et la règle*, Paris, Michalon, Coll. Le bien commun, 1996, p. 15

précisément penchés sur la question de la réouverture du procès pour cause d'injustice, ils font également preuve d'une grande prudence vis-à-vis de la recherche de la justice. Ainsi, M. Najarian souligne que « *le danger, et c'est le seul, c'est de croire qu'en répétant le même procès pénal, on arriverait à un meilleur résultat* »¹⁴⁰⁷. Dans le même contexte, Schanze rappelle le proverbe bien connu selon lequel « *le mieux est l'ennemi du bien* »¹⁴⁰⁸. Aussi le juriste doit-il rester lucide dans sa quête de la justice.

Certes, l'on pourrait objecter au raisonnement fondé sur l'inaccessibilité du juste que, lorsque l'injustice prend sa source dans une erreur sur la vérité, la correction de cette erreur peut être opérée grâce à une nouvelle étude des faits. Mais ce serait oublier les limites de la recherche de la justice par la vérité.

2. Les limites de la recherche de la justice par la vérité

664. Le rôle de la procédure préalable au jugement répressif est de faire la lumière sur les faits qui se trouvent à l'origine du litige. Il s'agit de démasquer la vérité, de sorte que la décision clôturant le litige y soit conforme et présente ainsi les meilleures chances d'être juste. De nombreuses techniques procédurales œuvrent en ce sens. Il en va ainsi des mesures mises à la disposition des parties pour faciliter la recherche de la preuve, quand la mise en état de l'affaire n'est pas confiée à un juge missionné en ce sens, le juge d'instruction. De plus, la preuve est soumise à un débat contradictoire entre la partie poursuivante et la défense, encore destinée à permettre la manifestation de la vérité. La préservation de l'égalité des armes entre les parties favorise également la découverte de la vérité en ce qu'elle permet que des éléments probatoires soient produits de part et d'autre et qu'ils soient soumis à la discussion en présence de l'autorité qui tranche.

Ainsi, de nombreux moyens rassemblés autour de la preuve sont-ils déployés pour que le juge répressif statue en connaissance de cause. Toutefois, il convient de prendre avec précaution l'idée généralement répandue selon laquelle les preuves obligent le juge à trancher en conformité avec la vérité. M. Théry fait remarquer que « [l]a vérité est sans doute une valeur du procès. Mais la finalité essentielle des règles de preuve est, plus prosaïquement, la conviction du juge ». Il ajoute plus loin qu'« *en général, seule importe la perception que le*

¹⁴⁰⁷ K. NAJARIAN, *op. cit.*, p. 292.

¹⁴⁰⁸ SCHANZE, *op. cit.*, p. 452: « *Das Beste ist ein Feind des Guten* ».

juge a de la vérité. La conviction, autrement dit, est la vraie fin des règles de preuve »¹⁴⁰⁹. Ainsi, la découverte d'une nouvelle preuve pourra donner un éclairage nouveau sur l'affaire sans nécessairement n'altérer la conviction du juge. Du reste, la connaissance de la vérité n'est qu'une condition de l'atteinte du juste, elle n'en est pas le synonyme. Une multitude d'autres facteurs interviennent lors de l'élaboration d'une décision répressive, comme la prise en compte de la personnalité du délinquant, l'importance de sa culpabilité, sans oublier les considérations d'opportunité.

665. Par ailleurs, comme la justice, la vérité est extrêmement difficile à atteindre – et c'est sans doute cela qui incite le droit probatoire à lui préférer d'autres valeurs¹⁴¹⁰.

A nouveau, les philosophes mettent le juriste en garde. Dans la deuxième maxime de sa morale provisoire, Descartes attire l'attention sur l'écueil guettant ceux qui cherchent infiniment le vrai : *« les voyageurs qui, se trouvant égarés en quelque forêt, ne doivent pas errer en tournoyant tantôt d'un côté tantôt d'un autre, ni encore moins s'arrêter en une place, mais marcher toujours le plus droit qu'ils peuvent vers un même côté, et ne le changer point pour de faibles raisons, encore que ce n'ait peut-être été au commencement que le hasard seul qui les ait déterminés à le choisir : car, par ce moyen, s'ils ne vont justement où ils désirent, ils arriveront au moins à la fin quelque part, où vraisemblablement ils seront mieux que dans le milieu d'une forêt. Et ainsi les actions de la vie ne souffrant souvent aucun délai, c'est une vérité très certaine que, lorsqu'il n'est pas en notre pouvoir de discerner les plus vraies opinions, nous devons suivre les plus probables »*¹⁴¹¹. En matière pénale, cette affirmation doit naturellement être encadrée par le principe *in dubio pro reo*. Pascal utilise également la métaphore pour exprimer que la vérité ne se trouve pas toujours à portée humaine : *« La justice et la vérité sont deux pointes si subtiles, que nos instruments sont trop mousses pour y toucher exactement. S'ils y arrivent, ils en écachent la pointe, et appuient tout autour, plus sur le faux que sur le vrai »*¹⁴¹². Ricœur met en garde, pour sa part, contre la

¹⁴⁰⁹ Ph. THERY, « Finalités du droit de la preuve », *Droits – Revue française de théorie juridique*, 1996, n° 23, p. 41-52, spéc. p. 46 et 48.

¹⁴¹⁰ X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 410 : « l'institution judiciaire n'a (...) pas intérêt à mettre en avant l'idée de vérité objective. Dès lors qu'on la présente comme un but impossible à atteindre, on s'expose à ce que celui qui subira les conséquences de cette impossibilité n'accepte pas d'être victime d'une situation sur laquelle il a été probablement dit qu'il n'avait pas prise ». Voir également, du même auteur, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits* n° 23 (1996), p. 31-39.

¹⁴¹¹ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, 1637, Gallimard, 1991, p. 94. C'est nous qui soulignons.

¹⁴¹² B. PASCAL, *Pensées et opuscules*, publiés par L. Brunschwig, Paris, Hachette, 1946, p. 369 (section II, n° 82).

confusion des rôles du juge et de l'historien¹⁴¹³. L'historien, en étudiant le passé pour le présenter à ses contemporains, procède indéniablement à une sorte de jugement. Mais contrairement au juge, il ne rend qu'un jugement provisoire, qui peut sans cesse être réétudié, précisé, démenti¹⁴¹⁴. Il se livre à une réouverture illimitée et une réécriture perpétuelle du passé, lui donnant un éclairage nouveau ou y puisant des éléments complémentaires pour expliquer le présent. Si le juge agissait de la sorte, il manquerait à sa fonction propre qui est d'arrêter le débat relatif aux responsabilités individuelles¹⁴¹⁵.

Guidés par les philosophes, les juristes doivent faire preuve de modestie et se résigner à ne pas toujours atteindre la vérité. Les causes de l'impossibilité structurelle d'y parvenir sont complexes et multiples, aussi ne les développerons-nous pas¹⁴¹⁶. Nous rappellerons simplement, que plus le temps passe, plus les chances de découvrir la vérité s'amointrissent. Les preuves s'émoussent, s'affaiblissent, encourent le risque d'être déformées. Le souvenir humain perd en précision, gagne réciproquement en subjectivité. L'exactitude des témoignages peut en souffrir, en dépit de la sincérité de leur auteur. Ces considérations fondant la prescription conservent toute leur pertinence en ce qui concerne la question de la réouverture du procès.

666. Enfin, la vérité n'est pas une valeur que la procédure pénale cherche à tout prix. Si la recherche de la vérité est un objectif certain de toute procédure répressive, elle n'en constitue pas la préoccupation unique. Aussi de nombreuses techniques d'enquête qui pourraient

¹⁴¹³ P. RICŒUR, « Les rôles respectifs du juge et de l'historien » in *La justice, une révolution démocratique*, Textes présentés par D. Salas, Desclée de Brouwer, 2001, p. 67-98.

¹⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 77 : « Le juge doit juger – c'est sa fonction. Il doit conclure. Il doit trancher. Il doit remettre à une juste distance le coupable et la victime, selon une topologie impérieusement binaire. Tout cela, l'historien ne le fait pas, ne peut pas, ne veut pas le faire. (...) [Le jugement de l'historien] est proposé à la critique de la corporation historique et à celle du public éclairé, son œuvre offerte à un processus illimité de révisions qui fait de l'écriture de l'histoire une perpétuelle réécriture. Cette ouverture sur la réécriture marque la différence entre un jugement historique provisoire et un jugement judiciaire définitif ».

¹⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 83-84 : « Les procès criminels sont des actes de justice politique visant à établir une version fixe des faits incriminés à la faveur du caractère définitif de la sentence. Certes, les juges savent que l'important n'est pas de punir, mais de dire une parole de justice. Mais cette parole clôt le débat, „arrête“ la controverse. Cette contrainte ressortit à la finalité courte du procès criminel : juger maintenant et définitivement. C'est à ce prix que la sentence des procès criminels peut prétendre éduquer l'opinion publique à la faveur du trouble de conscience qu'elle commence par susciter ».

¹⁴¹⁶ S. COTTA, « *Quidquid latet apparebit* : Le problème de la vérité du jugement », *Archives de philosophie du droit*, Tome 39 – Le procès, 1995, p. 219-228, spéc. p. 225 : « Trois raisons – l'extranéité de la conscience du juge à la vérité temporellement synthétique de l'événement, sa solitude dans l'établissement définitif de la vérité, sa finale impuissance à rétablir la continuité des personnes – montrent l'indépassable imperfection du jugement humain sous l'aspect de sa conformité à la vérité, et donc à la justice, en leur plénitude. Et pourtant le juge ne peut se refuser de juger (...). Il doit donc se résigner, et avec lui les disputants et la société entière, à ce que son verdict – le verdict de tout juge – ne soit pas entièrement véridique mais une sorte de vérité par provision, pourrait-on dire en paraphrasant Descartes ».

conduire à la vérité sont-elles exclues de nos systèmes procéduraux parce qu'elles sont déloyales, parce qu'elles impliqueraient de trop grandes intrusions dans la vie privée des justiciables ou encore parce qu'elles heurtent la dignité humaine – comme la torture. Le « *désir de vérité* » s'articule sur un « *souci de légitimité* », explique Mme Delmas-Marty¹⁴¹⁷. Un compromis du même type se dessine entre le désir de justice et de vérité des décisions répressives et le souci de stabilité des situations juridiques qui en découlent.

Du reste, force est de constater que les techniques procédurales destinées à accélérer le cours de la justice se multiplient, fût-ce au détriment d'une recherche scrupuleuse de la vérité¹⁴¹⁸. Des procédures telles que la composition pénale, dans laquelle le suspect est invité à reconnaître « *avoir commis un ou plusieurs délits* »¹⁴¹⁹ et la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, dans laquelle il peut « *reconnaître les faits qui lui sont reprochés* »¹⁴²⁰, montrent que la recherche de la vérité n'est pas une valeur absolue de la procédure pénale. Au vu d'une telle évolution, il y aurait quelque incohérence à persévérer sans fin dans la recherche de la vérité.

667. L'étude de l'exigence de justice nous a permis de préciser les caractères de la décision répressive injuste, pouvant éventuellement justifier la réouverture du procès. Mais cette étude nous a également montré avec quelle prudence il faut envisager la réouverture du procès au nom de l'injustice des décisions définitives. D'une part, la stabilité des décisions répressives est un élément à part entière de l'exigence de justice. D'autre part, la justice est extrêmement difficile à atteindre, notamment parce qu'elle dépend de la vérité des faits qui, elle-même, ne se laisse guère facilement dégager. L'admission de la réouverture du procès sur le fondement de l'exigence de justice doit donc être envisagée avec grande prudence.

¹⁴¹⁷ M. DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *Droits – Revue française de théorie juridique*, 1996, n° 23, p. 53-65 ; « Visite d'un atelier de recherche en droit pénal », Entretien avec M. DELMAS-MARTY, *L'Astrée*, n° 12, oct. 2000, p. 3-10, spéc. p. 7 : « *Si l'on était certain de pouvoir obtenir la vérité au moyen de la torture, on n'accepterait tout de même pas la torture. Autrement dit, il ne s'agit pas de rechercher la vérité à n'importe quel prix, mais seulement par des voies légitimes. Dans la période contemporaine, la vérité n'est donc plus l'objectif unique de la procédure pénale* ».

¹⁴¹⁸ Faisant allusion à la procédure anglaise de *guilty plea*, au *patteggiamento* italien et au projet français d'injonction pénale censuré par le Conseil constitutionnel – d'actualité en 1996, date de l'article –, M. DELMAS-MARTY constate que « *mille ruses permettent, fût-ce au prix de la vérité, d'éviter les contraintes de la légitimité toujours plus exigeante* », in « La preuve pénale », p. 65.

¹⁴¹⁹ Art. 41-2 CPP.

¹⁴²⁰ Art. 495-7 CPP.

§ 2 *La réouverture du procès fondée sur l'exigence de justice*

668. Aux termes de l'article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, la réouverture du procès n'enfreint pas l'alinéa 1^{er} du même article consacrant la règle *ne bis in idem* « *si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu* ». Nous allons partir de ce texte pour étudier la question de la réouverture du procès.

Mais au préalable, une observation s'impose en ce qui concerne la référence de l'article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7 aux « *faits nouveaux* ». Dans la mesure où elle intervient dans le cadre des exceptions, cette référence peut surprendre. L'on peut en effet penser que, lorsqu'il existe des faits nouveaux, par hypothèse il ne s'agit plus des mêmes faits, de sorte que l'interdiction du cumul d'actions répressives *pour les mêmes faits* n'a pas lieu de s'appliquer. Cependant, l'expression « *faits nouveaux* » peut désigner deux types de situations.

Soit le fait nouveau consiste en un *nouvel acte* commis par l'individu visé par une décision définitive. Dans ce cas, il s'agit d'un nouveau fait matériel, distinct de celui qui a donné lieu à la première action répressive. Par exemple, un individu qui a été condamné pour port illégal d'une décoration pourra être poursuivi à nouveau si, après la condamnation, il continue de porter la décoration. Sa persévérance dans l'infraction a nécessité un nouvel acte matériel, certes de même nature que le premier, mais distinct de ce dernier. Ce fait nouveau n'est pas concerné par le principe d'unicité d'action répressive, qui n'opère qu'à propos des *mêmes faits matériels*.

Soit le fait nouveau concerne *les effets de l'acte* commis par l'auteur, l'acte en question ayant déjà été appréhendé par la décision. Par exemple, un individu a été condamné pour blessures volontaires pour avoir porté des coups à autrui. Puis, une fois la décision définitive rendue, la victime décède de ses blessures. Par hypothèse, ce dernier fait n'a pu être étudié lors de la première poursuite. Peut-on alors arguer de la survenance du décès pour justifier une nouvelle poursuite pour meurtre ? L'on pourrait suggérer que, dans la mesure où il vise *les « faits nouveaux »*, l'article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7 permet ce raisonnement. Pourtant, de sérieuses réserves peuvent être formulées à l'égard d'une telle interprétation. D'une part, le

rapport explicatif relatif au Protocole n° 7 ne donne aucune indication en ce sens. Il se contente de mentionner que « [L]’expression „des faits nouveaux ou nouvellement révélés“ englobe tous les moyens de preuve relatifs à des faits préexistants »¹⁴²¹. D’autre part, cette interprétation nous semble incompatible avec la fonction première du droit pénal. La justice pénale a pour mission de sanctionner les individus en raison de leurs actes s’ils violent la loi pénale et en fonction de leur culpabilité. Si les conséquences des actes délictueux sont prises en compte en droit pénal, notamment par le législateur dans la définition des éléments constitutifs des incriminations, le traitement de ces conséquences est avant tout l’affaire de la responsabilité civile. Ainsi, la conséquence nouvelle d’un acte antérieur constituant une infraction pénale justifiera sans aucun doute une nouvelle action en responsabilité civile. Mais, dans la mesure où l’acte a déjà fait l’objet d’une action répressive au cours de laquelle la culpabilité de l’auteur, qui à l’évidence n’a pas changé depuis la survenance des conséquences nouvelles, a pu être appréciée par le juge, le déclenchement d’une nouvelle action répressive n’est pas légitime. La Cour de cassation a d’ailleurs eu l’occasion de se prononcer contre la réouverture du procès dans de pareilles circonstances¹⁴²².

669. L’article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7 vise encore les « faits nouvellement révélés » et le « vice fondamental dans la procédure précédente ». Il est vrai que, lorsqu’une décision a été rendue en l’ignorance de certains faits ou en présence d’un vice procédural important, la probabilité qu’elle ne soit pas juste est augmentée. Néanmoins, même dans ces situations, l’existence d’une injustice n’est que supposée, elle n’est pas établie. Or, la réouverture du procès étant *per se* contraire à la sécurité juridique, elle n’est admissible à notre sens que s’il existe de sérieuses raisons de penser qu’elle permettra de corriger une injustice. Cela suppose que le fait nouvellement révélé ou le vice fondamental dévoile que la décision définitive est injuste.

Aussi suggérons-nous que les procédures de réouverture ne soient pas utilisées mécaniquement, au seul regard de l’existence d’un fait nouvellement révélé ou d’un vice fondamental de la procédure, mais après vérification que la décision définitive est entachée d’injustice et que cette injustice peut être effacée grâce à la prise en compte du nouvel élément probatoire ou grâce à la correction du vice procédural. En outre, plus l’atteinte à la sécurité juridique risque d’être importante, plus l’injustice fondant la réouverture du procès devra être grave. Dans ce contrôle de proportionnalité entre l’atteinte à la justice réalisée par

¹⁴²¹ Point 31 du rapport.

¹⁴²² Cass. crim. 8 oct. 1959, précité.

la décision et l'atteinte à la sécurité juridique qui résulterait de la réouverture du procès, la classification des décisions injustes précédemment établie nous servira de guide.

Tour à tour, nous étudierons le cas de l'injustice dévoilée par des faits nouvellement révélés (A), puis l'hypothèse plus rare de l'injustice découlant d'un vice fondamental dans la procédure (B).

A. L'injustice dévoilée par des faits nouvellement révélés

670. Avant d'envisager la réouverture du procès en raison de faits nouvellement révélés, une précision terminologique sur le sens des termes « *faits nouvellement révélés* » s'impose. Le rapport explicatif relatif au Protocole n° 7 n'est guère riche d'enseignement, puisqu'il précise simplement que « [L]'expression „des faits nouveaux ou nouvellement révélés“ englobe tous les moyens de preuve relatifs à des faits préexistants ». Toutefois, il semble qu'il faille distinguer le fait nouvellement révélé de la simple preuve nouvelle¹⁴²³. L'un comme l'autre fournissent certes un élément probatoire nouveau. Mais en ce qui concerne le fait nouvellement révélé, le nouvel élément probatoire est relatif à un fait qui n'a nullement été pris en considération par la juridiction lors de la première action répressive. La preuve nouvelle porte quant à elle sur un fait qui a été envisagé par le juge de la première action répressive. Elle se contente de donner sur ce fait un éclairage nouveau.

Pour illustrer la distinction, reprenons l'exemple du braquage de banque suivie de la fuite sans permis de conduire¹⁴²⁴. Si nous raisonnons par ensemble infractionnel plutôt que par fait matériel susceptible de constituer une infraction, nous retenons que la conduite illégale s'inscrit dans le même ensemble infractionnel que le vol à main armée¹⁴²⁵.

Supposons, dans un premier temps, que l'enquête à propos du braquage n'ait pas permis d'identifier l'auteur et que la juridiction qui a eu à connaître de la conduite sans permis de conduire ignorait que l'individu qu'elle jugeait était l'auteur du braquage. Posons également qu'il apparaisse ultérieurement un élément probatoire permettant de soupçonner l'auteur de l'infraction au Code de la route d'avoir commis le vol à main armée. Le braquage n'ayant

¹⁴²³ En ce sens Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 22 et s.

¹⁴²⁴ Voir *supra*, p. 501.

¹⁴²⁵ Voir *supra*, p. 507.

nullement été pris en considération lors de la première action répressive, il doit être considéré comme un fait nouvellement révélé¹⁴²⁶.

Dans un second temps, nous allons modifier les données de l'exemple pour illustrer l'hypothèse de la simple nouvelle preuve. Il faut supposer pour cela que l'individu a été soupçonné d'avoir braqué la banque dès la première action répressive, mais que son implication dans cette infraction n'avait pas pu être établie de sorte qu'il a été condamné pour la seule infraction au Code de la route. Si une personne prétend par la suite qu'elle a vu cet individu remettre son arme, l'habit masquant son visage et l'argent dérobé à un complice avant de s'enfuir en voiture, il faudra analyser ce nouvel élément probatoire en une simple preuve nouvelle puisqu'elle porte sur un fait – le braquage – qui a déjà fait l'objet du débat judiciaire.

671. Cette distinction est utile car l'admission de la réouverture du procès pour la seule raison que de nouvelles preuves sont invoquées est une source particulièrement dangereuse d'insécurité juridique. Ainsi l'héroïne du roman de Mauriac, Thérèse Desqueyroux, qui avait tenté d'empoisonner son mari puis bénéficié d'une décision de non-lieu suite à un témoignage de ce dernier la disculpant, vécut-elle sous la menace permanente d'une dénonciation soudaine. Cet extrait d'une conversation entre Thérèse et son mari l'illustre :

[Le mari :] « *Moi, je vous tiens, comprenez-vous ? Vous obéirez aux décisions arrêtées en famille, sinon...*

– *Sinon quoi ?*

Elle ne songeait plus à feindre l'indifférence ; elle prenait un ton de bravade et de moquerie ; elle criait :

« Trop tard ! Vous avez témoigné en ma faveur ; vous ne pouvez plus vous déjuger. Vous seriez convaincu de faux témoignage...

– *On peut toujours découvrir un fait nouveau. Je la détiens dans mon secrétaire, cette preuve inédite. Il n'y a pas prescription, Dieu merci ! »*

¹⁴²⁶ Si l'on raisonnait en termes de fait matériel susceptible de constituer une infraction pénale, il faudrait simplement considérer que le braquage est un fait matériel distinct de la fuite en voiture sans permis de conduire.

Elle tressaillit, demanda :

« Que voulez-vous de moi ? » (...)

« Je ne cède pas à des considérations personnelles. Moi, je m'efface : la famille compte seule. L'intérêt de la famille a toujours dicté toutes mes décisions. J'ai consenti, pour l'honneur de la famille, à tromper la justice de mon pays. Dieu me jugera. (...) Il importe, pour la famille, que tout le monde nous crois unis et qu'à ses yeux, je n'aie pas l'air de mettre en doute votre innocence »¹⁴²⁷.

De plus, même de bonne foi, une partie peut toujours invoquer de nouvelles preuves, bien que celles-ci ne soient pas de nature à modifier la décision. Aussi la réouverture risque-t-elle d'être mise en œuvre sans qu'il en ressorte une décision différente de la première, de sorte que la sécurité juridique a été inutilement troublée. Par contraste, la condition selon laquelle la nouvelle preuve doit porter sur un fait inconnu au moment de la décision apporte une certaine objectivisation dans la mise en œuvre de la réouverture, permettant de conjurer le danger d'une trop grande insécurité juridique. De plus, la qualité probatoire du nouvel élément est supérieure puisque ce dernier est nécessairement accompagné de l'invocation d'un élément de fait.

Certes, la distinction n'est pas toujours facile à mettre en pratique. L'affaire Thibaut qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1954¹⁴²⁸ le montre. Thibaut avait été condamné pour homicide involontaire, puis l'on s'aperçut qu'il avait volontairement mis le feu à la chevelure de sa femme. Deux analyses sont possibles. L'on peut considérer qu'il existe un fait nouveau, consistant dans le fait d'incendier à dessein les cheveux de la victime. Mais l'on peut également considérer que le nouvel élément probatoire porte sur l'élément psychologique de l'infraction, qui a nécessairement été examiné par le juge lors de la première décision, si bien qu'il ne livre aucun fait nouveau au débat¹⁴²⁹. La seconde analyse nous semble plus rigoureuse, dans la mesure où, matériellement, les faits sont restés les mêmes. De surcroît, il est du rôle du juge d'envisager toutes les qualifications juridiques à conférer aux faits matériels qui lui sont soumis, et notamment de s'interroger sur la question

¹⁴²⁷ F. MAURIAC, *Thérèse Desqueyroux*, Paris, B. Grasset, 1927, cité d'après l'édition Livre de poche, 1989, p. 107-108.

¹⁴²⁸ Voir *supra*, p. 212.

¹⁴²⁹ Sur ce point, outre les notes précitées de l'arrêt, voir l'analyse très riche de Ch. GAVALDA, *op. cit.*, n° 31 et s.

de savoir si ces faits ont été commis volontairement ou non¹⁴³⁰. En l'absence d'un tel examen, la justice ne peut s'en prendre qu'à elle-même s'il en résulte une décision injuste. Aussi pouvons-nous préciser la distinction entre le fait nouvellement découvert et la preuve nouvelle en ajoutant que le fait nouvellement découvert doit consister en un fait matériellement distinct des faits examinés lors de la première poursuite. De la sorte, sa mise en œuvre sera plus aisée.

672. Comme l'ignorance d'un fait matériel par le juge est propice à la survenance d'une injustice, le fait nouvellement révélé, s'il ne caractérise pas l'injustice en soi, en est un révélateur pertinent, qui invite à la réouverture du procès.

L'article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7 ne distingue pas selon que ce fait révèle une injustice en défaveur ou en faveur de l'individu. Il permet la réouverture du procès dans les mêmes conditions, que la demande soit formulée par l'individu condamné ou par l'autorité de poursuite. Pourtant, une telle distinction est pertinente. Du reste, elle est retenue par les codes français et allemand de procédure pénale. Ainsi, en France, la réouverture n'est prévue légalement qu'en faveur de l'individu condamné. C'est la révision, réglementée par l'article 622 CPP. En Allemagne, la réouverture est possible dans les deux sens mais, comme nous le verrons, elle est soumise à des conditions plus strictes lorsqu'elle est demandée par la partie poursuivante. Nous pratiquerons également ladite distinction et aborderons d'abord la question de la réouverture du procès à la demande de l'individu (1), puis à la demande de l'autorité de poursuite (2).

1. La réouverture à la demande de l'individu

673. Lorsqu'un individu condamné par une décision définitive demande la réouverture du procès, c'est qu'il considère que la décision comporte une injustice en sa défaveur – nous écartons l'hypothèse d'école dans laquelle un individu souhaiterait être condamné plus sévèrement qu'il ne l'a été. Naturellement, sa demande met en péril sa propre sécurité juridique, puisqu'elle tend à provoquer la reprise d'une enquête et le changement de la situation juridique issue de la décision définitive. Mais si d'ordinaire, l'exigence de protection de la sécurité juridique individuelle s'oppose à la réouverture des procès, l'on ne saurait prendre cet argument en considération dans l'hypothèse qui nous occupe. En effet, avant de formuler sa demande de réouverture du procès, l'individu aura certainement évalué ce qui, de

¹⁴³⁰ En ce sens notamment H. DONNEDIEU DE VABRES, Cass. crim. 27 janv. 1949, *D.* 1949, J., p. 514 et s. et L. HUGUENEY, note sous Cass. crim. 25 mars 1954, *D.* 1955, J., p. 318.

l'injustice de la décision ou de la pénibilité de la réouverture du procès, lui est le plus insupportable. Or, nul ne peut trancher cette délicate question mieux que lui. Du reste, le respect de la dignité de l'individu implique son droit à l'autodétermination¹⁴³¹. L'on ne saurait donc arguer de la nécessité de protéger sa propre sécurité juridique pour lui opposer un refus de réouverture du procès. La sécurité juridique individuelle ayant vocation à protéger l'individu, il convient de l'écarter dès lors qu'elle lui serait préjudiciable.

Cependant, il demeure essentiel de tenir compte de la sécurité juridique collective, qui serait certainement en danger si les condamnés pouvaient trop facilement demander la réouverture du procès dès lors que leur condamnation leur paraît injuste. Il faut donc concilier deux exigences antagoniques : la justice de la décision répressive, revendiquée par l'individu condamné, et la sécurité juridique à laquelle aspire la collectivité.

674. Dans des développements précédents, nous avons vu que l'injustice est d'autant plus grave qu'elle est réalisée en défaveur de l'individu concerné par la décision définitive¹⁴³². Du reste, notre justice ne devrait jamais prononcer de condamnations pesant sur l'individu davantage qu'il n'est dû. La préférence doit donc aller à une large possibilité de réouverture. Par conséquent, pour résoudre l'antagonisme entre les exigences de justice et de sécurité juridique dans cette hypothèse, nous suggérons de partir du principe que la réouverture est possible, en nuanciant le propos par l'introduction d'un contrôle de proportionnalité permettant la prise en considération de l'exigence de sécurité juridique. Ainsi, la réouverture pour cause d'injustice devrait être exclue dès lors qu'elle est susceptible de causer une insécurité juridique disproportionnée par rapport au but poursuivi, qui est la correction de la prétendue injustice.

La technique du contrôle de proportionnalité, que la Cour européenne des droits de l'homme pratique couramment pour l'application des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention, pourrait guider la mise en œuvre de l'article 4 du Protocole n° 7 – plus précisément celle de son alinéa 2. Mais cela suppose que le juge dispose de critères permettant de trancher qu'une demande de réouverture est disproportionnée. A cette fin, la gravité de l'injustice de la décision¹⁴³³ et la qualité de l'élément probatoire nouveau¹⁴³⁴ vont s'avérer utiles.

¹⁴³¹ Voir *supra*, p. 374.

¹⁴³² Voir *supra*, p. 520.

¹⁴³³ Voir *supra*, p. 524.

¹⁴³⁴ Voir *supra*, p. 533.

En ce qui concerne l'injustice que nous avons qualifiée de très grave, telle la condamnation d'un innocent, elle devrait permettre la réouverture du procès à la seule condition qu'il soit apporté une nouvelle preuve susceptible d'établir l'innocence de l'individu. L'existence d'un fait nouvellement révélé ne devrait pas nécessairement être requise.

En revanche, pour l'injustice que nous avons qualifiée de moyennement grave¹⁴³⁵, une protection plus importante de la sécurité juridique pourra être exigée, par la condition que l'élément probatoire nouveau porte sur un fait qui n'a pas été envisagé lors de la première action répressive.

675. Les dispositions des droits allemand et français relatives à la réouverture du procès s'inscrivent assez aisément dans cette logique.

En Allemagne, la réouverture du procès est réglementée au paragraphe 359 StPO. Plusieurs hypothèses d'admissibilité de la réouverture sont énumérées, dont l'une, figurant au point 5, est relative à la survenance d'un nouvel élément probatoire :

« La réouverture d'une procédure achevée par un jugement définitif en faveur du condamné est recevable (...) »

5. lorsque des faits nouveaux ou des preuves nouvelles sont apportés qui, seuls ou en combinaison avec les preuves auparavant recueillies, sont susceptibles de fonder la relaxe du mis en cause ou une punition plus légère en application d'une loi pénale plus douce (...) ».

On le voit, la loi allemande ne propose pas de régime différent selon que des faits nouvellement révélés ou des preuves nouvelles sont apportés. Elle rejoint en cela l'article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7, de sorte que le contrôle de proportionnalité que nous proposons d'introduire ne perturbe pas la logique légale allemande.

676. En France, la compatibilité de nos propositions avec la logique du droit interne paraît au premier abord moins évidente. L'article 622 du Code de procédure pénale dispose :

¹⁴³⁵ Dans notre classification, l'exemple donné était celui de l'individu condamné pour vol par effraction alors qu'il n'était aucunement responsable de l'effraction (voir *supra*, p. 525).

« La révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit lorsque :

1. *Après une condamnation pour homicide, sont représentées des pièces propres à faire naître de suffisants indices sur l'existence de la prétendue victime de l'homicide*
2. *Après une condamnation pour crime ou délit, un nouvel arrêt ou jugement a condamné pour le même fait un autre accusé ou prévenu et que, les deux condamnations ne pouvant se concilier, leur contradiction est la preuve de l'innocence de l'un ou de l'autre condamné*
3. (...) ¹⁴³⁶
4. *Après une condamnation, vient à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné*

En comparaison avec les possibilités de réouverture que nous proposons, cette disposition paraît plus sévère envers l'individu qui se prétend injustement condamné. Il semble en effet que la réouverture sur simple preuve nouvelle soit exclue puisque, pour chacun des cas envisagés, l'existence d'un véritable fait nouvellement révélé est requise. C'est le cas du numéro 1, qui prévoit la réouverture au profit d'un condamné pour homicide dans la situation très particulière où la prétendue victime de l'homicide se révèle être vivante. Il en va de même pour le numéro 2, qui vise l'hypothèse dans laquelle deux personnes ont été condamnées comme auteur de la même infraction, le caractère inconciliable des deux décisions étant la preuve de l'innocence de l'une des deux personnes. Dans cette hypothèse, l'élément probatoire nouveau ne porte pas directement sur le déroulement des faits délictueux ayant donné lieu à la première décision, mais il constitue bien un fait matériellement distinct des faits examinés lors de la première poursuite¹⁴³⁷. Quant au numéro 4, sa lettre semble requérir l'existence d'un fait nouvellement découvert, puisque le législateur n'a pas expressément mentionné le cas de la survenance d'une nouvelle preuve, comme il l'a fait pour le cas dans lequel la procédure est arrêtée par une ordonnance de non-lieu¹⁴³⁸. Il a ici pris la précaution

¹⁴³⁶ Nous reviendrons plus loin sur ce point qui ne concerne pas directement l'apparition d'un nouvel élément probatoire, voir *infra*, p. 546.

¹⁴³⁷ Voir notre définition *supra*, p. 536.

¹⁴³⁸ L'art. 188 CPP prévoit que « [l]a personne mise en examen à l'égard de laquelle le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre ne peut plus être recherchée à l'occasion du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges », c'est nous qui soulignons.

d'exiger la survenance d'un « *fait nouveau* » ou d'un « *élément inconnu de la juridiction au jour du procès* ».

677. Cependant, pour l'application du numéro 4 de l'article 622, qui couvre un champ très large d'hypothèses puisqu'il est applicable à toute condamnation pour crime ou délit, la jurisprudence se contente de simples preuves nouvelles, à la condition que celles-ci soient corroborées par des éléments de fait¹⁴³⁹. Ainsi la jurisprudence n'interprète pas l'exigence d'apparition d'un « *fait nouveau* » ou d'un « *élément inconnu de la juridiction au jour du procès* » de façon à conditionner la réouverture à l'existence d'un fait matériellement distinct des faits examinés lors de la première poursuite. En somme, elle se réserve une marge lui permettant, selon la gravité de l'injustice alléguée dans la demande de réouverture, d'être plus ou moins exigeante vis-à-vis de la qualité et de l'intensité de l'élément probatoire nouveau.

De surcroît, la Cour de cassation contrôle avec grand soin que la condition de l'article 622 selon laquelle le fait nouvellement révélé doit être « *de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné* »¹⁴⁴⁰ est remplie. Cette démarche témoignant de la préoccupation de la Haute juridiction de ne pas sacrifier complètement la sécurité juridique, doit être approuvée. En effet, dans les hypothèses où la preuve nouvelle n'est pas en mesure de corriger une injustice, l'atteinte à la sécurité juridique par le biais de la réouverture serait disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Ainsi, au regard du droit français également, le contrôle de proportionnalité de l'atteinte à l'exigence de sécurité juridique provoquée par la réouverture fondée sur l'exigence de justice, dont nous suggérons la mise en œuvre, est respectueux de la logique du droit interne.

Il convient à présent d'envisager la réouverture à la demande de l'autorité de poursuite.

2. La réouverture à la demande de l'autorité de poursuite

678. Lorsque la réouverture du procès est demandée par l'autorité de poursuite, l'antagonisme entre les exigences de sécurité juridique et de justice se pose avec une plus grande acuité. En effet, dans cette hypothèse, l'injustice alléguée est à la faveur de l'individu qui a fait l'objet de

¹⁴³⁹ Cass. Crim. 9 nov. 1955, Bull. crim. n° 474 ; 24 fév. 1982, Bull. crim. n° 56 ; 9 mai 1994, Bull. crim. n° 176.

¹⁴⁴⁰ Cass. crim. 13 janv. 1981, Bull. crim. n° 21 ; 26 janv. 1994, Bull. crim. n° 37 ; 21 mars 1994, Bull. crim. n° 107 ; 26 janv. 2000, Bull. crim. n° 47 ; 20 nov. 2002, Bull. crim. n° 209 ; Crim. (révis.) 21 oct. 1976, Bull. crim. n° 297 ; 16 déc. 2002, Bull. crim. n° 226.

la décision définitive¹⁴⁴¹, de sorte que la sécurité juridique s'oppose tant dans son aspect protecteur de l'individu que de la paix sociale à la reprise d'une enquête à l'encontre de cet individu et à la remise en cause de la décision définitive.

Nous avons expliqué précédemment combien la sécurité juridique individuelle est importante pour la protection de l'individu. Rappelons simplement qu'elle a justifié la consécration de la règle *ne bis in idem* en tant que droit de l'homme¹⁴⁴². Ainsi, dès lors que la sécurité juridique individuelle exige, en accord avec la sécurité juridique collective, qu'une décision répressive définitive ne puisse plus être remise en question par l'exercice d'une nouvelle procédure pour les mêmes faits, la marge disponible pour la réouverture du procès paraît bien étroite. De surcroît, nous avons observé à quel point la justice est un objectif difficile à atteindre¹⁴⁴³. Or, la tentative de correction d'une décision définitive injuste suppose que l'on étudie de nouveau l'affaire, c'est-à-dire que l'on remette en cause cette décision. Cela signifie que l'exigence de sécurité juridique est *nécessairement* sacrifiée pour *peut-être* corriger une injustice¹⁴⁴⁴. Cette considération explique que la Cour constitutionnelle fédérale allemande, après avoir rappelé que les exigences de sécurité juridique et de justice relèvent l'une comme l'autre du principe de l'Etat de droit, tranche le conflit profit de la première : « [l]a paix juridique (*Rechtsfrieden*) et la sécurité juridique (*Rechtssicherheit*) sont de signification tellement centrale pour l'Etat de droit que l'existence potentielle de décisions particulières injustes doit leur être sacrifiée »¹⁴⁴⁵. Sa position est pleinement approuvée par la doctrine, qui insiste à cet égard sur le poids déterminant de l'aspect individuel de la sécurité juridique¹⁴⁴⁶. Du reste, de nombreux auteurs suggèrent que l'exigence de sécurité juridique prime celle de justice¹⁴⁴⁷, solution dont

¹⁴⁴¹ En théorie, la partie poursuivante peut également demander la réouverture en faveur de l'individu condamné. Mais dans ce cas, l'individu se joindra vraisemblablement à cette demande, de sorte que les solutions dégagées dans les développements précédents s'appliquent. Nous écartons l'hypothèse d'école dans laquelle la partie poursuivante souhaiterait la réouverture du procès en faveur de l'individu condamné mais où ce dernier s'y opposerait.

¹⁴⁴² Voir *supra*, p. 121.

¹⁴⁴³ Voir *supra*, p. 526

¹⁴⁴⁴ H. RADTKE, *op. cit.*, p. 42-43.

¹⁴⁴⁵ Décision du 1.7.1953, 1 BvL 23/51, *BVerfGE* vol. 2, n° 29, p. 380 et s., spéc. p. 403. Notons bien que la sécurité juridique évoquée par la Cour constitutionnelle allemande dépasse la seule sécurité juridique collective, elle comprend également la sécurité juridique individuelle (voir en ce sens les termes de la décision du 19.12.1961, 2BvL 6/59, *BVerfGE* vol. 13, n° 26, p. 261, spéc. 271 : « La sécurité juridique fait partie des éléments essentiels de l'Etat de droit. *Le citoyen* doit pouvoir prévoir les éventuelles atteintes de l'Etat à son encontre et s'y préparer en conséquence », c'est nous qui soulignons). *Contra* : décision du 18.12.1953, 1BvR 230/51 ; *BVerfGE*, vol. 3, n° 16, p. 248-255, spéc. 253-254 (il s'agissait d'un jugement rendu par ordonnance pénale, c'est-à-dire sans audience).

¹⁴⁴⁶ G. DÜRIG, *op. cit.*, n° 124 ; G. NOLTE, *op. cit.*, n° 178 ; H. RADTKE, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁴⁷ Voir notamment J. ORTOLAN, *op. cit.*, n° 1777 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1477 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 664 ; A. v. KRIES, *Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, Freiburg i. B., von Mohr, 1892, p. 593-595 ; R. BOMMER, *Die Rechtskraft des Strafbefehls*, Bruchsal, D. Werber, 1901, p.

ils expliquent qu'elle est fondatrice de la règle *ne bis in idem*. Dans les systèmes juridiques de *common law*, la portée de cette solution est plus importante encore puisque l'appel de la partie poursuivante est exclu en cas de relaxe ou d'acquittement en première instance, précisément au nom de la règle *ne bis in idem*¹⁴⁴⁸.

679. Cependant, en tant qu'objectif primordial de la justice répressive, l'exigence de justice peut difficilement être complètement écartée. La relaxe d'un coupable, si elle est de loin moins insupportable que la condamnation d'un innocent, demeure malgré tout insatisfaisante. Aussi ne faut-il pas nécessairement, si une occasion de corriger une telle injustice se présente, l'exclure par principe. Du reste, lorsqu'elle est motivée par l'exigence de justice, la réouverture n'est pas contraire à la dignité humaine¹⁴⁴⁹.

De toutes les manières, la protection de la sécurité juridique de l'individu au point d'interdire toute réouverture du procès semble être difficile à imposer. En France, par exemple, le Code de procédure pénale ne prévoit pas la révision du procès à l'encontre de la personne condamnée¹⁴⁵⁰. La loi pénale étant d'interprétation stricte, il faudrait en déduire que la réouverture en défaveur d'un individu définitivement jugé est exclue¹⁴⁵¹. Mais la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que l'apparition d'un nouvel élément probatoire permettant d'appliquer aux faits une qualification juridique différente de celle qui a été retenue par la décision définitive, justifie qu'une nouvelle action répressive soit engagée. Dans les arrêts Thibaut et Laurent¹⁴⁵², la Haute juridiction a validé la poursuite pour homicide volontaire d'individus qui avaient déjà été condamnés pour homicide involontaire pour les mêmes faits – entre temps, de nouveaux éléments dévoilant le caractère intentionnel de leur acte étaient apparus. Pour cela, la Cour de cassation a retenu que l'interdiction de reprendre les poursuites pour les mêmes faits ne s'appliquait pas en l'absence d'identité de qualification juridique invoquée dans les deux poursuites. Or, les qualifications d'homicide volontaire et

32-33; R. KIMMEL, *Der Grundsatz « ne bis in idem », seine Rechtsnatur und sein Geltungsgebiet im Strafverfahren*, Breslau, Schles. Volkszeitung, 1926, p. 11-13 ; H. PETERS, *Ne bis in idem bei Urteilen über fortgesetzte und Kollektivdelikte*, Coburg, Tagesblatt-Haus, 1936, p. 14-15 ; P. DEML, *Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens*, op. cit., 1979, p. 42 et s. ; P. GANTZER, *Die Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse und Verfügungen*, Thèse Munich, 1967, p. 66.

¹⁴⁴⁸ Pour le droit anglais, voir R. WARD et O. M. DAVIES, *The Criminal Justice Act 2003*, Jordans, 2004, chapitre 7, p. 147 et s. ; pour le droit des Etats-Unis d'Amérique, voir W. R. LAFAYE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, *Criminal Procedure*, West Group, Hornbook Series, 3^{ème} éd., 2000, § 25.3 (p. 1181).

¹⁴⁴⁹ Voir *supra*, p. 461 et s. et p. 518.

¹⁴⁵⁰ L'article 622 CPP prévoit que la révision peut être demandée « au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit (...) ».

¹⁴⁵¹ En ce sens, L. HUGUENEY, note sous CA Amiens, 12 juil. 1954, *D.* 1955, J., p. 317 ; F. CHAPAR, note sous Cass. crim. 19 mai 1983, *D.* 1984, J., p. 51.

¹⁴⁵² Voir *supra*, p. 212.

d'homicide involontaire divergent assurément, si bien que la réouverture a été admise. On le voit, l'absence de possibilité légale de reprendre le procès en cas de découverte de nouvelles preuves est contournée¹⁴⁵³.

680. Pour résoudre l'antagonisme entre les exigences de sécurité juridique et de justice dans cette hypothèse, il conviendra de partir, à l'inverse de l'hypothèse de la demande de réouverture par l'individu, du principe que la sécurité juridique interdit la reprise du procès. Cependant, en cas d'injustice particulièrement grave, qu'un fait nouvellement révélé vient dénoncer, une exception pourra être ménagée à l'interdiction. En d'autres termes, lorsque l'analyse montre que la mise en œuvre de l'exigence de sécurité juridique serait disproportionnée par rapport au but poursuivi, il conviendra de laisser une place à la réouverture du procès. Dans cette appréciation, l'on gardera à l'esprit que l'objectif de la préservation de la sécurité juridique collective consiste en la préservation de la paix sociale¹⁴⁵⁴, laquelle est également troublée par le maintien d'une décision gravement injuste.

Nous avons retenu, dans notre classification des décisions injustes, qu'une injustice en la défaveur d'un individu pouvait être considérée comme grave à la condition que la disproportion entre la décision rendue et la décision juste dans l'absolu soit de très grande ampleur. Nous avons donné comme exemple d'une telle disproportion l'acquittement d'un individu bien que celui-ci soit en vérité coupable. A cette condition de gravité, il faut ajouter celle de la survenance d'un fait nouvellement révélé, moins propice à l'insécurité juridique que l'existence d'une simple preuve nouvelle.

Si nous reprenons l'affaire Thibaut¹⁴⁵⁵ à l'aune de ces critères, nous aboutissons à l'analyse suivante. L'injustice ne consistait pas en l'acquittement d'un coupable, mais en la condamnation d'un individu pour simple homicide involontaire alors qu'il avait volontairement donné la mort à son épouse. La disproportion n'est donc que de moyenne

¹⁴⁵³ Un auteur approuvant la solution de la Cour de cassation dans l'arrêt Thibaut argumente sa position en signalant que certaines législations étrangères permettent la réouverture du procès en défaveur de l'individu : P. BOUZAT, « A propos de l'article de M. Gassin „Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain », RSC 1964, p. 359-361 : « *Nous avons contre nous la doctrine, la jurisprudence récente et le Code de procédure pénale ! Seul contre tous... !! Sans doute ! Mais (...) n'oublions pas (...) que si dans une matière très voisine, celle de la révision pour erreur de fait, le droit français, probablement toujours sous l'influence de cette conception pseudo-libérale et anti-scientifique du procès-duel, décide que l'erreur commise à l'avantage de l'individu qui a bénéficié d'un acquittement immérité est irréparable, certaines législations étrangères et les positivistes décident le contraire* ».

¹⁴⁵⁴ Voir *supra*, première partie, titre 1.

¹⁴⁵⁵ Il n'est pas nécessaire de reprendre également l'affaire Laurent (Cass. crim. 19 mai 1983, précité), car elle présente une grande similitude avec l'affaire Thibaut.

ampleur. De plus, les éléments probatoires nouveaux ne visent pas un fait inconnu de la juridiction qui avait statué en premier lieu, mais révèlent uniquement une erreur quant à la psychologie de l'auteur des faits¹⁴⁵⁶. Si l'enquête menée lors de la première poursuite et l'examen des faits par la juridiction avaient été plus approfondis, ils auraient sans doute permis d'établir que l'acte était intentionnel. Nous en déduisons que la sécurité juridique n'aurait pas dû être sacrifiée dans une telle hypothèse.

681. En droit allemand, la réouverture de la procédure après un jugement définitif est admise à certaines conditions énumérées au paragraphe 362 StPO, dont la doctrine estime qu'interprété de façon stricte, il n'est pas incompatible avec la Loi fondamentale¹⁴⁵⁷. Le numéro 4 de cette disposition concerne la réouverture en raison d'un nouvel élément probatoire :

« La réouverture d'une procédure achevée par un jugement définitif en défaveur de la personne mise en cause est recevable (...) »

4. lorsque la personne acquittée livre un aveu crédible devant ou en dehors de la juridiction.

Le souci de ne pas sacrifier l'exigence de sécurité juridique sur l'autel de la justice est présent dans cette disposition sous le terme « *crédible* ». Donnant nécessairement lieu à une appréciation judiciaire, ce dernier terme laisse une importante marge à la juridiction saisie pour refuser la réouverture lorsque l'existence d'un aveu paraît abusivement invoquée. Par ailleurs, le paragraphe 362 StPO n° 4 n'est applicable que dans l'hypothèse où la personne livrant un tel aveu a été acquittée. Cela signifie que la disposition entend corriger l'injustice découlant de l'acquittement d'un coupable, dont nous avons vu qu'elle est d'une gravité certaine en raison de la grande disproportion existant entre la décision rendue et la décision juste dans l'absolu. Par conséquent, cette disposition s'inscrit également sans difficulté dans notre proposition de résolution de l'antagonisme entre la sécurité juridique et la justice.

682. Avant d'achever notre analyse sur la réouverture du procès en cas de survenance d'un fait nouvellement révélé, il convient de revenir sur les dispositions légales qui prévoient la possibilité de reprendre le procès en cas de survenance d'une simple nouvelle charge, malgré

¹⁴⁵⁶ Voir *supra*, p. 535.

¹⁴⁵⁷ H. RÜPING, *op. cit.*, n° 22 ; G. NOLTE, *op. cit.*, n° 221 et s.

l'existence d'une décision définitive. Nous pensons à l'article 188 du Code de procédure pénale, prévoyant que « [l]a personne mise en examen à l'égard de laquelle le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre ne peut plus être recherchée à l'occasion du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges », et aux paragraphes 174 alinéa 2 et 211 StPO, lesquels permettent la reprise de la procédure sur charges nouvelles après un arrêt anticipé décidé par la juridiction saisie¹⁴⁵⁸.

La reprise du procès à la suite de ces décisions d'arrêt anticipé de la procédure ne prend pas l'individu concerné au dépourvu, puisque la possibilité de réouverture sur charges nouvelles est prévue par la loi. En d'autres termes, elle n'est pas attentatoire à la confiance qu'aurait pu avoir l'individu dans le maintien de sa situation juridique. La doctrine allemande qui envisage la règle *ne bis in idem* comme un effet de la protection de la confiance légitime¹⁴⁵⁹ en serait donc réduite à conclure que la reprise du procès dans ces hypothèses est parfaitement admissible. Cependant, nous l'avons vu, la protection de la sécurité juridique individuelle va plus loin¹⁴⁶⁰.

Aussi l'introduction d'un contrôle de proportionnalité de l'atteinte à la sécurité juridique provoquée par la réouverture motivée par l'exigence de justice pourrait-elle s'avérer opportune. En France, la jurisprudence devrait d'abord cesser de considérer que la liste des charges nouvelles énumérées à l'article 189 CPP n'est pas limitative¹⁴⁶¹. Elle pourrait ensuite s'inspirer de la jurisprudence développée à propos de l'article 622 CPP, exigeant que les preuves nouvelles soient corroborées par des éléments de fait. La jurisprudence allemande semble quant à elle exiger, pour la reprise du procès après une décision d'arrêt prise en vertu des paragraphes 174 alinéa 2 et 211 StPO, que les preuves nouvelles apportent des éléments d'une certaine importance¹⁴⁶² – ce qu'il faut approuver.

¹⁴⁵⁸ Dans le cas du paragraphe 174 alinéa 2 StPO, l'arrêt anticipé de la procédure a été décidé par le procureur et a fait l'objet d'un contrôle par le juge en raison de la contestation de la décision du procureur par la partie civile. Dans le cas du paragraphe 211 StPO, le procureur a déclenché l'action publique en saisissant la juridiction compétente mais celle-ci estime qu'il n'y a pas lieu à poursuivre.

¹⁴⁵⁹ Voir *supra*, p. 141.

¹⁴⁶⁰ Voir notamment nos développements sur le risque d'abus du législateur et des autorités de poursuite de la possibilité de reprendre la procédure sur simples charges nouvelles, p. 495.

¹⁴⁶¹ Voir *supra*, p. 281.

¹⁴⁶² Décision de la Cour de justice fédérale du 1^{er} déc. 1922, IV 457/22, *RGSt.*, vol. 57, n° 81, p. 158-159 : le rapport d'un expert ne peut être considéré comme une nouvelle preuve permettant la réouverture que s'il apporte un nouvel élément probatoire d'une importance certaine ; K.-H. SCHMID, « § 174 », n° 7.

Mais l'article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7 additionnel à la Cour européenne des droits de l'homme permet encore la réouverture du procès pour le cas dans lequel un vice fondamental dans la procédure précédente aurait affecté le jugement intervenu.

B. L'injustice découlant d'un vice fondamental dans la procédure

683. Comme la réouverture fondée sur la survenance d'un fait nouvellement révélé, la réouverture motivée par l'existence d'un vice fondamental dans la procédure précédente doit être étudiée à la lumière de l'exigence de justice. En d'autres termes, l'existence d'un tel vice fondamental ne devrait justifier la réouverture du procès que dans la mesure où ce vice a contribué à rendre la décision injuste et où sa correction permet de rétablir la justice.

684. Sur ce point comme sur le précédent, les droits français et allemand distinguent entre la réouverture à l'encontre et la révision en faveur de la personne qui a fait l'objet d'une décision définitive.

En droit français, seule la révision en faveur de la personne est autorisée par la loi. L'article 622 3° CPP permet cette révision dans le cas où « *un des témoins entendus a été, postérieurement à la condamnation, poursuivi et condamné pour faux témoignage contre l'accusé ou le prévenu (...)* ». De plus, l'article 626-1 CPP envisage le réexamen d'une décision pénale « *au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'une infraction* » à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dont il résulte que la condamnation de l'individu a été prononcée en violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Le législateur a conditionné la réouverture à la circonstance que, « *par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la „satisfaction équitable“ allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme* ».

685. Pour sa part, le droit allemand comporte une véritable palette d'hypothèses dans lesquelles la réouverture en faveur de l'individu condamnée est autorisée. Le paragraphe 359 StPO dispose :

« La réouverture d'une procédure achevée par un jugement définitif en faveur du condamné est recevable :

1. *lorsqu'une pièce à charge produite lors de l'audience était fausse ou falsifiée ;*
2. *lorsque le témoin ou l'expert s'est rendu coupable, à propos d'un certificat ou d'une expertise à la charge du condamné, d'une atteinte volontaire ou involontaire aux obligations résultant du serment ou d'une fausse déposition volontaire non couverte par le serment ;*
3. *lorsqu'un juge ou un juré qui s'est rendu coupable d'une violation de ses obligations professionnelles en rapport avec l'affaire a contribué au jugement, dans la mesure où la violation n'a pas été provoquée par le condamné lui-même ;*
4. *lorsque le jugement d'une juridiction civile sur lequel est fondé le jugement pénal est annulé par un autre jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée ;*
5. (...) ¹⁴⁶³
6. *lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles et que le jugement repose sur cette violation.*

Pour toute mise en œuvre de ces dispositions, le juge devra avoir à l'esprit que la sécurité juridique ne doit pas être écartée avec trop de légèreté, et refuser la réouverture lorsque celle-ci est demandée pour la seule raison qu'il existe un vice, sans que le caractère injuste de la décision définitive puisse être vérifié.

686. Mais le droit allemand permet également, à l'inverse du droit français, la réouverture pour vice de la procédure en défaveur de l'individu ayant fait l'objet d'une décision définitive. En effet, le paragraphe 362 StPO dispose :

« La réouverture d'une procédure achevée par un jugement définitif en défaveur de la personne mise en cause est recevable

1. *lorsqu'une pièce à décharge produite lors de l'audience était fausse ou falsifiée ;*
2. *lorsque le témoin ou l'expert s'est rendu coupable, à propos d'un certificat ou d'une expertise à décharge du mis en cause, d'une atteinte volontaire ou involontaire aux obligations résultant du serment ou d'une fausse déposition volontaire non couverte par le serment ;*
3. *lorsqu'un juge ou un juré qui s'est rendu coupable d'une violation de ses obligations professionnelles en rapport avec l'affaire a contribué au jugement ; (...) ¹⁴⁶⁴ ».*

¹⁴⁶³ Le numéro 5 concerne la réouverture pour faits nouveaux ou preuves nouvelles, voir *supra*, p. 538.

Là encore, la mise en œuvre de ce type de disposition devrait toujours être conditionnée par l'existence d'une injustice d'une certaine gravité, que la réouverture du procès doit être en mesure de corriger. Sans cela, l'atteinte à la sécurité juridique serait disproportionnée.

687. Avant de conclure, il convient de mentionner l'arrêt Nikitin contre Russie, rendu le 20 juillet 2004, dans lequel la question de la compatibilité d'une procédure de réouverture avec l'article 4 du Protocole n° 7 était soumise à la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁶⁵.

Soupçonné d'avoir divulgué des informations secrètes relatives aux sous-marins nucléaires russes à une organisation de protection de l'environnement, M. Nikitin fut poursuivi pour trahison contre la Nation. A la suite d'une longue procédure au cours de laquelle de nombreuses voies de recours furent exercées, il fut finalement acquitté par la Cour suprême de la Fédération de Russie. Puis, conformément à la loi russe, le procureur général demanda la réouverture de la procédure, invoquant une mauvaise application de la loi sur les secrets officiels. La Présidence de la Cour suprême rejeta cette requête. M. Nikitin saisit ensuite la Cour constitutionnelle fédérale de Russie, qui invalida la loi russe permettant le recours du procureur général pour inconstitutionnalité et incompatibilité avec l'article 4 du Protocole n° 7. Après avoir expliqué que la réouverture du procès était une mesure qui devait rester exceptionnelle et permettre d'éviter que des jugements erronés subsistent au détriment du principe général d'équité et du principe de protection judiciaire des droits et des libertés fondamentales, elle argumenta que ladite loi n'était pas formulée de façon suffisamment précise pour empêcher son application arbitraire par les tribunaux¹⁴⁶⁶. Par la suite, ladite loi fut abrogée.

La Cour européenne des droits de l'homme, en revanche, considéra que la réouverture prévue par l'ancienne loi russe ne portait pas atteinte à l'article 4 du Protocole 7. Après avoir précisé que le recours par le procureur général entraînait dans le domaine d'application de l'alinéa 2 de l'article 4, les juges européens se contentèrent de souligner que ce recours s'analysait en la réouverture du procès et non pas en une nouvelle procédure, de sorte que la règle *ne bis in idem* n'était pas violée. Elle ne prit aucunement compte de l'argument de M. Nikitin selon lequel le recours était disproportionné et représentait un abus de procédure.

¹⁴⁶⁴ Le § 362 n° 4 concerne la réouverture en cas d'aveu de culpabilité d'une personne relaxée, voir *supra*, p. 544.

¹⁴⁶⁵ Arrêt précité, voir *supra*, note n° 1299.

¹⁴⁶⁶ L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme présente des extraits de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale russe, qui nous ont permis de rapporter son analyse.

S'il est vrai que le recours du procureur général ne tendait pas à l'ouverture d'une nouvelle procédure mais simplement à la réouverture de la procédure ancienne, il est bien évident que l'effet vis-à-vis du justiciable est le même¹⁴⁶⁷. Aussi est-il regrettable que la Cour européenne n'ait pas procédé au contrôle de proportionnalité auquel l'invitait le requérant, et qu'il avait fort pertinemment effectué avant elle la Cour constitutionnelle fédérale de Russie.

688. Après les exceptions au principe d'unicité d'action répressive contre la même personne pour les mêmes faits imposées par l'exigence de justice, il convient d'envisager les exceptions propres à l'application internationale du principe.

¹⁴⁶⁷ Voir *supra*, p. 517.

Section 2 Les exceptions propres à l'application internationale du principe

689. Avant d'entrer dans le cœur de l'étude des exceptions propres à l'application internationale du principe d'unicité d'action répressive, il faut brièvement remarquer que la question de l'admissibilité de la réouverture du procès fondée sur l'exigence de justice peut se poser dans les relations internationales. C'est le cas lorsqu'une nouvelle preuve apparaît dans un autre Etat de l'Union européenne que celui dans lequel la procédure a été engagée à l'origine, ou est découvert par les enquêteurs d'un autre Etat¹⁴⁶⁸.

Dans ce type de situations, il serait préférable que la reprise de la procédure ait lieu dans l'Etat dans lequel elle avait commencé¹⁴⁶⁹. En effet, comme il ne s'agit pas d'une nouvelle procédure mais de la réouverture d'une procédure ancienne, il est plus logique – et sans doute plus facile en pratique – que l'examen des nouvelles preuves s'effectue dans la continuité de ladite procédure, afin notamment qu'elles puissent être appréciées conjointement avec les preuves anciennement rassemblées.

De surcroît, chaque système juridique comprend ses particularités quant aux possibilités de réouverture, si bien que le fait de reprendre le procès dans un autre Etat peut conduire à des incohérences. Par exemple, un système juridique prévoyant la possibilité d'arrêter une procédure sans qu'une importante enquête ait lieu prévoira probablement de larges possibilités de reprise de la procédure en cas de survenance de charges nouvelles. En revanche, un système juridique ne permettant l'arrêt anticipé de la procédure qu'après qu'une enquête détaillée a été menée sera vraisemblablement moins enclin à permettre la réouverture sur charges nouvelles. Ainsi, dans ce cas, si un individu a bénéficié d'une décision d'arrêt de la procédure dans un Etat dont le système juridique relève du premier type, il est logique qu'il puisse faire l'objet d'un complément d'enquête même si un nouvel élément probatoire apparaît dans un Etat dont le système juridique relève du second type. Inversement, l'individu qui a bénéficié d'un arrêt de la procédure après avoir subi une enquête approfondie ne devrait

¹⁴⁶⁸ Voir *supra*, p. 498.

¹⁴⁶⁹ Voir sur ce point la thèse de S. STEIN, *op. cit.*, p. 190 et s. ; Voir également *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, dir. A. Biehler, R. Kniebühler, J. Lelieur-Fischer, S. Stein, préface A. Eser, participation de T. Elholm, C. Gane, O. Lagodny, A.H.J. Lensing, T. Ongena, M. Plachta, D. Spinellis, A. Strandbakken, H. Zeitler, Freiburg im Breisgau, iuscrim, 2003, (ce document peut être consulté sur www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nebisinidem.html), § 10 : « La réouverture (...) est uniquement autorisée dans l'Etat dans lequel l'affaire a reçu une solution définitive », et les explications p. 33-35.

pas pouvoir être facilement repris pour charges nouvelles, mêmes lorsque ces dernières apparaissent dans un Etat permettant largement la réouverture dans cette hypothèse.

690. Mais il existe également des exceptions ne concernant que l'application internationale du principe d'unicité d'action répressive, que nous allons envisager à présent. Il s'agit, d'une part, de l'exception justifiée par la circonstance que la sanction prononcée dans un Etat n'a pas été exécutée (§ 1). D'autre part, le principe de souveraineté nationale des Etats interdit parfois à ces derniers de renoncer à leur pouvoir de répression, même lorsque les faits ont donné lieu à l'ouverture d'une action répressive dans un autre Etat (§ 2).

§ 1 L'inexécution de la sanction

691. Les dispositions consacrant l'application internationale de la règle *ne bis in idem* prévoient généralement, comme condition d'application de la règle lorsque la première action répressive a débouché sur une condamnation, que la sanction prononcée ait été exécutée ou qu'elle ne puisse plus l'être (A). Pourtant, au regard des progrès de l'entraide judiciaire en matière pénale dans l'Union européenne, l'on pourrait envisager que la *condition* d'exécution de la sanction pour l'application de la règle *ne bis in idem* se transforme en une simple *exception* d'inexécution de la sanction, dont la mise en œuvre – entraînant la mise en échec de la règle – serait conditionnée par l'impossibilité de faire exécuter cette sanction par le biais des mesures d'entraide judiciaire (B).

A. La condition d'exécution de la sanction

692. Lorsque la première action répressive engagée dans un Etat pour les faits a débouché sur le prononcé d'une sanction, les textes subordonnent généralement la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* par les autres Etats à l'exécution de cette sanction ou au fait que cette exécution ne puisse plus être juridiquement envisagée.

Ainsi, l'article 692 du Code de procédure pénale français dispose qu'« aucune poursuite ne peut être exécutée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite »¹⁴⁷⁰.

L'article 54 de la Convention de Schengen est plus précis encore, puisqu'il prévoit qu'« une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation ». L'impossibilité d'exécution n'est plus restreinte au cas de la prescription comme en droit français, mais peut encore résulter d'autres circonstances, telles que la survenance d'une amnistie ou d'une grâce. L'article 2 du projet grec de décision-cadre n'apporte aucun changement de fond par rapport à la formule de la Convention de Schengen¹⁴⁷¹.

693. La raison d'être de cette condition, que l'on ne retrouve jamais dans les textes consacrant l'application de la règle *ne bis in idem* au sein d'un Etat, est simplement d'éviter qu'un individu se dérobe à la sanction prononcée contre lui dans le premier Etat en quittant celui-ci¹⁴⁷². En effet, s'il était possible de se prévaloir de la règle *ne bis in idem* dans de telles circonstances, d'aucuns pourraient y voir une incitation à fuir à l'étranger après avoir été condamné dans l'un des Etats internationalement compétent pour réprimer les faits.

Il n'existe pas d'autre justification à cette condition. Ainsi, dès lors que l'exécution de la sanction prononcée à l'étranger peut avoir lieu sans qu'une nouvelle action répressive soit mise en œuvre dans un autre Etat, il n'est plus justifié que l'absence d'exécution de cette fasse obstacle à l'application de la règle *ne bis in idem*. Il apparaît donc qu'il n'est pas pertinent de subordonner l'application internationale de la règle à la condition que la sanction prononcée à l'étranger soit exécutée ou qu'elle ne puisse plus l'être.

¹⁴⁷⁰ L'art. 113-9 CP est formulé dans les mêmes termes.

¹⁴⁷¹ L'art. 2 du projet de décision-cadre dispose : « Toute personne qui a été poursuivie ou définitivement jugée dans un Etat membre en raison d'un acte punissable (...) ne peut plus être poursuivie pour les mêmes actes dans un autre Etat membre dès lors qu'elle a déjà été mise hors de cause ou, en cas de condamnation, que la sanction a été exécutée, est en cours d'exécution ou ne peut plus être exécutée, conformément au droit de l'Etat de l'instance ».

¹⁴⁷² H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, p. 323 : « Est-il admissible qu'un inculpé puisse opposer victorieusement, pour se soustraire à une poursuite, pour éviter une condamnation qu'il a encourue, une sentence à l'exécution de laquelle il s'est frauduleusement soustrait ? » ; voir également A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *op.cit.*, n° 155.

Par conséquent, il serait opportun de renverser la condition d'exécution de la sanction étrangère en une exception d'impossibilité d'exécution de la sanction étrangère. Dans ce système, la règle *ne bis in idem* serait applicable malgré l'inexécution de la sanction étrangère, sauf si cette exécution demeure en pratique impossible.

B. L'exception d'impossibilité d'exécution de la sanction étrangère

694. Aujourd'hui, l'exécution d'une sanction prononcée à l'étranger n'est plus chose impossible. Grâce aux progrès du système de reconnaissance des décisions répressives étrangères, les sanctions prononcées dans un Etat membre peuvent parfois et pourront vraisemblablement de plus en plus facilement être exécutées dans un autre Etat membre¹⁴⁷³.

Ainsi, l'engagement d'une nouvelle action répressive n'est plus la solution unique pour que l'individu condamné dans un Etat subisse la sanction dans un autre Etat de l'Union européenne. Dans la mesure où cela est techniquement possible, il est donc plus judicieux de reconnaître la décision étrangère dans le but d'exécuter la sanction qu'elle inflige plutôt que d'enfreindre le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits. La dignité de l'individu, qui n'a d'ailleurs pas nécessairement quitté l'Etat de condamnation dans le seul but d'échapper à la sanction prononcée contre lui, ne sera que mieux préservée. De surcroît, la justice s'en trouvera rendue de façon plus cohérente sur le territoire de l'Union européenne.

En somme, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives, dont nous avons dit qu'il ne devait pas être considéré comme un préalable à la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* internationale¹⁴⁷⁴, vient ici lui servir de catalyseur.

695. De plus, dans l'hypothèse où l'individu condamné dans un autre Etat cherche véritablement à échapper à la sanction, une autre mesure d'entraide judiciaire, l'extradition – ou la « remise » selon les termes de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen¹⁴⁷⁵ – en

¹⁴⁷³ Voir notamment la décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 fév. 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires (JOCE L 076 du 22 mars 2005, p. 16). Parmi les conventions adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe, voir la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, signée à La Haye le 28 mai 1970 ; la Convention européenne pour la répression des infractions routières signée à Strasbourg le 30 novembre 1964 (art. 8 en particulier).

¹⁴⁷⁴ Voir *supra*, p. 237.

¹⁴⁷⁵ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, JOCE L 190/1 du 18.7.2002.

vue de l'exécution de la sanction peut être envisagée. L'extradition en vue de l'exécution de la sanction constitue en effet la réponse la plus appropriée à l'encontre l'individu qui s'est enfui de l'Etat dans lequel il a été condamné. Mais elle suppose naturellement que ledit Etat formule une demande en ce sens et que les conditions de l'extradition soient remplies.

696. Lorsque la sanction prononcée dans un Etat de l'Union ne peut pas être exécutée dans l'Etat dans lequel se trouve l'individu *et* que l'extradition de ce dernier en vue de l'exécution de la sanction n'est pas possible, il faut certes recourir au prononcé d'une nouvelle sanction dans le second Etat. Dans ces cas, il peut être fait exception au principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits¹⁴⁷⁶. Il est probable qu'au fur et à mesure des progrès en matière de reconnaissance mutuelle des décisions répressives et de remise des personnes en exécution d'un mandat d'arrêt européen, l'exception d'impossibilité d'exécution de la sanction étrangère tombe en désuétude.

L'on peut également mentionner l'hypothèse dans laquelle une sanction aurait été prononcée à l'étranger à l'issue d'une procédure ne respectant pas les droits de la défense¹⁴⁷⁷. Dans ce cas, à la demande de l'individu concerné, il doit être possible d'engager une nouvelle poursuite pour les mêmes faits plutôt que de donner effet à la décision étrangère.

A présent, nous allons envisager une autre catégorie d'exceptions à la mise en œuvre internationale du principe d'unicité d'action répressive, qui ont en commun de viser la protection de la souveraineté des Etats.

¹⁴⁷⁶ En ce sens, voir le *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, précité, § 7 et les explications p. 27-31. Le § 7 dispose : (1) « Lorsque la première décision n'a pas été complètement exécutée et que l'exécution est encore juridiquement permise en vertu du droit du système qui a réglementé la première procédure, une nouvelle poursuite n'est autorisée que si l'exécution est définitivement impossible. (2) L'exécution doit être considérée comme définitivement impossible si (a) la décision ne peut pas être exécutée dans l'Etat de condamnation, en particulier parce que le remise de la personne condamnée à cet Etat en vue de l'exécution de la décision ne peut être réalisée et (b) l'exécution dans un autre Etat ne peut être réalisée par le biais de la reconnaissance de la décision. (3) Néanmoins, s'il est certifié par la suite à l'autorité diligentant la seconde poursuite que la décision a été exécutée ou est en cours d'exécution, la seconde poursuite doit être interrompue ».

¹⁴⁷⁷ A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, n° 154.

§ 2 *La protection de la souveraineté nationale*

697. Les premiers textes internationaux consacrant l'application internationale de la règle *ne bis in idem* dans la Communauté puis l'Union européenne, la Convention de Bruxelles de 1987 reprise ensuite par les articles 54 et suivants de la Convention de Schengen, assortirent la règle d'une série d'exceptions propres à son application internationale. De 1987 à 1990, date de la signature de la Convention de Schengen, le contenu de ces exceptions ne varia pas. Nous pouvons donc raisonner à l'observation du seul article 55 de la Convention de Schengen, permettant aux Etats signataires de faire des déclarations en vue de se réserver le droit de mettre en œuvre lesdites exceptions¹⁴⁷⁸.

Si la reconnaissance de ces exceptions a sans doute été indispensable à ce que les Etats acceptent de s'engager à appliquer la règle *ne bis in idem* dans sa dimension internationale, il faut se rendre compte qu'elles constituent, pour certaines du moins, autant de limitations importantes à la mise en œuvre de la règle. Aussi la question de la suppression des exceptions se pose-t-elle aujourd'hui avec une certaine acuité. Après avoir présenté les exceptions actuellement en vigueur (A), nous allons étudier la question de leur suppression progressive (B).

A. Les exceptions en vigueur

698. Les exceptions en vigueur, contenues dans l'article 55 alinéa 1^{er} de la Convention de Schengen, sont au nombre de trois.

Selon l'article 55 alinéa 1^{er} a), la règle du non cumul des actions répressives peut être mise à l'écart par un Etat « *lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur son propre territoire ; dans ce dernier cas, cette exception ne s'applique cependant pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de [l'Etat] où le jugement a été rendu* ». Par la suite, nous nommerons cette exception « l'exception de territorialité ».

¹⁴⁷⁸ L'art. 55 de la Convention de Schengen dispose : « *Une partie contractante peut, au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la présente Convention, déclarer qu'elle n'est pas liée par l'article 54 dans l'un ou plusieurs des cas suivants (...)* ».

L'exception de territorialité présente un lien direct avec la souveraineté de l'Etat. En effet, la souveraineté, en tant que caractéristique de l'Etat¹⁴⁷⁹, implique que ce dernier soit en mesure d'exercer ses prérogatives de puissance publique sur le territoire national. L'exercice du pouvoir de répression étant un élément prépondérant de ces prérogatives, il s'avère déterminant que l'Etat puisse réprimer ceux qui commettent des infractions sur son territoire. Cela explique que la renonciation à poursuivre des faits déjà jugés dans un Etat étranger trouve ses limites lorsque ces faits ont été commis sur le territoire national.

La détermination des cas dans lesquels les infractions doivent être considérées comme commises sur le territoire d'un Etat pose des difficultés telles qu'il n'est guère possible de les envisager dans cette étude¹⁴⁸⁰. Précisons simplement qu'il n'existe pas d'accord international en vigueur sur la question, de sorte que les Etats déterminent eux-mêmes les contours de leur compétence territoriale. Le risque est alors qu'ils élargissent au maximum cette compétence, la fondant par exemple sur la seule circonstance que l'infraction a eu des effets sur leur territoire. Il en résulte inévitablement l'apparition de conflits positifs de compétence, bien que les différents Etats concernés n'invoquent qu'un seul et même chef de compétence, la compétence territoriale. Le risque de cumul d'actions répressives augmente donc en conséquence.

Ainsi, un conflit de compétence apparaît ne serait-ce que lorsque les faits à l'origine du litige ont été matériellement réalisés en partie dans un Etat et en partie dans un ou plusieurs autres, et qu'il convient au regard du principe d'unicité d'action répressive de les juger dans le cadre d'une procédure unique – situation qui se produit fréquemment quand on raisonne par ensemble infractionnel¹⁴⁸¹. Un tel conflit ne peut être résolu de manière respectueuse du principe d'unicité d'action répressive que si l'un des Etats poursuit l'auteur des faits et les autres Etats acceptent de renoncer à leur droit de punir. Visiblement, la renonciation à ce droit est politiquement plus acceptable lorsqu'un autre Etat exerce lui-même sa compétence répressive territoriale que lorsqu'il agit en vertu d'un autre chef de compétence¹⁴⁸². En effet, les Etats parties à la Convention de Schengen sont parvenus à s'accorder un point : lorsque le

¹⁴⁷⁹ E. MAULIN, « Souveraineté » in *Dictionnaire de la culture juridique*, précité, p. 1434-1439, spéc. p. 1437 et s.

¹⁴⁸⁰ Sur cette question, voir notamment R. KOERING-JOULIN, *L'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction : essai sur le règlement des conflits de lois pénales dans l'espace*, Thèse Strasbourg, 1972. Aujourd'hui, la règle anciennement contenue à l'art. 693 CPP se trouve à l'article 113-2 CP.

¹⁴⁸¹ Voir *supra*, p. 507.

¹⁴⁸² Le plus souvent, il s'agit de la compétence personnelle active ou passive.

jugement a été rendu dans un Etat territorialement compétent, les autres Etats compétents du même chef ne peuvent se prévaloir de l'exception à l'application de la règle *ne bis in idem*.

699. L'article 55 alinéa 1^{er} b) prévoit pour sa part qu'un Etat peut déclarer qu'il n'est pas lié par l'article 54 « *lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une infraction contre la sûreté de l'Etat ou d'autres intérêts également essentiels de [cet Etat]* ». L'article 55 alinéa 2 précise que les Etats qui font des déclarations concernant cette exception doivent préciser « *les catégories d'infractions auxquelles cette exception peut s'appliquer* ».

Là encore, la souveraineté de l'Etat est en cause. En effet, un Etat qui ne pourrait réprimer les personnes qui s'en prennent à sa sûreté ou à ses autres intérêts essentiels perdrait un peu de ses possibilités de se défendre contre les agressions le visant directement. De la sorte, il renoncerait à la souveraineté en tant que marque de sa puissance¹⁴⁸³.

700. Enfin, aux termes de l'article 55 alinéa 1^{er} c), une exception à la règle *ne bis in idem* peut être admise « *lorsque les faits visés par le jugement étranger ont été commis par fonctionnaire de [cet Etat] en violation des obligations de sa charge* ».

Ici, la souveraineté de l'Etat n'est plus directement atteinte. C'est plutôt l'un de ses prolongements, le pouvoir de l'Etat de sanctionner ceux qui sont à son service, les fonctionnaires, lorsqu'ils commettent des infractions en violation de leurs obligations, qui se trouve affecté. Dans ce cadre, l'Etat dispose d'un pouvoir disciplinaire lui permettant d'assurer le bon fonctionnement de ses services et, par là même, sa réputation et son prestige.

701. Il convient de mentionner que l'article 55 alinéa 4 de la Convention de Schengen exige que les Etats fassent preuve d'une certaine cohérence dans la mise en œuvre des exceptions en précisant que ces dernières ne s'appliquent pas lorsque l'Etat concerné « *a, pour les mêmes faits, demandé la poursuite à [l'Etat dans lequel le jugement a été rendu] ou accordé l'extradition de la personne concernée* ». Œuvrer pour la mise en œuvre des poursuites dans un Etat ou permettre que celles-ci aient lieu à l'étranger tout en engageant soi-même des poursuites reviendrait en effet à utiliser – de mauvaise foi – les exceptions pour organiser de toute pièce le cumul d'actions répressives contre la personne concernée par ces mesures.

¹⁴⁸³ E. MAULIN, *op. cit.*, p. 1436.

702. Si les Etats membres de l'Union n'ont pas tous déclaré qu'ils entendaient se prévaloir de ces exceptions ou de certaines d'entre elles¹⁴⁸⁴, il est indubitable que leur existence et l'éventualité de leur application entrave la bonne mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits. Les Etats parties à la Convention de Schengen en étaient d'ailleurs bien conscients, puisqu'ils prirent le soin de prévoir à l'article 55 alinéa 3 de ce texte que les Etats peuvent « *à tout moment, retirer une (...) déclaration relative à l'une ou plusieurs des exceptions* » qu'il ont auparavant formulée.

Aussi la question de la suppression progressive de ces exceptions est-elle déjà posée. Il ne reste qu'à se demander dans quelle mesure ce projet pourra connaître le succès.

B. Vers la suppression progressive de ces exceptions ?

703. La question de la suppression des exceptions à la mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive, qui est de nature éminemment politique, est très sensible. D'une part, la nécessité de ne pas abuser de ces exceptions se fait sentir. L'article 55 alinéa 3 de la Convention de Schengen en témoigne déjà, mais il faut ajouter à cet élément que, dans sa première mouture¹⁴⁸⁵, le projet grec de décision-cadre suggère la suppression de l'exception de territorialité¹⁴⁸⁶. Quant à la Commission européenne, elle considère que « *la „plus value“ de la décision-cadre réside précisément dans la réduction des exceptions* » à la règle *ne bis in idem*¹⁴⁸⁷. D'autre part, certains Etats sont réticents. L'on constate par exemple que la France, dont le droit interne ne prévoit pas l'exception relative aux infractions portant atteinte à la sûreté de l'Etat et à ses intérêts essentiels¹⁴⁸⁸, souhaite pourtant le maintien de cette

¹⁴⁸⁴ Pour la France, la situation est singulière puisque, selon le rapport du sénateur P. Fauchon relatif au projet grec de décision-cadre relative à l'application du principe « *non bis in idem* » (voir le document n° 79 rectifié de la session ordinaire de 2003-2004 du Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 20 nov. 2003, www.senat.fr/leg/ppr03-079.html), « *l'exécutif français a „oublié“ [sic] de transmettre la déclaration en question au depositaire de la Convention (...) de Schengen* ».

¹⁴⁸⁵ Version du 13 fév. 2003, précité, voir *supra*, note n° 1168.

¹⁴⁸⁶ L'exception de territorialité semble avoir ensuite été rétablie dans les débats : voir l'avis du Conseil d'Etat, 29 avr. 2004, Section de l'intérieur, n° 370.136, p. 3.

¹⁴⁸⁷ Voir le rapport du sénateur P. Fauchon, précité ; le rapporteur partage l'avis de la Commission. Voir en ce sens également le *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, précité, qui suggère la suppression totale des exceptions traditionnelles, mais l'adoption en revanche d'une nouvelle exception en son § 9 : (1) « [La règle *ne bis in idem*] *n'est pas applicable lorsque la première procédure a été engagée dans le but de soustraire la personne de sa responsabilité pénale* ». (2) « *Seule la Cour de justice des Communautés européennes peut décider de donner effet à cette disposition si elle est saisie par un Etat membre s'appêtant à engager des poursuites pénales* » (voir les commentaires p. 32-33).

¹⁴⁸⁸ Les articles 692 CPP et 113-9 CP ne sont pas assortis d'une telle exception. En revanche, l'exception de territorialité est en vigueur en France, mais présentée sous une autre forme. Les dispositions précitées figurent, dans le Code de procédure pénale comme dans le Code pénal, dans une partie relative à la poursuite des

exception dans les dispositions internationales¹⁴⁸⁹. Il semble d'ailleurs que l'échec des négociations relatives à l'adoption de la décision-cadre soit en partie dû à la question de la suppression des exceptions¹⁴⁹⁰.

704. De ces trois exceptions, toutes n'ont pas le même impact. L'exception relative aux infractions contre la sûreté de l'Etat ou autres intérêts également essentiels de l'Etat et l'exception relative aux infractions commises par un fonctionnaire de l'Etat couvrent un champ d'application très étroit. La limitation de l'application du principe d'unicité d'action répressive est donc très faible.

En revanche, l'exception de territorialité concerne un domaine bien plus vaste, puisqu'elle s'applique dès lors que l'infraction qui a donné lieu à une décision définitive dans un Etat a été commise sur territoire d'un autre Etat. En d'autres termes, elle peut être invoquée à l'encontre de tout individu qui a déjà été poursuivi et jugé dans un Etat en application d'un autre chef de compétence que la compétence territoriale, notamment la compétence personnelle, active ou passive. L'exception de territorialité représente donc une limitation importante de l'application du principe d'unicité d'action répressive.

705. En France, le Conseil d'Etat a été interrogé sur la question de savoir si le maintien de chacune des trois exceptions répondait à des exigences de nature constitutionnelle. Il s'est prononcé par un avis rendu le 29 avril 2004¹⁴⁹¹.

En ce qui concerne l'exception relative aux infractions portant atteinte à la sûreté et aux autres intérêts essentiels de l'Etat, le Conseil d'Etat s'est montré catégorique. Ces infractions qui font l'objet du titre premier du livre IV du Code pénal – trahison, espionnage, attentat ou complot de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou à la Défense nationale – « *se rattachent aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Par conséquent, « [l]a possibilité pour les juridictions nationales de réprimer ces infractions, malgré l'intervention d'un jugement définitif émanant d'un autre Etat membre de l'Union européenne, doit, pour des motifs

infractions commises hors du territoire de la République, de sorte qu'elles ne sont pas applicables aux hypothèses dans lesquelles une infraction est commise sur le territoire français. Pour une application jurisprudentielle de cette « exception », voir Cass. crim. 3 déc. 1998, Bull. crim. n° 331.

¹⁴⁸⁹ Voir le rapport du sénateur P. Fauchon, précité : « *Notre Gouvernement souhaite également conserver l'ensemble des exceptions au principe du „non bis in idem“ mentionnées à l'article 55 de la Convention (...) de Schengen, y compris celle relative aux „autres intérêts également essentiels“* ».

¹⁴⁹⁰ Voir *supra*, p. 447.

¹⁴⁹¹ Conseil d'Etat, Section de l'intérieur, n° 370.136, 29 avr. 2004.

d'ordre constitutionnel, être maintenue »¹⁴⁹². La renonciation à cette exception par la France est donc exclue.

Cependant, l'exception relative aux infractions commises par les fonctionnaires de l'Etat, le Conseil d'Etat relève que, selon le libellé proposé de la décision-cadre, la règle *ne bis in idem* « est cantonnée aux infractions pénales ». Il en déduit que la règle « ne fait pas obstacle à l'exercice par la puissance publique de poursuites disciplinaires à l'encontre de ses agents ». Dans cette mesure, précise le Conseil, la renonciation à ladite exception ne heurterait aucun principe de valeur constitutionnelle¹⁴⁹³. Ainsi, tant qu'une poursuite disciplinaire de l'agent public reste possible, la règle *ne bis in idem* peut s'appliquer sans exception au cas du fonctionnaire français ayant violé ses obligations qui aurait été définitivement jugé à l'étranger.

Enfin, le Conseil d'Etat s'exprime sur l'exception de territorialité. Après avoir relevé que, « sans doute (...), dans la traduction juridique française, le droit de punir émane du droit de souveraineté et (...) cette souveraineté est elle-même rattachée au territoire national », le Conseil a exploré les possibilités pour l'Etat français de consentir à des dérogations à son droit de poursuivre les individus qui ont commis des infractions sur son territoire. Au regard du quinzième aliéna du Préambule de la Constitution de 1946, lequel permet à la France d'accepter certaines restrictions de sa souveraineté sous réserve de réciprocité, il a estimé que « le principe de la juridiction de l'Etat sur le territoire duquel une infraction pénale a été commise » peut être limité par un décision-cadre prise sur le fondements d'engagement internationaux régulièrement introduits dans l'ordre juridique interne¹⁴⁹⁴.

706. Il faut à présent revenir sur la question de la suppression des exceptions dans le projet de décision-cadre. A notre sens, le maintien des exceptions relatives aux infractions touchant à la sûreté et aux intérêts essentiels de l'Etat et commises par des fonctionnaires de l'Etat en violation des obligations à leur charge n'est pas particulièrement gênant¹⁴⁹⁵. Etant donnée la rareté des cas dans lesquels elles viendraient à être appliquées, mais l'importance que la renonciation à leur application représente pour les Etats – tant symboliquement que juridiquement –, il apparaît que la suppression de ces exceptions ne devrait pas être

¹⁴⁹² *Ibidem.*

¹⁴⁹³ *Ibidem.*

¹⁴⁹⁴ *Ibidem.*

¹⁴⁹⁵ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, p. 314 : « Pour les infractions à sa sûreté et à son crédit, il est légitime que l'Etat ne se remette à aucun autre du soin d'en assurer la répression ».

recherchée à tout prix. Mieux vaut certainement que ces exceptions soient maintenues et qu'une décision-cadre sur la règle *ne bis in idem* voie le jour, plutôt que les négociations échouent.

Il en va autrement de l'exception de territorialité. Cette exception ouvre largement la porte au cumul d'actions répressives pour les mêmes faits puisqu'elle permet ce cumul à chaque fois qu'une première poursuite a été engagée en application d'un chef de compétence qui n'est pas la compétence territoriale. De plus, au regard de l'exemple du droit français du moins, elle n'apparaît pas comme absolument incontournable, puisque le principe de souveraineté semble s'accommoder de certaines dérogations. D'autres Etats devront peut-être procéder à une révision constitutionnelle pour la cause. Mais comme il s'agit finalement du respect de la dignité du justiciable, ladite cause en vaut certainement la peine. Comme le précisait Donnedieu de Vabres dès 1928 : « [l]e sacrifice que l'égoïsme national impose à l'intérêt universel de la défense sociale choque moins violemment les masses qu'une violation flagrante du droit individuel. Et le législateur subit nécessairement l'influence de ces tendances de l'opinion »¹⁴⁹⁶.

707. Toutefois, le problème des conflits positifs de compétence demeure bien réel. Si l'application sans restriction de la règle *ne bis in idem* entre les Etats de l'Union européenne permet que la conséquence la plus grave de ces conflits, le cumul de répression, soit évité, il reste peu satisfaisant que l'Etat dont les autorités répressives se sont saisies les premières des faits délictueux soit celui qui se charge de leur répression. Le manque de règles de conflit de compétence en matière pénale reste cruel.

Ici encore, le rôle préventif des cumuls de répression attribué au principe d'unicité d'action répressive doit être rappelé. En tant que principe de droit objectif dominant le procès européen, le principe d'unicité d'action répressive doit conduire à l'adoption de règles de conflit de compétences permettant de déterminer la juridiction la mieux à même de traiter l'affaire. Aussi l'Union européenne devrait-elle se saisir de ce projet ambitieux¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁶ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, p. 307.

¹⁴⁹⁷ La Commission européenne œuvre actuellement en ce sens, voir *supra*, p. 447. Pour des propositions concrètes sur l'adoption de règles de compétence, voir T. VANDER BEKEN, G. VERMEULEN, S. STEVERLYNCK, S. THOMAES, *Finding the best place for prosecution. European study on jurisdiction criteria*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2002 ; O. LAGODNY, *Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgehaltskonflikte vorzusehen ?*, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin, Mars 2001 ; Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, précité, section 1 : « conflits de juridictions ».

Dans ce contexte, la compétence territoriale devrait certainement se voir accorder une place prépondérante par rapport aux compétences personnelles active et passive. En effet, si la circonstance que les faits ont été commis sur le territoire d'un Etat a justifié qu'une exception à l'article 54 de la Convention de Schengen soit permise, c'est que le critère de la territorialité est d'importance primordiale pour les Etats. De fait et par contraste, les Etats européens ont accepté de renoncer à l'exercice leur compétence personnelle pour éviter le cumul d'actions répressives pour les mêmes faits. En somme, l'abandon de l'exception de territorialité pourrait utilement être compensé par l'octroi d'une priorité de principe à l'Etat territorialement compétent.

Conclusion du chapitre

708. En fait d'exceptions à l'application du principe d'unicité d'action répressive, nous retiendrons les deux points suivants. Les unes, imposées par l'exigence de justice et acceptables dans la stricte mesure où leur mise en œuvre ne provoque qu'une atteinte proportionnée à l'exigence de sécurité juridique, entraînent la réouverture du procès. Les autres, qui apparaissent uniquement dans le contexte international, découlent soit de la nécessité d'empêcher un individu de se soustraire à l'exécution d'une peine en fuyant à l'étranger, soit de la nécessité de préserver certaines prérogatives des Etats liées à leur souveraineté, telle la possibilité de réprimer des atteintes à leur sûreté ou leurs intérêts essentiels. Elles ont pour conséquence qu'une nouvelle action répressive – et non une simple réouverture du premier procès – peut avoir lieu dans un Etat de l'Union européenne différent de celui dans lequel la première action répressive a été engagée.

709. Lorsque l'application du principe d'unicité d'action répressive est mise à l'écart, il faut s'attendre à ce que la question du cumul des sanctions résultant des différentes actions engagées resurgisse. Toutefois, cela ne vaut pas en ce qui concerne la première série d'exceptions. En effet, les exceptions entraînant la réouverture du procès pour cause de décision injuste ne risquent pas de déboucher sur un cumul de sanctions puisque, par la réouverture du procès, la décision définitive est annulée et remplacée par celle qui sera rendue après le nouvel examen judiciaire. En revanche, les exceptions propres à l'application internationale de la règle donnent lieu à une véritable nouvelle poursuite pour les mêmes faits, de sorte qu'un cumul des sanctions risque de se poser. Or, ce cumul risque à son tour d'enfreindre le principe de proportionnalité des peines.

Sur ce point, l'article 56 de la Convention de Schengen prévoit judicieusement l'imputation de toute sanction déjà subie sur la nouvelle sanction : *« si une nouvelle poursuite est intentée par [un Etat membre] contre une personne qui a été définitivement jugée pour les mêmes faits par [un autre Etat membre], toute période de privation de liberté subie sur le territoire de [ce dernier] en raison de ces faits doit être déduite de la sanction qui sera éventuellement prononcée. Il sera également tenu compte, dans la mesure où les législations nationales le*

permettent, des sanctions autres que celles privatives de liberté qui ont déjà été subies ». Le projet grec de décision-cadre prévoit une disposition tout à fait comparable¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁸ Art. 5 : « *Si de nouvelles poursuites pénales sont engagées dans un Etat membre contre une personne ayant été définitivement jugée pour les mêmes actes dans un autre Etat membre, toute période de privation de liberté subie ou amende infligée dans ce dernier Etat en raison de ces actes doit être déduite de la sanction qui sera éventuellement imposée. Il sera également tenu compte, dans la mesure où le droit national le permet, des sanctions, autres que celles privatives de liberté, qui ont déjà été subies ou ont été prononcées dans le cadre d'une procédure administrative* ».

Conclusion du titre

710. A l'aune du fondement de la dignité humaine et au regard des fonctions, la protection de la sécurité juridique individuelle et collective, les contours du principe d'unicité d'action répressive ont pu être définis.

Tant que le fondement du principe l'exige, l'unicité d'action répressive s'applique. Cette application ne s'arrête ni aux limites du droit pénal tel que défini par les droits internes, ni aux frontières internes de l'Union européenne, ni lorsqu'un ordre juridique supranational se superpose aux ordres juridiques nationaux. Ainsi, le principe d'unicité d'action répressive s'applique dans le champ de la matière pénale défini selon les critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'applique dans l'Union européenne, entre les Etats membres et entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique supranational. Seules les exceptions à l'application internationale du principe dont la suppression risquerait de faire échouer les négociations en vue de l'adoption d'une décision-cadre sur la règle *ne bis in idem* peuvent être maintenues. Il s'agit en particulier de l'exception permettant à un Etat de poursuivre les infractions portant atteinte à sa sûreté et à ses intérêts essentiels bien que leur auteur ait déjà fait l'objet d'une décision définitive pour ces faits.

En revanche, lorsque la dignité humaine ne l'exige plus, le principe d'unicité d'action répressive ne s'applique plus *nécessairement*. Cela ne signifie pas que le principe ne peut plus être appliqué, mais simplement que son application n'est plus inconditionnelle. Ce sont alors les fonctions du principe qui prennent le relais pour guider sa mise en œuvre. Autant que la sécurité juridique le requiert, dans son aspect individuel ou collectif, le principe d'unicité d'action répressive doit, en principe, continuer de s'appliquer. Mais certaines matières présentent des particularités qui peuvent faire échec à son application, comme le droit répressif de la concurrence. De plus, lorsqu'une décision définitive est soupçonnée d'être injuste, la sécurité juridique doit parfois céder le pas. Pour déterminer l'admissibilité de la réouverture du procès, il convient procéder à un examen de proportionnalité de l'atteinte à l'exigence de sécurité juridique par rapport à l'objectif de rétablissement de la justice.

En tout état de cause, la mise en œuvre de toute exception à l'application du principe d'unicité d'action répressive doit être surveillée au regard du principe de proportionnalité des peines, qui invite à ce que la première sanction infligée soit prise en considération lors de l'exercice de toute nouvelle action répressive pour les mêmes faits.

Conclusion de la seconde partie

711. Dans cette seconde partie, nous avons constaté que le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits, traduction juridique de l'idée selon laquelle, pour une action délictueuse, un individu ne peut subir qu'une seule action répressive, peut venir utilement fonder la règle *ne bis in idem*.

Parce qu'il est le corollaire direct de la dignité humaine, le principe d'unicité d'action répressive trouve lui-même son fondement dans l'une des valeurs les plus essentielles de notre droit, et qu'une partie de la doctrine s'accorde à considérer comme le fondement des droits fondamentaux. Par conséquent, en tant que concrétisation de la dignité humaine, le droit à l'unicité d'action répressive, porté par le principe du même nom, doit être considéré comme un droit fondamental. Il en découle que le principe d'unicité d'action répressive et son application, la règle *ne bis in idem*, devraient acquérir en France le statut de principe à valeur constitutionnelle, comme c'est déjà le cas en Allemagne et dans d'autres pays européens. De même, le principe d'unicité d'action répressive devrait être consacré comme principe fondamental du droit communautaire non seulement pour les hypothèses de cumul d'actions répressives communautaires pour les mêmes faits, mais encore pour les hypothèses dans lesquelles une action répressive nationale et une action répressive communautaire sont envisageables pour les mêmes faits.

Cette reconnaissance du principe au sommet de la hiérarchie des normes imposerait non seulement aux institutions judiciaires de s'opposer à tout cumul d'actions répressives pour les mêmes faits, mais empêcherait encore le législateur d'élaborer des règles permettant qu'un tel cumul ait lieu. Ainsi, le principe d'unicité d'action répressive obligerait le législateur à anticiper la survenance des cumuls de répression, de sorte que la règle *ne bis in idem* n'aurait plus qu'à servir de « soupape de sécurité ».

712. Mais le rattachement du principe d'unicité d'action répressive à la dignité humaine a d'autres conséquences que celles qui sont liées au statut juridique du principe. Il permet également de définir les contours du principe de façon suffisamment large pour que celui-ci et la règle *ne bis in idem* parviennent à remplir leur fonction de protection de la sécurité juridique individuelle et, au-delà, de préservation de la sécurité juridique collective. Ainsi, grâce au principe d'unicité d'action répressive, il devient évident que la règle *ne bis in idem*

s'applique au-delà des limites du droit pénal qui fut son berceau, et dans l'Union européenne de façon quasiment aussi généreuse qu'en droit interne. En outre, dans la perspective de l'élargissement des compétences répressives de l'Union européenne, le principe d'unicité d'action répressive devra notamment être scrupuleusement respecté de sorte que les mêmes faits ne puissent faire l'objet d'une action répressive nationale et d'une action répressive européenne.

On le voit, le principe d'unicité d'action répressive réussit le double défi de procurer un fondement juridique adéquat pour la règle *ne bis in idem* et de constituer pour les traditions juridiques européennes un nouveau principe directeur du procès répressif.

CONCLUSION GENERALE

713. Durant sa longue vie, la règle *ne bis in idem* a connu plusieurs visages. Elle fut d'abord, sous l'ancien droit romain, une simple mesure procédurale de bonne administration de la justice. A une affaire litigieuse ne pouvait correspondre qu'une action en justice, de sorte qu'une fois l'action épuisée, le procès ne pouvait être recommencé. Puis, la règle ayant été abusivement invoquée pour faire obstacle à des procès qui, s'ils concernaient les mêmes parties qu'un procès précédent, portaient sur un litige différent, il fallut trouver le moyen de circonscrire son application. L'on exigea alors que la nouvelle action envisagée concernât la *res judicata*, la chose jugée lors du précédent procès. La règle *ne bis in idem* prit ainsi un nouveau visage, celui de l'exception de chose jugée.

Parallèlement, naquit l'adage *res judicata pro veritate habetur*, exprimant la présomption juridique selon laquelle ce qui a été tranché en justice a force de vérité. Il était alors tentant d'allier l'exception de chose jugée à la présomption de vérité de la chose jugée. Il suffisait pour cela de souligner qu'en s'opposant à la tenue d'un nouveau procès sur le même litige, l'exception de chose jugée contribuait à faire respecter la présomption de vérité de la chose jugée. Et bientôt, à la suite d'un glissement discret, la règle *ne bis in idem* fut rattachée à la présomption de vérité de la chose jugée plutôt qu'à son fondement originaire, le principe de la consommation de l'action. Elle devint ainsi un effet de l'autorité de la chose jugée, sans que l'on s'inquiât de la fonction bien particulière de la présomption de vérité du jugement. Cette fonction n'est autre que d'entretenir la crédibilité de la parole du juge et, partant, la légitimité de celui-ci à accomplir sa mission.

Enfin, quand apparut au siècle des Lumières la fonction protectrice de l'individu de la règle *ne bis in idem*, celle-ci se découvrit un troisième visage : celui d'un droit de l'homme. Le droit de chacun à ne subir qu'une seule action répressive pour les faits qui lui sont reprochés fut perçu au XIX^{ème} siècle comme une expression de la liberté individuelle et de son corollaire, la sûreté, puis au XX^{ème} siècle comme le prolongement de la dignité humaine. Il fut alors intégré dans la plupart des textes protecteurs des droits fondamentaux, notamment dans la Constitution française de 1791 et dans la Loi fondamentale allemande de 1949.

Cependant, au moment où elle revêtait l'habit de droit constitutionnellement garanti, la règle *ne bis in idem* n'avait pas encore ôté son masque de serviteur du principe de l'autorité de la chose jugée.

714. Pendant un temps, la règle est peu ou prou parvenue à remplir sa double fonction : celle de préservation du crédit du juge, qui lui est imposée par son statut d'effet de l'autorité de la chose jugée, et celle de protection de la sécurité juridique de l'individu, que lui confère son ancrage dans la philosophie des droits de l'homme. En effet, la mise en œuvre de la répression a longtemps été exclusivement confiée au juge pénal, qui l'exerçait par le seul biais du jugement. Là où il était utile de protéger le crédit du juge, il était également indiqué de protéger l'individu contre le renouvellement des poursuites pénales pour les mêmes faits. Etant donné qu'au-delà de la protection de la sécurité juridique de l'individu, la règle *ne bis in idem* parvient à assurer la sécurité juridique collective, laquelle participe à la préservation de la paix sociale au même titre que la protection du crédit du juge, le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée paraissait indiscutable.

715. Mais si, dans le passé, le principe de l'autorité de la chose jugée a pu servir de fondement à la règle *ne bis in idem* sans que le décalage de fonctions entre les deux institutions conduise à des incohérences trop graves, aujourd'hui le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée n'est plus viable.

D'une part, la mise en œuvre de la répression n'est plus du seul ressort du juge. La répression sans jugement est devenue courante, qu'elle soit l'œuvre du ministère public après que l'individu concerné a donné son accord ou qu'elle relève des pouvoirs de l'administration. En outre, une procédure répressive peut être achevée par anticipation sans qu'un véritable jugement d'acquiescement soit rendu. Alors que, dans ce contexte, la protection du crédit du juge n'a plus lieu d'être, celle de la protection de l'individu reste essentielle.

D'autre part, la coexistence de plusieurs normes susceptibles de fonder la répression de certains faits, mais ne relevant pas de la même autorité répressive, n'est pas rare. Dans l'absolu, la seule circonstance qu'une nouvelle action répressive soit ouverte pour les mêmes faits pourrait être considérée comme jetant le discrédit sur la première autorité répressive qui s'est prononcée. En cas de décisions contradictoires résultant de ce cumul d'actions répressives, l'on pourrait croire que toutes les autorités y ayant contribué seraient simultanément atteintes dans leur crédit à rendre la justice. A suivre ce raisonnement, le

principe de l'autorité de la chose jugée dont la fonction est de préserver ce crédit s'opposerait à ce genre de cumul. Mais en réalité, dès lors que chaque autorité répressive œuvre en application d'ensembles normatifs différents, lesquels lui imposent de trancher le litige de telle ou telle autre manière, le prononcé d'une décision répressive par l'une n'entame en rien le crédit de l'autre. Il en effet toujours possible de considérer que chaque autorité répressive a justement rempli sa mission, de sorte que sa légitimité à exercer la répression n'est pas affectée par la mise en œuvre d'une autre loi répressive par une autre autorité.

Cette situation apparaît en cas de pluralité de compétences répressives au sein d'un même Etat, par exemple quand des faits constituent à la fois une infraction pénale et une infraction administrative et que les autorités chargées de les mettre en œuvre opèrent en totale indépendance. C'est le cas en France, où la règle *ne bis in idem* demeure inapplicable entre une poursuite émanant d'une autorité répressive relevant de l'ordre judiciaire et une poursuite mise en œuvre par une autorité répressive appartenant à l'ordre administratif. Mais on retrouve la même difficulté lorsque l'on envisage la question du cumul d'actions répressives pour les mêmes faits en s'affranchissant des frontières nationales et en raisonnant, comme nous l'avons fait, dans le cadre de l'Union européenne. L'on assiste en effet à la multiplication des hypothèses dans lesquelles les mêmes faits peuvent faire l'objet d'actions répressives dans plusieurs Etats, ou d'une action répressive diligentée par une autorité nationale et d'une autre action répressive engagée par une autorité supranationale comme la Commission européenne. Or, la protection du crédit des autorités répressives d'un Etat ou d'un système juridique n'est pas le souci des autres Etats ni des autres systèmes juridiques. Ainsi, en Allemagne, la règle *ne bis in idem* est restée inapplicable au cas où la première action répressive a eu lieu à l'étranger jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 54 de la Convention de Schengen. De même, en droit communautaire, l'application de la règle n'a pas encore été consacrée pour l'hypothèse dans laquelle une autorité répressive nationale et la Commission européenne poursuivent les mêmes faits. Pourtant, la protection de la sécurité juridique de l'individu demeure nécessaire dans ces situations.

Ainsi, l'utilisation par la règle *ne bis in idem* des conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée, qui est la conséquence logique de son rattachement à ce principe, entraîne une restriction considérable de son application. Cette dernière se trouve en effet limitée aux besoins de la protection du crédit du juge. Il faut donc changer la donne : admettre que le principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas capable d'assurer de façon

satisfaisante la sécurité juridique et confier pleinement cette fonction à la seule règle *ne bis in idem*. Pour succéder dans sa mission de protection de la sécurité juridique, en particulier celle de l'individu, la règle trouvera dans son habit de droit de l'homme un partenaire idéal.

716. Mais l'habit ne fait pas le moine... Aussi la consécration de la règle *ne bis in idem* en tant que droit constitutionnellement garanti ne lui permet-elle pas de s'imposer lorsque la logique de l'autorité de la chose jugée continue d'influencer son application.

En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale considère encore que l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale est inapplicable dans les relations internationales, bien que la lettre de cette disposition ne comporte aucune restriction en ce sens. En droit communautaire, la règle a certes été reconnue par la Cour de justice des Communautés européennes comme principe fondamental du droit communautaire, mais cela ne concerne pas les hypothèses dans lesquelles une poursuite nationale et une poursuite communautaire sont en jeu.

Par conséquent, la rupture du lien de rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée doit être totale. La règle doit se libérer entièrement de la logique de l'autorité de la chose jugée qui la domine encore. Cela signifie notamment que son application dans les relations internationales ne doit en aucun cas être subordonnée à la reconnaissance de la décision étrangère : reconnaître une décision étrangère revient en effet à accorder une autorité à la chose jugée à l'étranger. En bref, la règle ne doit pas seulement mettre en valeur son habit de droit de l'homme, elle doit également jeter son masque de serviteur du principe de l'autorité de la chose jugée.

717. En France, la situation est plus délicate encore. La relation intime de la règle *ne bis in idem* aux droits de l'homme y est certes historiquement prouvée par sa consécration dans la Constitution de 1791. Mais aujourd'hui, la règle qui ne figure dans aucun texte constitutionnel en vigueur, n'est plus reconnue comme l'expression d'un droit fondamental. L'habit s'est en quelque sorte perdu en route. Il ne suffira donc pas de jeter le masque, il faudra encore retrouver l'habit.

718. Par ailleurs, si la rupture du lien avec le principe de l'autorité de la chose jugée est incontournable, la règle *ne bis in idem* se retrouvera orpheline dès lors qu'on la détachera de ce principe qui lui sert aujourd'hui de fondement. Comment son champ et ses conditions d'application seront-elles définies ? La règle nécessite donc qu'on lui construise un

fondement. Ce fondement doit naturellement correspondre à son vrai visage, et non pas au masque de serviteur du principe de l'autorité de la chose jugée qu'elle porte par contrainte. Pour l'identifier, rien de tel qu'un retour aux sources, c'est-à-dire au premier visage de la règle, celui d'effet du principe de consommation de l'action. Mais le principe de la consommation de l'action n'est efficace que si l'on part du présupposé que, pour un ensemble de faits, il n'existe qu'une seule action répressive. Le principe d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, tel est donc le véritable fondement de la règle *ne bis in idem*.

Il reste à régler la question de l'habit, c'est-à-dire de la consécration de la règle comme droit garanti au sommet de la hiérarchie des normes et s'imposant en tant que tel à toutes les situations de cumul d'actions répressives envers la même personne pour les mêmes faits. Pour voir si cette consécration est possible, il convient de s'intéresser aux valeurs qui ont présidé à la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* en tant que droit de l'homme. L'histoire nous rappelle la liberté dont la protection est assurée par le biais de la sûreté, mais également la dignité humaine. Contrairement à la sûreté dans sa fonction protectrice de la sécurité juridique individuelle, la dignité humaine est une valeur aujourd'hui dûment consacrée juridiquement dans l'Union européenne. Elle constitue même, selon une partie de la doctrine et la logique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le fondement des droits fondamentaux. Dès lors, si la dignité humaine interdit qu'un individu subisse plusieurs actions répressives pour les mêmes faits, d'une part, et fonde les droits fondamentaux, d'autre part, il semble qu'elle invite sérieusement à la reconnaissance d'un droit fondamental constitutionnellement garanti de tout individu à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits. Certes, l'on ne saurait prétendre que tout corollaire de la dignité humaine doit trouver une consécration constitutionnelle. Mais en ce qui concerne l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits, deux éléments indiquent que la consécration constitutionnelle n'est pas abusive. En premier lieu, cette consécration est nécessaire à la mise en œuvre effective de la règle dans l'ensemble de la répression et non pas seulement en matière de répression pénale. En second lieu, cette consécration existe dans de nombreux systèmes juridiques européens, ce qui laisse entendre qu'elle n'est pas abusive.

Ainsi, loin d'être incompatibles, le premier visage de la règle *ne bis in idem*, celui de règle de procédure, et son troisième visage, celui de règle exprimant un droit fondamental, sont tout à fait complémentaires. La règle *ne bis in idem* est une règle procédurale exprimant un droit fondamental, le droit de chacun à l'unicité d'action répressive pour les faits qui lui sont reprochés.

La conclusion de notre thèse pourrait donc être exprimée en ces quelques mots : la règle *ne bis in idem* est une règle de procédure qui n'a aucun rapport avec le principe de l'autorité de la chose jugée, mais qui exprime bien plutôt le droit fondamental à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits.

719. Pour permettre à la règle *ne bis in idem* de s'épanouir en ce sens, nous avons proposé la reconnaissance en droit positif du principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits, porteur du droit fondamental du même nom. Corollaire de la dignité humaine et de la liberté individuelle et fondement de la règle *ne bis in idem*, le principe d'unicité d'action répressive constitue le chaînon manquant entre la première et la seconde. Il établit donc un lien juridique entre la règle de procédure et ses fondements axiologiques.

Grâce au fondement de la dignité humaine, les contours du principe d'unicité d'action répressive ont pu être précisés. Tout d'abord, seul l'être humain doit se voir protéger dans sa dignité. L'application du principe d'unicité d'action répressive aux personnes morales ne peut donc pas être justifiée par le fondement de la dignité. Cependant, rien n'empêche de faire bénéficier les personnes morales de l'unicité d'action répressive. Les exigences de loyauté, de proportion, de légitimité, de cohérence et d'efficacité de la répression, ainsi que de protection de la sécurité juridique de ces personnes – et derrière cette sécurité, celle de la vie économique – incitent même fortement à ce que le principe d'unicité d'action répressive leur soit appliqué.

Le fondement de la dignité humaine procure encore les enseignements suivants. Le respect de la dignité humaine impose que l'être humain ne soit jamais considéré comme un moyen, mais toujours comme une fin. En matière de répression, cela signifie que le justiciable ne doit jamais être réduit à la condition d'objet du système répressif, ce qui implique avant tout qu'il ne soit jamais traité de façon arbitraire. Or, dès lors que plusieurs actions répressives sont exercées pour l'unique raison qu'il existe plusieurs normes répressives permettant de les

fonder et que leur mise en œuvre est confiée à des autorités répressives différentes qui ne se concertent pas, le cumul d'actions répressives s'apparente au produit d'un mécanisme aveugle qui fonctionne sans considération de l'individu qui le subit. Ainsi, si cinq lois répressives peuvent être mises en œuvre par cinq autorités répressives, cinq actions répressives peuvent avoir lieu. Si dix lois répressives peuvent être mises en œuvre par dix autorités répressives, dix actions répressives peuvent avoir lieu. C'est à ce danger précis d'arbitraire que s'oppose le principe de respect de la dignité humaine.

En revanche, lorsque les différentes actions n'ont pas le même but, par exemple que l'une a vocation à réprimer l'individu suspecté d'avoir commis l'infraction tandis que l'autre se préoccupe de la réparation du dommage qui en résulte pour la victime, le principe d'unicité n'a plus lieu de s'appliquer. De même, dès lors que des faits matériellement différents sont à l'origine du cumul d'actions envers le même individu, celui-ci n'est nullement attentatoire à la dignité humaine. L'on constate ici qu'en exigeant que les actions répressives en jeu reposent sur les mêmes faits matériels pour que le principe d'unicité s'applique, la dignité humaine parvient à prévenir le recours abusif à la règle *ne bis in idem* auquel furent confrontés les Romains – et qu'ils combattirent pour leur part en subordonnant l'application de la règle à l'existence d'une *res judicata*. Enfin, lorsque le renouvellement d'une action répressive trouve une justification propre comme la nécessité de corriger une décision définitive injuste, il ne risque pas de heurter la dignité humaine. Dans ce dernier cas, toutefois, il convient de s'assurer que le soupçon d'injustice est fondé et que l'insécurité juridique provoquée par la réouverture du procès n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif de rétablissement de la justice.

720. Au-delà de son rôle fondateur à l'égard de la règle *ne bis in idem*, le principe d'unicité d'action répressive doit permettre d'éviter la survenance de cumuls d'actions répressives pour les mêmes faits en amont. Ainsi, s'il était adopté dans les systèmes juridiques européens comme principe de droit objectif s'imposant à tous les pouvoirs publics, le principe obligerait à organiser la répression de telle manière qu'elle gagnerait en cohérence.

D'une part, les législateurs nationaux et le législateur européen devraient s'astreindre, avant d'édicter de nouvelles normes répressives, à vérifier que celles-ci ne font pas double emploi avec des normes déjà consacrées, car le concours idéal d'infractions constitue le terreau du cumul d'actions répressives pour les mêmes faits. De même, avant de confier toute nouvelle

compétence à une autorité répressive, ils devraient contrôler que cela ne risque pas d'être à la source de nouveaux cumuls.

D'autre part, étant donné que la pluralité de compétences répressives pour les mêmes faits est un phénomène désormais courant, des priorités de compétences devraient être établies entre les différentes autorités répressives concernées. La priorité devrait être accordée en fonction de critères désignant l'autorité la mieux placée pour traiter l'affaire. Un instrument tel que la subsidiarité pourrait être utilement mis à contribution. De la sorte, non seulement une seule action répressive serait mise en œuvre, mais encore cette action serait choisie en fonction d'un critère plus rationnel que celui de la rapidité des différentes autorités en lice. En effet, ce critère largement insatisfaisant règne aujourd'hui faute de mieux. Seule, la règle *ne bis in idem* qui fait obstacle à l'exercice d'une action répressive qu'une fois qu'une décision définitive a été rendue sur les faits, n'est pas en mesure d'écarter le recours à ce critère.

721. Nous sommes bien consciente que la réorganisation de la répression à la lumière du principe d'unicité d'action répressive constitue un immense chantier, tant par son ampleur que par les difficultés qu'il pose. En France, par exemple, l'établissement de règles de priorité de compétences entre la répression pénale et la répression administrative nécessite un réaménagement – ou la suppression ? – du principe de la séparation des ordres judiciaire et administratif. Sur ce point, la mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive pourrait prolonger une réflexion déjà engagée¹⁴⁹⁹.

Dans l'Union européenne, deux questions cruciales se posent. En premier lieu, dans la perspective de l'attribution de nouvelles compétences répressives à l'Union, la répartition des compétences entre les autorités nationales et l'autorité supranationale devra être effectuée avec le plus grand sérieux. A cet égard, l'expérience de la justice pénale internationale, qui a fait le choix de la priorité de la compétence des juridictions nationales et de l'intervention complémentaire de la Cour pénale internationale dans des conditions strictement définies, est certainement digne d'intérêt. En second lieu, il conviendra d'anticiper les cumuls d'actions répressives qui résultent de la compétence simultanée de plusieurs Etats lorsque les faits revêtent un caractère international. Là encore, la solution passe par l'adoption de règles de priorité de compétence, permettant de désigner l'Etat le mieux placé pour exercer la répression. Indispensable pour la bonne mise en œuvre du principe d'unicité d'action

¹⁴⁹⁹ Voir le dossier « Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005 n° 32 (26 sept. 2005).

répressive dans l'Union, la résolution des conflits positifs de compétence internationale est sans doute aussi l'un des plus grands défis de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Cette étude n'a donc pas, de loin, tout résolu. Puisse-t-elle au moins avoir convaincu le lecteur de l'intérêt d'accueillir en droit positif un nouveau principe directeur du procès répressif européen : le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits.

Annexe 1

LIVRE VERT

sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales

présenté par la Commission des Communautés européennes

Bruxelles, le 23.12.2005
COM(2005) 696 final

Le présent livre vert a pour objet de lancer une large consultation des milieux concernés par la question des conflits de compétences (ou de juridictions) en matière pénale, y compris le principe *ne bis in idem*. Il recense les problèmes qui peuvent se poser en l'état actuel des choses et propose un certain nombre de solutions. Le document de travail joint en annexe contient une analyse plus détaillée.

La Commission invite les intéressés à faire parvenir leurs observations avant le 31 mars 2006 à l'adresse suivante:

Commission européenne
Direction générale de la justice, de la liberté et de la sécurité
Unité D3 - Justice pénale
Bureau LX46 3/20
B - 1049 Bruxelles
E-mail: JLS-criminaljustice@cec.eu.int
Fax: +32-2/296 76 34

Il est demandé aux intéressés d'indiquer expressément s'ils souhaitent que leurs observations ne soient pas publiées sur le site internet de la Commission.

1. CONTEXTE

Face à l'internationalisation croissante de la criminalité, la justice pénale de l'UE est de plus en plus souvent confrontée à des situations dans lesquelles plusieurs États membres sont pénalement compétents pour exercer des poursuites dans une même cause. En outre, les probabilités d'une pluralité des poursuites dans une même cause, que l'on dénomme aussi conflit « positif » de compétence(s) ou de juridiction(s), sont actuellement plus élevées puisqu'un grand nombre de juridictions répressives nationales ont vu leur champ de compétence s'élargir considérablement au cours des dernières années.

La pluralité des poursuites est préjudiciable aux droits et aux intérêts des personnes, avec le risque, en outre, que les procédures fassent double emploi et l'inconvénient de devoir citer à comparaître ou convoquer en vue de leur audition devant les juridictions de plusieurs pays, les personnes mises en cause dans une procédure pénale, ainsi que les victimes et les témoins. Les procédures parallèles entraînent, en particulier, une multiplication des restrictions apportées aux droits et aux intérêts de ces personnes, par exemple à leur droit à la libre circulation. Elles alourdissent la charge psychologique qui pèse sur elles et augmentent les coûts et la complexité de leur représentation en justice. Dans un espace de liberté, de sécurité et de justice développé, on devrait normalement éviter, dans la mesure du possible, ces effets préjudiciables en limitant la pluralité des poursuites dans une même affaire.

Actuellement, les autorités nationales ont le droit de déclencher des poursuites parallèles dans une même cause. Le seul obstacle juridique est le principe *ne bis in idem* ou *non bis in idem*, consacré par les articles 54 à 58 de la convention d'application de l'accord de Schengen (« convention de Schengen »). Ce principe n'empêche toutefois pas les conflits de compétences de se produire en cas de pluralité des poursuites entre deux États membres ou plus. Il ne peut jouer un rôle, en évitant l'ouverture d'une seconde procédure dans une même cause, que si une décision met fin à la procédure dans un État membre et interdit dès lors toute poursuite ultérieure (autorité de chose jugée ou *res judicata*).

Qui plus est, sans un système d'attribution des affaires aux États membres compétents en cours de procédure, le principe *ne bis in idem* peut aboutir à des choix aléatoires, voire arbitraires : en donnant la préférence au premier État membre capable de rendre une décision définitive, ses effets se résument au principe du « premier arrivé, premier servi ». Le choix de l'État membre compétent est actuellement le fruit du hasard, et il semble que ce soit la raison pour laquelle le principe *ne bis in idem* reste encore soumis à plusieurs exceptions.

L'une des solutions au problème des conflits (positifs) de compétences serait de créer un mécanisme d'attribution des affaires aux États membres compétents. Si les poursuites étaient centralisées dans un seul et même État membre, la question du *ne bis in idem* ne se poserait plus. En outre, un tel mécanisme compléterait le principe de reconnaissance

mutuelle, en vertu duquel une décision judiciaire rendue dans un État membre est reconnue et – le cas échéant – exécutée par les autres États membres.

Dans le présent livre vert, la Commission présente les possibilités de création d'un mécanisme qui faciliterait le choix de l'État membre le mieux placé pour exercer les poursuites, ainsi que les possibilités de révision des règles concernant le principe *ne bis in idem*. Ce livre vert est publié en réponse au point 3.3 du programme de La Haye, et au programme de mesures sur la reconnaissance mutuelle du 29 novembre 2000 (notamment son point 2.3 et ses mesures n° 1 et 11). Des mesures appropriées pourraient être arrêtées au niveau de l'UE, comme une décision-cadre, sur la base de l'article 31, point d), du traité sur l'Union européenne (« traité Union européenne »), en vertu duquel l'action en commun vise entre autres à prévenir les conflits de compétences entre États membres. Au besoin, le point c) de l'article 31 pourrait servir de base juridique complémentaire afin d'assurer, dans la mesure nécessaire à l'amélioration de la coopération judiciaire, la compatibilité des règles applicables dans les États membres.

2. CREATION D'UN MECANISME POUR LE CHOIX DE L'ÉTAT MEMBRE COMPETENT

2.1. Conditions préalables

Il faudrait concevoir un mécanisme d'attribution des affaires aux États membres compétents qui évite les lourdeurs administratives, tout en garantissant une approche équilibrée et respectueuse des droits des personnes concernées. Pour que ce mécanisme fonctionne correctement, deux conditions fondamentales doivent au préalable être remplies.

D'une part, chacune des autorités compétentes devrait être informée des procédures pendantes dans le ressort des autres autorités et/ou des décisions connexes déjà prises dans le ressort de ces dernières : elles devraient avoir l'autorisation, voire l'obligation, d'échanger les informations utiles. D'autre part, lorsqu'elles sont informées de procédures pendantes dans le ressort d'autres autorités, les autorités chargées des poursuites dans un État membre devraient avoir la faculté de s'abstenir d'ouvrir une procédure, ou d'y mettre un terme, au seul motif que la même cause fait déjà l'objet de poursuites dans un autre État membre.

Le fait de s'abstenir d'ouvrir une procédure (ou d'y mettre un terme) pourrait poser des difficultés dans les ordres juridiques nationaux fondés sur le principe de légalité des poursuites et dans lesquels les autorités compétentes ont le devoir de poursuivre toutes les infractions qui ressortent de leur compétence. Ce pourrait être le cas, en particulier, dans les États membres où ce principe est de nature constitutionnelle.

Une exception à ce principe pourrait dès lors figurer dans un futur instrument législatif. A cet égard, il peut être soutenu valablement que, dans un espace commun de justice, de liberté et de sécurité, ce principe est respecté lorsque la cause en question fait l'objet de poursuites par un autre État membre.

2.2. Procédure

Dès que les conditions préalables précitées seraient remplies, les étapes de la procédure à mettre en œuvre dans le cadre du mécanisme proposé pourraient être les suivantes.

Première étape : identification et information des « parties intéressées »

Il nous semblerait utile, dans un premier temps, d'identifier et d'informer les États membres qui pourraient avoir intérêt à participer au processus de détermination de l'État membre le mieux placé pour connaître d'une cause en particulier. À cet effet, une règle de l'UE pourrait prévoir que les administrations nationales d'un État membre qui **a engagé ou est sur le point d'engager des poursuites pénales** (« État initiateur des poursuites ») **dans une cause présentant des liens notables avec un autre État membre, doivent informer** en temps opportun les autorités compétentes de ce dernier. Cette obligation pourrait s'appliquer aux autorités de poursuite et/ou à d'autres autorités judiciaires, d'enquête ou d'instruction, ou encore à d'autres services répressifs, en fonction des spécificités des systèmes de justice pénale des États membres. À leur tour, les autorités informées pourraient faire part de leur intérêt pour déclencher des poursuites dans l'affaire en cause. On pourrait prévoir l'obligation de déclarer cet intérêt dans un délai déterminé. Cependant, on pourrait aussi concevoir que le système autorise, à titre exceptionnel, les réactions hors délai. Si aucun État membre ne manifeste d'intérêt, l'État *initiateur des poursuites* pourrait continuer celles-ci sans consultation supplémentaire – sauf faits nouveaux qui viendraient changer les données de la cause.

Deuxième étape : consultation/discussion

Quand deux États membres ou plus manifestent un intérêt pour exercer des poursuites dans une même cause, leurs autorités compétentes respectives devraient pouvoir examiner ensemble la question de l'« État membre le mieux placé » pour mener les poursuites. L'une des solutions serait d'instaurer **l'obligation d'engager des discussions** de manière à pouvoir prendre en compte l'avis de tous les États membres intéressés. À ce stade, les contacts directs entre États membres seraient, semble-t-il, le mode de discussion le plus efficace. S'il y a lieu, les États membres pourraient solliciter l'aide d'Eurojust et/ou d'autres mécanismes d'assistance de l'Union.

La deuxième étape pourrait permettre, dans bien des cas, de trouver rapidement un consensus quant au choix de l'État membre le mieux placé pour exercer les poursuites dans une cause qui soulève un conflit de compétences. Certaines administrations nationales décideraient alors de *mettre* volontairement *un terme* à la procédure qu'elles ont ouverte ou de la *suspendre* volontairement (ou renonceraient à engager une procédure), tandis qu'une autre autorité tenterait ou continuerait les poursuites dans cette cause. Dans un tel scénario, les administrations nationales compétentes pourraient tout simplement exercer des poursuites selon leur droit national. Il ne semble par conséquent pas nécessaire de prévoir des règles contraignantes au niveau de l'UE pour permettre de tels arrangements. Dans le cadre du mécanisme proposé, ces décisions nationales pourraient être révisées par les États membres concernés si de nouvelles conclusions venaient à changer les données. Il se pourrait toutefois que, dans certains cas, les autorités nationales préfèrent conclure un accord contraignant dans l'intérêt de la sécurité juridique et pour éviter la réouverture du débat. Si elles le souhaitaient, elles pourraient utiliser à cet effet un **accord Union européenne type**, prévoyant entre autres des règles communes pour la dénonciation de tels accords.

Troisième étape: règlement des différends/médiation

Pour les cas où il serait difficile de parvenir à un accord, il faudra prévoir un mécanisme de règlement des différends. Cette étape devrait être l'occasion d'un dialogue structuré entre les parties intéressées, dans le cadre duquel les intérêts en jeu seraient examinés objectivement. À cet effet, il y aurait lieu de conférer à un organisme de l'UE le rôle de **médiateur** chargé d'aider les États membres concernés à conclure un accord volontaire sur la base des critères exposés plus loin. Eurojust semble être bien placé pour assumer ce rôle. Il serait également concevable de créer un nouvel organisme pour le règlement des différends, par exemple un groupe ou un panel composé de hauts magistrats nationaux du siège et/ou du parquet.

Cette troisième étape pourrait être déclenchée à la demande de tout État membre ayant manifesté un intérêt pour exercer les poursuites dans l'affaire en cause. On pourrait aussi valablement défendre l'idée d'une procédure de règlement des différends obligatoire dès que se serait écoulé un certain délai au cours de la deuxième étape, afin que les cas de désaccord puissent être rapidement renvoyés à l'étape suivante, qui ferait intervenir un organisme au niveau de l'UE. Si les autorités compétentes parviennent à un consensus lors de la troisième étape, elles devraient ensuite avoir le choix entre les mêmes solutions qu'à la deuxième étape (à savoir le choix de mettre volontairement un terme à la procédure dans certains États membres ou de la suspendre en vue d'exercer les poursuites dans un autre, ou de conclure un accord contraignant).

Si les règles de fonctionnement du mécanisme en trois étapes proposé, conjuguées avec un ensemble de critères pour le choix d'un État membre compétent, comme décrit ci-après (au point 2.5), sont scrupuleusement respectées, un consensus sera probablement trouvé dans bien des cas, sinon dans la plupart. Ce mécanisme peut être mis en place rapidement, et il peut être considéré comme suffisant à moins que l'expérience ne révèle que des étapes supplémentaires sont nécessaires. Faute de parvenir à un consensus, c'est à nouveau le principe *ne bis in idem* qui entrerait en jeu.

Étape supplémentaire envisageable: décision contraignante prise par un organisme au niveau de l'UE?

À terme, pour les cas où le règlement des différends proposé échouerait, on pourrait envisager comme étape supplémentaire d'habiliter un organisme au niveau de l'UE à prendre une décision contraignante quant au choix de l'État membre le mieux placé.

Cette étape supplémentaire serait cependant très difficile à mettre en œuvre dans le cadre des traités actuels. En effet, un nouvel organisme devrait tout d'abord être créé, puisque les rôles de médiateur et d'organisme appelé à prendre des décisions contraignantes ne paraissent pas compatibles. D'autre part, le contrôle juridictionnel d'une telle décision prise au niveau de l'UE soulèverait un certain nombre de questions délicates, qui sont abordées au point suivant.

2.3. Rôle des personnes concernées et contrôle juridictionnel

Durant la **phase précédant le procès**, le mécanisme proposé repose sur des consultations entre les autorités de poursuite compétentes. Des discussions sur les questions de compétence avec les personnes concernées pourraient, dans bien des cas, conduire à révéler des faits risquant de compromettre des poursuites en cours ou de porter atteinte aux droits et aux intérêts des victimes et des témoins. La question de savoir si ce risque existe dans une cause en particulier pourrait probablement être laissée à l'appréciation des juridictions nationales. Si l'affaire en cause n'expose à aucun risque de ce type, les autorités compétentes pourraient être tenues d'informer sans délai la défense et les victimes concernées de la détermination de l'État membre le mieux placé. Quoi qu'il en soit, les personnes concernées devront être informées des raisons principales qui motivent le choix d'un État membre précis au plus tard lors de la saisine d'une juridiction par ordonnance de renvoi ou de mise en accusation.

Contrairement à la phase préalable au procès, au cours de laquelle le rôle des personnes concernées est normalement assez limité, lors de la phase du procès (et/ou à une phase intermédiaire), une juridiction nationale qui est saisie d'un arrêt de renvoi ou d'un arrêt de mise en accusation examine généralement si elle est compétente pour connaître de la cause. Il serait également concevable qu'une disposition au niveau de l'UE puisse imposer l'obligation à l'État membre qui est choisi dans le cadre du mécanisme proposé d'examiner **s'il est le mieux placé** pour connaître de la cause.

Les juridictions nationales semblent être en bonne position pour procéder à ce contrôle. Toutefois, étendre ce dernier à tous les aspects pouvant jouer un rôle dans l'attribution des affaires n'est, semble-t-il, ni possible ni nécessaire. Par conséquent, le contrôle juridictionnel pourrait se limiter à une décision sur la question de savoir si le **caractère raisonnable** et le principe du **procès équitable** ont été respectés. Le choix d'un État membre pourrait ainsi être infirmé par le tribunal compétent si ce dernier constate que le choix effectué est arbitraire. Ce contrôle pourrait s'exercer en se fondant sur des doctrines connues dans l'ordre juridique national des États membres, comme celle sur le détournement de procédure. Conformément à l'article 35 du traité UE, l'interprétation des règles arrêtées, au niveau de l'UE, sur le mécanisme procédural et sur les critères de choix d'un État membre pourrait faire l'objet de questions préjudicielles à soumettre à la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après « Cour de justice »).

À la demande des personnes concernées, un contrôle juridictionnel de l'attribution des affaires aux États membres compétents semblerait nécessaire, à tout le moins lorsque cette attribution s'effectue en vertu d'un accord contraignant. De tels accords limiteraient en effet les possibilités, pour les États membres concernés, de dénoncer ultérieurement l'attribution à un certain État membre. La question de savoir si le contrôle juridictionnel devrait également être possible en l'absence d'accord contraignant pourrait éventuellement être laissée à l'appréciation des États membres, selon leur droit national (autrement dit, lorsque les autorités de certains États membres ont simplement mis un terme aux poursuites, les ont suspendues ou ne les ont pas déclenchées de manière à permettre à un autre État membre de les exercer lui-même).

Les questions seraient plus complexes si on envisageait, comme étape supplémentaire, de conférer à un organisme de l'UE le pouvoir de décider en la matière. Le contrôle juridictionnel deviendrait alors indispensable. Or, il est déraisonnable et, actuellement, juridiquement impossible de conférer aux juridictions nationales le pouvoir de contrôler les décisions prises par un organisme de l'UE. Par ailleurs, les traités actuels ne contiennent aucune base juridique pour conférer ce pouvoir de contrôle à la Cour de justice. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe contient en revanche une base juridique pour un tel contrôle, à savoir l'article III-359. La possibilité d'adapter les traités actuels dans ce sens pourrait être étudiée.

2.4. Priorité des poursuites dans l'État membre « principal »

À côté du mécanisme d'attribution des affaires aux États membres compétents, on pourrait prévoir une disposition de l'UE qui obligerait les États membres à centraliser les poursuites dans une même cause dans un État membre « principal ». À partir d'un certain stade de la procédure, les autres États membres pourraient être tenus de mettre un terme à leurs poursuites ou de les suspendre et de s'abstenir d'en déclencher de nouvelles. L'application d'une telle **règle de priorité** devrait être parallèle au mécanisme décrit plus haut, faute de quoi les résultats seraient aléatoires.

Étant donné que de nouvelles constatations peuvent souvent amener à revenir sur le choix de ce qui semblerait, de prime abord, l'« État membre le mieux placé » pour exercer les poursuites, il ne serait sans doute pas raisonnable de forcer les autorités compétentes à faire prématurément un choix définitif. Le stade le plus approprié pour imposer une règle exigeant que toutes les poursuites parallèles soient centralisées dans un seul État membre semble être **le moment de la saisine d'une juridiction nationale par une ordonnance de renvoi ou de mise en accusation**, puisque dès cet instant, les autorités compétentes auront accès aux informations nécessaires à un examen approfondi des questions de compétence. En outre, les principales contraintes qui pèsent sur les personnes concernées font souvent suite à la mise en accusation ou au renvoi, de sorte qu'il est encore possible d'éviter, dans une large mesure, la multiplication de ces contraintes si la règle s'applique à compter de ce stade.

Pour éviter de tourner le mécanisme procédural proposé, il ne devrait pas être permis de saisir une juridiction en rendant une ordonnance de renvoi ou de mise en accusation alors qu'une procédure de consultation et/ou de règlement d'un différend est en cours. En d'autres termes, avant que les autorités nationales ne saisissent une juridiction répressive, il leur faudrait d'abord s'acquitter de leurs obligations en matière d'information et de consultation. Si elles ne le faisaient pas, elles devraient mettre un terme à la procédure en justice, ou la suspendre, à la demande d'un autre État membre.

En aucun cas, toutefois, une règle de priorité ne devrait empêcher les autres États membres d'aider, sous quelque forme que ce soit, *l'État principal*, en vertu des règles de l'UE existantes et des accords internationaux en vigueur. Ils devraient même au contraire accorder leur aide de manière anticipée.

2.5. Critères applicables

Outre le mécanisme procédural et la règle de priorité, une liste des critères que les États membres devraient appliquer pour le choix de l'État membre principal constituerait le troisième élément d'une stratégie complète de prévention et de résolution des conflits de compétences. Il est possible de définir un certain nombre de critères pertinents, qu'il conviendrait d'appliquer et de pondérer dans le cadre d'une approche cas par cas relativement souple ; autrement dit, les autorités compétentes devraient disposer d'une très grande marge d'appréciation.

Ces critères, ou d'autres facteurs appropriés, qui influeraient sur la procédure de détermination de l'État membre compétent, devraient être objectifs et pourraient être énumérés dans un futur instrument de l'UE. Dans cette liste pourraient figurer, en particulier, *la territorialité, des critères relatifs au suspect ou à la personne mise en cause dans la procédure, aux intérêts des victimes, aux intérêts d'État, et certains autres critères relatifs à l'efficacité et à la célérité de la procédure*. On pourrait peut-être aussi recenser certains facteurs qui *ne doivent pas* être pris en compte.

Comme étape supplémentaire, les États membres pourraient convenir de certains principes fondamentaux en vue de l'établissement d'un ordre de priorité ou de succession entre les différents critères, si cela s'avérait nécessaire. À l'inverse, on pourrait préférer une approche plus souple. Indépendamment de la question de savoir si cet ordre de priorité ou de succession entre les critères appropriés serait établi dans un instrument de l'UE, il semble possible et nécessaire de se mettre d'accord au moins sur un principe directeur général pour l'attribution des affaires aux États membres compétents. Ce principe pourrait, par exemple, faire référence au **caractère raisonnable** et/ou au **procès équitable**. En d'autres termes, les autorités compétentes pourraient être tenues de prendre en considération les intérêts des personnes concernées. L'élément de référence, ainsi que la question principale à poser en vue d'un éventuel contrôle juridictionnel, devrait être une bonne administration de la justice, basée sur un examen complet des faits pertinents et une pondération équilibrée des critères applicables.

3. LE PRINCIPE *NE BIS IN IDEM*

Les articles 54 à 58 de la convention de Schengen consacrés au principe *ne bis in idem* sont actuellement contraignants pour tout l'espace Schengen, ainsi que dans les dix États membres de l'UE qui ont adhéré en 2004, en Islande, en Norvège et au Royaume-Uni, et devraient l'être prochainement en Irlande. Le programme de mesures sur la reconnaissance mutuelle de décembre 2000 préconise un réexamen de ces dispositions, en particulier des exceptions à ce principe. Le Conseil n'est pas parvenu à un accord sur l'initiative connexe de la Grèce concernant une décision cadre relative à l'application de ce principe (JO C 100 du 26.4.2003, p. 24), mais il a souligné qu'il convenait de poursuivre les travaux « à la lumière de la communication de la Commission consacrée aux conflits de compétence, pour garantir qu'une valeur ajoutée incontestable soit apportée ».

Si un mécanisme débouchant sur des choix équilibrés des États membres compétents pouvait être établi, au lieu de conférer un effet exclusif aux poursuites « les plus rapides » (« premier arrivé, premier servi »), les discussions sur le principe *ne bis in idem* pourraient être relancées avec de meilleures chances de succès. Dans ce contexte, les questions suivantes pourraient être abordées.

Premièrement, il faudrait approfondir la réflexion sur la question de savoir s'il est nécessaire de clarifier certains éléments et certaines définitions, par exemple concernant les types de décisions qui peuvent produire un effet *ne bis in idem*, et/ou sur ce qu'il convient d'entendre par *idem* ou par « mêmes faits ».

Deuxièmement, en cas de condamnation, le principe ne s'applique pour l'heure qu'à condition que la sanction infligée « ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée... ». Cette condition se justifiait dans un système d'entraide judiciaire classique, dans le cadre duquel l'exécution d'une sanction dans d'autres États membres pouvait parfois s'avérer difficile. On peut se demander si elle se justifie encore dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, où l'exécution transfrontalière s'opère désormais grâce aux instruments de l'UE sur la reconnaissance mutuelle.

Troisièmement, il est douteux que les possibilités actuelles de dérogation au principe *ne bis in idem* soient encore nécessaires. Actuellement, l'article 55 de la convention de Schengen permet aux États membres de prévoir des exceptions, en rapport avec l'intérêt pour poursuivre dans certaines causes sur un territoire déterminé (par exemple, territorialité, infractions contre la sûreté de l'État ou actes commis par des fonctionnaires d'un État membre). Ces exceptions pourraient devenir obsolètes si un mécanisme équilibré pour le choix de l'État membre compétent était créé.

4. RENFORCEMENT DU PRINCIPE DE RECONNAISSANCE MUTUELLE

Les mesures proposées pourraient également permettre à l'Union de réduire le nombre de motifs de refus d'exécution des décisions judiciaires d'autres États membres qui sont actuellement prévus dans certains instruments de l'UE. Vu la situation actuelle sur le plan des conflits de compétences en matière pénale, certains de ces motifs de refus d'exécution peuvent être considérés comme nécessaires. Tel semble être le cas, par exemple, des motifs fondés sur le fait qu'une infraction a été commise sur le territoire de l'État membre d'exécution, comme celui qui est prévu à l'article 4, point 7) a), de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen.

Questions

- (1) Est-il nécessaire d'arrêter une disposition de l'UE prévoyant que le droit national doit autoriser la suspension de procédures à raison de procédures pendantes dans d'autres États membres ?
- (2) Devrait-on instaurer l'obligation d'informer les autres États membres des poursuites pendantes ou prévues s'il existe des liens notables avec ces autres États membres ? De quelle manière faudrait-il échanger les informations sur les procédures pendantes, les décisions définitives et les autres décisions connexes ?
- (3) Faudrait-il prévoir l'obligation d'engager des discussions avec les États membres qui présentent des liens notables avec une cause en particulier ?
- (4) Est-il nécessaire de prévoir un modèle UE pour les accords contraignants à conclure entre autorités compétentes ?
- (5) Y a-t-il lieu de mettre en place un processus de règlement des différends/de médiation pour le cas où des discussions directes n'aboutiraient à aucun accord ? Quel organisme semble être le mieux placé pour jouer un rôle de médiation dans les conflits de compétences ?
- (6) Outre ce mécanisme de règlement des différends/de médiation, est-il nécessaire de prévoir à terme d'autres étapes, telle qu'une décision qui serait rendue par un organisme au niveau de l'UE ?
- (7) Quel type de mécanisme de contrôle juridictionnel serait-il nécessaire et approprié de prévoir pour le contrôle de l'attribution des affaires ?
- (8) Faudrait-il prévoir une règle ou un principe exigeant de mettre un terme aux procédures parallèles dans l'UE ou de les suspendre ? Dans l'affirmative, à partir de quelle étape de la procédure cette règle ou ce principe devraient-ils s'appliquer ?
- (9) Conviendrait-il d'instaurer des règles sur la consultation et/ou la transmission des procédures vis-à-vis des pays tiers, en particulier avec les pays membres du Conseil de l'Europe ? Quelle approche devrait être adoptée à cet égard ?
- (10) Un futur instrument sur les conflits de compétences devrait-il inclure une liste des critères à appliquer pour le choix de l'État membre compétent ?
- (11) En dehors de la territorialité, quels autres critères devraient figurer sur cette liste ? Cette liste devrait-elle être exhaustive ?
- (12) Estimez-vous que cette liste devrait également indiquer les facteurs qui ne devraient pas être considérés comme pertinents pour le choix de l'État membre compétent ? Dans l'affirmative, quels sont ces facteurs ?

(13) Est-il nécessaire, possible et opportun « d'établir un ordre de priorité » entre les critères de détermination de l'État membre compétent ? Dans l'affirmative, partagez-vous l'idée que la territorialité devrait avoir la priorité ?

(14) Est-il nécessaire de réviser les règles de l'UE sur le principe *ne bis in idem* ?

(15) Êtes-vous d'accord avec la définition suivante du champ d'application du principe *ne bis in idem* : « une décision pénale qui a été rendue par une autorité judiciaire ou qui a fait l'objet d'un recours devant une telle autorité » ?

(16) Êtes-vous d'accord avec la définition suivante de la notion de « décision définitive » : «... une décision qui interdit le déclenchement de nouvelles poursuites pénales en vertu du droit national de l'État membre où elle a été rendue, pour autant que cette interdiction nationale ne soit pas contraire aux objectifs du traité UE » ?

(17) Serait-il plus approprié de soumettre la définition de la notion de « décision définitive » à des exceptions expresses? (par exemple, « une décision qui interdit le déclenchement de nouvelles poursuites pénales en vertu du droit national de l'État membre où elle a été rendue, sauf si ... »)

(18) Outre les éléments mentionnés aux questions 16 et 17, une appréciation préalable sur le fond devrait-elle être déterminante pour répondre à la question de savoir si une décision produit un effet *ne bis in idem* dans l'ensemble de l'UE ?

(19) Est-il possible et nécessaire de définir le concept *idem*, ou faudrait-il laisser ce concept à l'interprétation qu'en donnera la Cour de justice dans sa jurisprudence ?

(20) Existe-t-il, selon vous, des situations dans lesquelles il serait encore nécessaire de maintenir une condition relative à l'exécution de la sanction et, dans l'affirmative, quelles sont-elles ? Dans l'affirmative, cette condition peut-elle être supprimée si un mécanisme de détermination de l'État membre compétent est établi ?

(21) Dans quelle mesure les exceptions prévues à l'article 55 de la convention de Schengen peuvent-elles encore se justifier ? Peuvent-elles être supprimées si un mécanisme de détermination de l'État membre compétent est établi, ou serait-il nécessaire, selon vous, de prévoir des mesures complémentaires afin de « compenser » la suppression des exceptions dans ces circonstances ?

(22) Le principe *ne bis in idem* devrait-il être un motif de refus obligatoire de l'entraide judiciaire ? Dans l'affirmative, quelles dispositions de l'UE faudrait-il adapter ?

(23) Est-il nécessaire d'adopter une approche plus cohérente du principe *ne bis in idem* vis-à-vis des pays tiers ? Convierait-il d'établir une distinction entre les pays membres du Conseil de l'Europe et les autres pays ?

(24) Êtes-vous d'accord avec l'idée que, si on disposait d'un mécanisme équilibré de détermination de l'État membre compétent :

(a) certains motifs de refus d'exécution prévus dans les instruments de l'UE sur la reconnaissance mutuelle pourraient devenir inutiles, du moins en partie ? Quels motifs sont concernés en particulier ?

(b) certains motifs de refus d'exécution facultatifs devraient être convertis en motifs de refus d'exécution obligatoires ou vice versa ? Quels motifs sont concernés en particulier ?

Annexe 2

OBSERVATIONS

**sur le Livre vert sur les conflits de compétences
et le principe *ne bis in idem*
dans le cadre des procédures pénales***

* Ces observations ont été rédigées après la soutenance de la thèse, dans le cadre de mes activités professionnelles à l'Institut Max Planck de droit pénal étranger et international, Fribourg en Brisgau (Allemagne). Je remercie M. Thomas Wahl, responsable de l'unité *Droit pénal européen* à l'Institut Max Planck, pour son soutien dans la réalisation de ce travail.

Ce document est publié sur le site Internet de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction/contributions/juliette_lelieur_fischer_max_planck_institute_fr.pdf ; il a été discuté à Bruxelles lors de la réunion d'experts sur le *Livre vert sur les conflits de compétence et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales* les 30 et 31 mai 2006, sous l'égide de la Commission européenne.

722. Ces observations seront présentées suivant le schéma du Livre vert¹⁵⁰⁰, c'est-à-dire en abordant en premier lieu la question de la création d'un mécanisme pour le choix de l'Etat membre compétent (I) puis, en second lieu, celle de la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* dans l'Union européenne (II).

LA CREATION D'UN MECANISME POUR LE CHOIX DE L'ETAT MEMBRE COMPETENT

723. Avant de répondre aux questions posées par la Commission européenne (B), il convient de souligner la nécessité de créer un mécanisme pour le choix de l'Etat membre compétent (A).

La nécessité de créer un mécanisme pour le choix de l'Etat membre compétent

724. La création d'un mécanisme pour le choix de l'Etat membre compétent est indispensable¹⁵⁰¹. Faire en sorte qu'un seul Etat membre soit compétent pour traiter une affaire pénale donnée revient à mettre en pratique l'idée selon laquelle un individu ne doit pouvoir faire l'objet que d'une seule poursuite répressive pour les faits qui lui sont reprochés. Dans ma thèse de doctorat, j'ai soutenu que cette idée « d'unicité d'action répressive » devrait se voir reconnaître une valeur juridique propre, et prendre la forme d'un véritable *principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits*¹⁵⁰².

Ce principe devrait s'imposer à l'échelle de l'Union européenne de la même manière qu'en droit national, pour trois raisons.

725. *Premièrement*, l'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits est le corollaire direct du droit à la libre circulation des personnes, comme le relèvent la Commission dans son Livre vert¹⁵⁰³ et la Cour de justice des Communautés européennes dans sa jurisprudence¹⁵⁰⁴.

¹⁵⁰⁰ Livre vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales, présenté par la Commission européenne, COM(2005) 696 final, 23.12.2005.FR (voir *supra*, Annexe 1, p. 579).

¹⁵⁰¹ En ce sens, T. VANDER BEKEN, G. VERMEULEN, S. STEVERLYNCK, S. THOMAES, *Finding the best place for prosecution. European study on jurisdiction criteria*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2002 ; *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, dir. A. Biehler, R. Kniebühler, J. Lelieur-Fischer, S. Stein, préface A. Eser, participation de T. Elholm, C. Gane, O. Lagodny, A.H.J. Lensing, T. Ongena, M. Płachta, D. Spinellis, A. Strandbakken, H. Zeitler, Freiburg im Breisgau, iuscrim, 2003, www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nebisinidem.html ; O. LAGODNY, *Empfehlte es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen ? Gutachten im Auftrag des Bundesministerium der Justiz*, Berlin, Mars 2001 ; J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Etude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Thèse Paris I, 2005, spéc. p. 576.

¹⁵⁰² J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 339 et s. : « Proposition d'un fondement pour la règle *ne bis in idem* : le principe d'unicité d'action répressive ».

¹⁵⁰³ Livre vert, précité, p. 3 (voir *supra*, p. 580).

¹⁵⁰⁴ Arrêt du 11 février 2003, Gözütok et Brügge, (affaires jointes C-187/01 et C-385/01), points 36-38.

La mise en œuvre de l'unicité d'action répressive s'impose d'autant plus que l'Union européenne a vocation à devenir un espace de liberté, de sécurité et de justice. En effet, la possibilité de cumuler les poursuites répressives pour les mêmes faits restreint la *liberté* de la personne concernée, puisqu'elle fait peser sur elle la menace d'être mise en cause autant de fois qu'il existe d'autorités de poursuite compétentes, quand bien même elle aurait déjà rendu compte de ses actes devant la justice répressive d'un autre Etat. Si cette menace n'atteint pas nécessairement la liberté physique de l'individu, elle restreint sa liberté fondamentale, réduisant notamment ses espoirs de se réintégrer dans la société et d'y agir en tant qu'homme libre après avoir répondu des faits qui lui sont reprochés¹⁵⁰⁵. De plus, la pratique du cumul des poursuites pour les mêmes faits porte atteinte à la *sécurité juridique* de la personne qui le subit. De fait, peu important le résultat de la nouvelle poursuite (relaxe ou nouvelle déclaration de culpabilité), celle-ci remet en cause, au moins pendant le temps de sa mise en œuvre, la situation juridique de l'individu telle qu'elle a été fixée au terme de la première poursuite¹⁵⁰⁶. Enfin, le cumul des poursuites est *injuste* envers le justiciable qui le subit parce qu'il provoque une inégalité de traitement de celui-ci par rapport aux autres : il lui fait subir la double charge d'un procès alors que la plupart des justiciables voient – heureusement – régler leur sort au terme d'une seule poursuite. Il est encore source d'injustice lorsqu'il débouche sur un cumul de sanctions disproportionné par rapport aux faits commis et à la culpabilité de leur auteur.

726. *Deuxièmement*, le principe d'unicité d'action répressive est la transcription objective d'un droit subjectif, le droit de chacun à l'unicité d'action répressive pour les mêmes faits. Il est permis de penser qu'à défaut d'être reconnu formellement dans l'ordre juridique, ce droit existe à titre purement matériel. La preuve de l'existence matérielle du droit à l'unicité d'action répressive n'est autre que la très large reconnaissance en droit positif de la règle *ne bis in idem*. Cette règle, interdisant de poursuivre une personne qui a déjà fait l'objet d'une première poursuite définitivement achevée, n'est en somme qu'une application du principe d'unicité d'action répressive : elle est la règle permettant au justiciable de faire valoir en justice son droit subjectif à l'unicité d'action répressive. La reconnaissance formelle du *droit à l'unicité d'action répressive* et la consécration subséquente du principe d'unicité d'action répressive – porteur de ce droit – dans l'ordre juridique est donc souhaitable.

L'identification du fondement du droit à l'unicité d'action répressive est délicate. L'on peut considérer qu'il est un droit découlant du principe selon lequel chaque justiciable a droit à être traité de façon équitable par la justice répressive. Mais si l'on se réfère non plus seulement au justiciable, mais à l'individu qui se trouve derrière lui¹⁵⁰⁷, l'on peut également penser que l'unicité d'action répressive, en tant qu'elle constitue un rempart contre l'arbitraire du système répressif envers l'individu et qu'elle s'oppose au traitement de ce dernier en simple

¹⁵⁰⁵ Nombreux sont les auteurs qui voient dans cette menace, qu'ils comparent volontiers à une épée de Damoclès, une restriction de la liberté individuelle (voir notamment R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Paris, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 886 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON évoquent la préservation de « *l'individu dans sa liberté puisque son sort ne peut plus être remis en question* », *Procédure pénale*, Paris, A. Colin, 3^{ème} éd., 2001, n° 664 ; Ch. GAVALDA, « Aspects actuels du problème de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », *JCP* 1957.I.1372, n° 6 notamment ; R. GASSIN, « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain », *RSC* 1963, p. 239-278, n° 2 (p. 240) et n° 44 (p. 278) ; B. PIEROTH et B. SCHLINK, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller, Schwerpunkte, 13^{ème} éd., 1997, n° 1101, (p. 277) ; H. RÜPING, « Art. 103 Abs. 3 », in *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, vol. 8, Heidelberg, Müller, 3^{ème} éd., 1990, p. 3-32, n° 11 (p. 9).

¹⁵⁰⁶ J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 131 et s.

¹⁵⁰⁷ Sauf dans le cas où le justiciable n'est pas une personne physique mais une personne morale.

objet de la répression, sert directement la protection de la dignité humaine. Or, dans la mesure où l'unicité d'action répressive constitue une concrétisation de la protection de la dignité humaine, laquelle se trouve au fondement des droits fondamentaux¹⁵⁰⁸, il apparaît que le droit à l'unicité d'action répressive n'est autre qu'un droit fondamental¹⁵⁰⁹. Du reste, la reconnaissance de la règle *ne bis in idem* dans de nombreux textes protecteurs des droits fondamentaux à valeur constitutionnelle ou supra-législative¹⁵¹⁰ renforce l'idée selon laquelle le droit à l'unicité d'action répressive constitue, matériellement du moins, un droit fondamental.

Dans une Union européenne qui se veut respectueuse des droits fondamentaux, *le droit fondamental à l'unicité d'action répressive* ne saurait être confiné à une application interne aux Etats membres. Sa mise en œuvre s'impose également dans les relations entre les Etats de l'Union. Du reste, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne invite expressément à cette application internationale (« *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi* »).

727. *Troisièmement*, le principe d'unicité d'action répressive envers la même personne pour les mêmes faits constitue un excellent moyen de rationaliser l'exercice de la répression dans l'Union européenne. Il est fastidieux et exagérément coûteux que plusieurs poursuites soient effectuées à propos de la même affaire. Même dans l'hypothèse où plusieurs actions répressives seraient légitimes, n'y a-t-il pas là source de lenteurs, de redondances, de pertes

¹⁵⁰⁸ Depuis la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la reconnaissance de la dignité humaine comme valeur fondatrice du système européen de protection des droits fondamentaux ne semble plus guère faire de doute. La dignité humaine trouve en effet dans la charte une triple consécration. Premièrement, elle est mentionnée comme « *valeur indivisible et universelle sur laquelle se fonde l'Union* » dans le préambule de la charte (voir le deuxième paragraphe du préambule) ; voir également l'art. 2 du Projet de Traité établissant une constitution pour l'Europe, remis au Président du Conseil européen le 18 juillet 2003 : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que du respect des droits de l'Homme* ». Deuxièmement, la dignité humaine est consacrée comme le premier des droits fondamentaux, l'article 1^{er} de la charte disposant : « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». Troisièmement, l'intitulé du premier chapitre de la charte, consacrant les droits fondamentaux les plus importants (la dignité humaine (art. 1), le droit à la vie (art. 2), le droit à l'intégrité de la personne (art. 3), l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 4), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 5)) n'est autre que « *Dignité* ». Dans le sens de la reconnaissance de la dignité humaine comme fondement des droits fondamentaux, voir, pour la doctrine française, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, n° spécial « Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? » p. 6-42, spéc. 32-34 ; G. BRAIBANT, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, p. 87 ; Selon F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Ch. Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 29-38, la dignité est un « *fondement non juridique de l'ordre juridique* », c'est-à-dire à la fois une « *principe axiomatique de l'ordre juridique* » et « *un postulat éthique* » ; T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Préface D. Rousseau, LGDJ, 2003, p. 155 : « *Il ne fait aucun doute, dans les civilisations occidentales du moins, que le principe de dignité humaine constitue le fondement de l'ensemble du système politico-juridique* ».

¹⁵⁰⁹ J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 391 et s.

¹⁵¹⁰ Pour les textes nationaux, voir l'art. 103 al. 3 de la Loi fondamentale allemande ; l'art. 29 al. 5 de la constitution portugaise ; l'art. 40 al. 5 de la charte des droits fondamentaux et libertés fondamentales de la République tchèque ; l'art. 50 al. 5 de la constitution de la République slovaque ; l'art. 31 de la constitution de la République de Slovénie ; l'art. 23 al. 3 de la constitution de la République d'Estonie ; l'art. 31 al. 4 de la constitution de la République de Lituanie ; l'art. 12 al. 2 de la constitution de la République de Chypre ; l'art. 39 al. 9 de la constitution de Malte. Pour les textes européens, voir l'art. 4 du Prot. n° 7 additionnel à la convention européenne des droits de l'homme et l'art. 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

d'énergies ? Il n'est, au fond, guère étonnant que l'analyse économique du droit se prononce elle aussi largement en faveur de l'unicité d'action répressive¹⁵¹¹.

En outre, le cumul des poursuites comporte le danger que les différentes autorités impliquées parviennent à des résultats divergents, ce qui décrédibilise considérablement l'action de la justice à l'échelle de l'Union et peut légitimement faire douter les citoyens de l'efficacité de la coopération européenne.

728. La mise en œuvre de l'unicité d'action répressive dans l'Union implique qu'une seule autorité soit désignée pour traiter une affaire donnée.

Comme le mentionne la Commission dans son Livre vert, la règle *ne bis in idem* n'empêche pas les cumuls de poursuites de se produire en cas de pluralité de compétences de plusieurs Etats membres¹⁵¹². En effet, la règle *ne bis in idem* n'est qu'une application tardive du principe d'unicité d'action répressive. Elle n'intervient qu'en tant que « garde-fou », que « soupape de sécurité », dans les hypothèses où ledit principe n'a pas été mis en œuvre si bien que plusieurs poursuites répressives ont été simultanément ou successivement engagées envers la même personne pour les mêmes faits.

En outre, en l'état actuel du droit, dans l'hypothèse d'un conflit positif de compétences, l'individu est jugé par l'Etat membre qui parvient le premier à une décision définitive (« *premier arrivé, premier servi* »), même si le lien de rattachement de l'affaire à cet Etat n'est pas aussi fort qu'il pourrait l'être avec un autre Etat membre¹⁵¹³. Cette situation n'est guère satisfaisante. Par conséquent, de même qu'au sein des Etats, des règles de répartition géographique des compétences permettent de désigner une autorité de poursuite lorsqu'une affaire présente des liens de rattachement avec plusieurs régions du même Etat, dans l'Union européenne, un mécanisme devrait permettre de désigner l'Etat compétent pour prendre en charge l'affaire litigieuse.

729. Pour conclure, la création d'un mécanisme permettant de déterminer l'Etat membre compétent pour traiter les affaires présentant des liens avec plusieurs Etats membres est nécessaire : non seulement en vue de réaliser pleinement la libre circulation des personnes et de donner un sens au concept d'espace de liberté, de sécurité et de justice, mais encore pour permettre que le droit fondamental à l'unicité d'action répressive soit mis en œuvre dans l'Union européenne. L'adoption d'un tel mécanisme est d'autant plus souhaitable qu'elle profiterait au justiciable tout en étant source d'une économie d'énergie pour les autorités répressives. Une occasion rare, qu'il serait dommage de ne pas saisir.

¹⁵¹¹ W.P.J. WILS, « The Principle of 'Ne Bis In Idem' in EC Antitrust Enforcement: A legal and Economic Analysis », *World Competition*, Vol. 26, Issue 2, juin 2003, p. 131-148.

¹⁵¹² Livre vert, précité, p. 3 (voir *supra*, p. 580).

¹⁵¹³ Livre vert, précité, p. 3 (voir *supra*, p. 580).

Réponses aux questions

(1) Est-il nécessaire d'arrêter une disposition de l'UE prévoyant que le droit national doit autoriser la suspension de procédures à raison de procédures pendantes dans d'autres États membres ?

730. Une telle disposition paraît nécessaire. Par exemple, en droit allemand où règne le principe de légalité des poursuites (paragraphe 152 II StPO – code de procédure pénale allemand), le ministère public n'est pas autorisé à suspendre la procédure pour la seule raison qu'il existe une procédure pendante dans un autre Etat membre. Aux termes du paragraphe 153 c III StPO, le ministère public ne peut s'abstenir d'engager des poursuites que « *lorsque l'accusé a déjà purgé une peine à l'étranger pour l'infraction commise et que la peine qu'il y a lieu d'attendre en Allemagne est peu importante après déduction de la peine subie à l'étranger ou lorsque l'accusé a été acquitté à l'étranger par une décision ayant autorité de la chose jugée* ».

Sur les questions 2 à 6 :

731. Avant de répondre aux questions 2 à 6, il convient de préciser le contexte dans lequel celles-ci s'inscrivent. Dans son Livre vert, la Commission propose l'adoption d'une procédure permettant de désigner l'Etat membre compétent au niveau européen à partir d'une conciliation entre les différents Etats compétents en vertu de leur droit national¹⁵¹⁴. En d'autres termes, le point de départ pour la détermination de l'Etat compétent reste le droit national. Une autre approche était concevable, reposant non pas sur la désignation de l'Etat internationalement compétent parmi les Etats nationalement compétents, mais sur la substitution de règles européennes de compétence aux règles nationales de compétence. L'on aurait pu imaginer, notamment, qu'un instrument européen (par exemple une décision-cadre ou une convention) enjoigne aux Etats membres de modifier leur droit national de telle sorte qu'en la réunion de certaines conditions, un seul Etat membre soit compétent (par exemple, celui sur le territoire duquel les faits ont été entièrement commis).

A première vue, la substitution de règles européennes aux règles nationales de compétence paraît séduisante. Cependant, l'instauration d'un tel système suppose que les Etats renoncent à certains chefs de compétence (par exemple, un Etat perdrait sa compétence lorsque l'infraction a été entièrement commise sur un ou plusieurs autres Etats membres même si la victime de l'infraction est ressortissante de cet Etat ou y possède son domicile – voire même si l'auteur de l'infraction est ressortissant de cet Etat ou y possède son domicile). Or, ils n'y sont pas nécessairement prêts, étant donné l'abandon de souveraineté que cela implique. De plus, l'adoption de règles européennes de compétence pourrait conduire à de sérieuses difficultés dans des affaires impliquant non seulement plusieurs Etats de l'Union européenne, mais encore un ou plusieurs Etats tiers. Un Etat pourrait ainsi être compétent au regard des règles nationales de compétence (conservant toute leur validité à l'échelle internationale), mais ne pas l'être au regard des règles européennes.

¹⁵¹⁴ Livre vert, précité, p. 5 et s., (voir *supra*, p. 582 et s.).

Aussi la solution proposée par la Commission, renonçant à la substitution de règles européennes de compétence aux dispositions nationales en vigueur, paraît-elle plus réaliste et plus souple. Dans ce contexte, les questions 2 à 6 trouveront des réponses affirmatives.

(2) Devrait-on instaurer l'obligation d'informer les autres États membres des poursuites pendantes ou prévues s'il existe des liens notables avec ces autres États membres ? De quelle manière faudrait-il échanger les informations sur les procédures pendantes, les décisions définitives et les autres décisions connexes ?

732. L'instauration d'une obligation d'information des autorités de poursuite des autres Etats membres est nécessaire en cas de poursuites pendantes ou prévues dans un Etat membre, s'il existe des liens notables avec ces autres Etats. De cette information dépend en effet la possibilité d'instaurer une procédure de détermination de l'Etat compétent pour traiter l'affaire.

Pour cet échange d'informations, le recours à une instance centrale européenne plutôt qu'à des systèmes bilatéraux d'informations est mieux adapté. Cela permettrait en effet d'étendre rapidement l'information à d'autres Etats membres dans l'hypothèse où l'enquête menée dans l'un des Etats mettrait ultérieurement en lumière que l'affaire présente des liens avec d'autres Etats membres que ceux qu'on estimait concernés à l'origine. Ainsi, l'échange d'information devrait avoir lieu sous l'égide d'Eurojust¹⁵¹⁵. Mais cela supposerait que cette institution soit dotée des ressources humaines et financières nécessaires. Pour la mise en œuvre concrète de l'échange d'informations, les praticiens seront mieux à même d'apprécier la situation.

(3) Faudrait-il prévoir l'obligation d'engager des discussions avec les États membres qui présentent des liens notables avec une cause en particulier?

733. L'obligation d'engager des discussions avec les autres États membres concernés par les faits est nécessaire car elle constitue le préalable indispensable à la mise en œuvre de l'unicité d'action répressive. En outre, elle est une étape incontournable pour briser le principe de l'Etat « *premier arrivé, premier servi* » au profit d'un choix qualitatif de l'Etat compétent (voir *supra*, p. 583).

(4) Est-il nécessaire de prévoir un modèle UE pour les accords contraignants à conclure entre autorités compétentes ?

734. Avant d'envisager la question de l'opportunité d'un modèle UE pour les accords contraignants à conclure entre autorités compétentes, il convient de se demander si la conclusion d'accords contraignants ne devrait pas, plutôt que d'être facultative comme l'envisage implicitement la Commission dans le Livre vert¹⁵¹⁶, être – précisément – contraignante. En d'autres termes, il s'agirait d'inviter les Etats à sceller

¹⁵¹⁵ Voir en ce sens les rapports annuels d'Eurojust 2003 (p. 62) et 2004 (p. 94). Les rapports peuvent être consultés sur le site : http://www.eurojust.eu.int/press_annual.htm

¹⁵¹⁶ Livre vert, précité, p. 5 et s. (voir *supra*, p. 582 et s.).

systématiquement leur accord de façon contraignante, pour éviter que les décisions nationales de suspension des poursuites soient révisées à la légère. Afin que les situations exceptionnelles puissent être traitées de façon différenciée, une clause prévoyant la révision de la situation en cas de modification substantielle des données de fait pourrait être incluse dans ces accords. Ainsi, le caractère contraignant de l'accord serait la règle tandis que la possibilité de le réviser serait l'exception.

Dans ce contexte, l'existence d'un modèle UE pour les accords contraignants serait probablement la bienvenue dans la pratique car elle faciliterait le travail des autorités concernées et permettrait d'accroître la lisibilité des accords.

(5) Y a-t-il lieu de mettre en place un processus de règlement des différends/de médiation pour le cas où des discussions directes n'aboutiraient à aucun accord ? Quel organisme semble être le mieux placé pour jouer un rôle de médiation dans les conflits de compétences ?

735. La mise en place d'un processus de médiation (l'expression « médiation » paraît plus adaptée que celle de « règlement des différends ») est indispensable. Eurojust semble être l'institution la mieux placée pour prendre cette mission en charge.

La suggestion de la Commission de rendre obligatoire la procédure de règlement des différends lorsqu'un certain délai de temps se serait écoulé est particulièrement digne d'attention¹⁵¹⁷. Une telle obligation découle en effet directement des droits du justiciable à être jugé dans un délai raisonnable (article 6 de la convention européenne des droits de l'homme ; article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

(6) Outre ce mécanisme de règlement des différends/de médiation, est-il nécessaire de prévoir à terme d'autres étapes, telle qu'une décision qui serait rendue par un organisme au niveau de l'UE?

736. La prévision d'une ultime étape pour déterminer l'Etat compétent paraît nécessaire. Cette étape pourrait être soit administrative (confiée par exemple à la Commission européenne), soit judiciaire (confiée à la Cour de justice des Communautés européennes)¹⁵¹⁸. Que l'une ou l'autre solution soit préférée, l'octroi d'une compétence spécifique à l'institution retenue ainsi que la mise en place d'une entité affectée à cette mission est nécessaire. Notamment, s'il devait s'agir de la Cour de justice, la création d'une nouvelle voie de droit – impliquant l'extension des compétences de la juridiction, limitativement énumérées par l'article 35 du Traité sur l'Union – serait indispensable. De plus, pour que la nouvelle mission puisse être dûment prise en charge, la création

¹⁵¹⁷ Livre vert, précité, p. 6 (voir *supra*, p. 583). Voir en ce sens le *Freiburg proposal*, précité, § 1 (2).

¹⁵¹⁸ Les auteurs du *Freiburg proposal* ont tranché pour une procédure judiciaire, *op. cit.*, § 3.

d'une Chambre pénale au sein de la Cour de justice, idée déjà avancée dans le passé pour d'autres perspectives¹⁵¹⁹, serait la bienvenue.

Enfin, en tout état de cause, l'action de l'institution retenue pour rendre cette décision nécessite que des critères pour la détermination de l'Etat membre soient préétablis¹⁵²⁰.

(7) Quel type de mécanisme de contrôle juridictionnel serait-il nécessaire et approprié de prévoir pour le contrôle de l'attribution des affaires ?

737. Lorsque la désignation de l'Etat membre compétent résulte d'un accord conclu entre les différents Etats concernés (voir *supra*, question 4), le contrôle juridictionnel de cette désignation revient de façon naturelle à la juridiction européenne, c'est-à-dire à la Cour de justice des Communautés européennes. La création d'une nouvelle voie de droit et d'une entité compétente pour effectuer le contrôle est nécessaire (voir *supra*, question 6 ; ce contrôle serait également confié à la Chambre pénale de la Cour de justice).

Lorsque la désignation de l'Etat membre compétent résulte d'une décision rendue par un organisme européen, deux hypothèses doivent être distinguées. Dans l'hypothèse d'une désignation de l'Etat compétent par la Cour de justice (voir *supra*, question 6), il ne serait pas nécessaire de prévoir de mécanisme de contrôle judiciaire. La procédure s'en trouverait allégée. En revanche, dans l'hypothèse d'une désignation de l'Etat compétent par une autorité administrative, un mécanisme de contrôle judiciaire devrait être mis en place. Il s'agirait alors du même mécanisme que celui permettant de contrôler le bien-fondé des accords conclus entre les Etats concernés par l'affaire en cause.

738. Par ailleurs, la question se pose de savoir quels devraient être les bénéficiaires de la possibilité de formuler un recours contre l'accord interétatique ou la décision européenne – si celle-ci était administrative.

En premier lieu, *les individus* concernés par la désignation de l'Etat compétent devraient pouvoir contester judiciairement l'accord interétatique ou la décision européenne. Cela vaut certainement pour les personnes faisant l'objet des poursuites. En revanche, la question de l'ouverture du recours aux victimes des faits est plus délicate. En principe, la victime n'étant pas une partie essentielle au procès répressif, ses intérêts ne devraient pas être surestimés. Par conséquent, elle ne devrait pas être admise à formuler un recours. Il est néanmoins fondamental que la victime puisse obtenir réparation de son préjudice et indemnisation de ses souffrances en saisissant les juridictions civiles du pays de son choix. La désignation de l'Etat pénalement compétent ne devrait donc pas nécessairement se reporter sur celle de l'Etat civilement compétent.

En second lieu, en cas de décision européenne administrative, l'on peut se demander si *les Etats* dont la compétence est établie en vertu des règles nationales de compétence, mais qui n'ont pas été désignés, devraient être recevables à contester la décision. Une

¹⁵¹⁹ *Analyse des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, A. BIEHLER, S. GLEß, N. PARRA, H. E. ZEITLER, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg /Br., April 2002, p. 49.

¹⁵²⁰ Voir *infra*, question n° 10.

réponse positive semble s'imposer à condition, bien entendu, qu'ils aient manifesté leur intérêt à juger l'affaire en temps utile. Cependant, les recours risquent d'être nombreux et de rallonger le processus de désignation de l'Etat compétent. De ce point de vue, le choix d'une procédure judiciaire de désignation de cet Etat paraît plus pertinent (voir *supra*, question 6).

(8) Faudrait-il prévoir une règle ou un principe exigeant de mettre un terme aux procédures parallèles dans l'UE ou de les suspendre ? Dans l'affirmative, à partir de quelle étape de la procédure cette règle ou ce principe devraient-ils s'appliquer ?

739. L'adoption d'une règle exigeant de mettre un terme aux procédures parallèles dans l'Union européenne ou de les suspendre serait tout à fait opportune. L'arrêt des poursuites parallèles est en effet la conséquence logique de la désignation d'un Etat pour traiter l'affaire. Ainsi, cet arrêt devrait avoir lieu à partir du moment où ladite désignation a eu lieu, c'est-à-dire soit après qu'un accord (contraignant) a été adopté, soit après qu'une décision européenne a été rendue.

La question se pose de savoir si l'arrêt des procédures parallèles doit être définitif ou simplement provisoire (dans cette dernière hypothèse, il ne s'agirait que d'une suspension de la procédure). A l'analyse, il apparaît que deux cas de figure se prêtent à la reprise d'une procédure parallèle : la mise en œuvre de la clause de l'accord permettant d'en ôter l'aspect contraignant en cas de modification substantielle des données de fait (voir *supra*, question 4), d'une part ; l'introduction d'un recours contre la désignation de l'Etat compétent (par le biais d'un accord interétatique ou d'une décision européenne si celle-ci est administrative), d'autre part. Dans ces deux cas, l'arrêt de la procédure pourra être rétroactivement considéré comme simplement provisoire – on pourra également parler d'une simple suspension des poursuites.

(10) Un futur instrument sur les conflits de compétences devrait-il inclure une liste des critères à appliquer pour le choix de l'Etat membre compétent ?

740. L'adoption d'une liste de critères à appliquer pour le choix de l'Etat membre compétent et, surtout, d'un système prévoyant leur articulation, est nécessaire à deux égards. En premier lieu, les critères – et leur mode d'articulation – serviraient de guide aux Etats lors des discussions menées pour parvenir à un accord désignant l'Etat qui traitera l'affaire. En second lieu, ils donneraient un fondement juridique auquel l'organe compétent pour rendre les décisions européennes de désignation de l'Etat compétent devrait se référer. En l'absence de tels critères et de toute indication quant à leur articulation, les désignations de l'Etat compétent seraient sans doute davantage exposées à la contestation devant les juridictions européennes.

(11) En dehors de la territorialité, quels autres critères devraient figurer sur cette liste ? Cette liste devrait-elle être exhaustive ?

741. Les chefs traditionnels de compétence devraient impérativement figurer sur cette liste. Il s'agit, au-delà de la compétence territoriale, des compétences personnelles active et passive, désignant les Etats de la nationalité et de la résidence des personnes suspectées et des victimes, ainsi que de la compétence réelle, visant les Etats directement touchés dans leurs intérêts fondamentaux.

742. En outre, on peut s'interroger sur la pertinence de critères tendant à faciliter la mise en œuvre *pratique* des poursuites. Dans ses rapports annuels de 2003 et 2004¹⁵²¹, Eurojust mentionne des critères tels que le lieu où se trouve l'accusé, la possibilité d'extrader ou de remettre la personne dans la juridiction désignée, la possibilité pour les témoins de se rendre sur les lieux du procès et pour la juridiction désignée d'assurer la protection des témoins, la capacité de la juridiction à juger l'affaire dans un délai raisonnable, la possibilité pour cette juridiction d'utiliser les preuves recueillies à l'étranger.

En l'état actuel de la coopération en matière pénale dans l'Union européenne, ces différents éléments revêtent certes une importance non négligeable. Toutefois, ils n'ont pas de caractère substantiel, au sens où ils ont pour seul fondement de permettre le contournement des difficultés pratiques. Aussi faudrait-il, au fur et à mesure des progrès réalisés dans l'Union en matière de coopération en matière pénale, cesser de recourir à ce type de critères. Par exemple, grâce au mandat d'arrêt européen, le lieu d'arrestation ne devrait plus être un critère déterminant au sein de l'Union européenne. De même, mieux vaudrait favoriser les progrès en matière de coopération pour la transmission des preuves, de reconnaissance des décisions pénales étrangères et de transfèrement des personnes condamnées, plutôt que de continuer d'attacher de l'importance à des critères tels que le lieu de situation des preuves ou d'exécution de la peine.

(12) Estimez-vous que cette liste devrait également indiquer les facteurs qui ne devraient pas être considérés comme pertinents pour le choix de l'État membre compétent? Dans l'affirmative, quels sont ces facteurs ?

743. Devrait impérativement être exclu de la liste des critères permettant de désigner l'Etat compétent tout critère relatif aux règles juridiques en vigueur dans les Etats membres, qu'il s'agisse de règles de procédure pénale ou de droit pénal de fond. En effet, il est indispensable de faire barrage à la pratique du *forum shopping*, tant par les autorités de poursuite que par les personnes poursuivies. Ainsi, des critères tels que la durée de la prescription ou les possibilités de l'interrompre, le degré d'exigence en matière de preuve, la recevabilité de telle ou telle mesure d'enquête, la sévérité de la peine ou de son exécution, etc... (l'énumération n'est bien entendu pas exhaustive), doivent absolument être exclus. Il serait intolérable, en effet, qu'un Etat soit choisi pour effectuer les poursuites parce qu'il possède, par exemple, une réglementation

¹⁵²¹ Pour le rapport 2003, p. 63 et s.; pour le rapport 2004, p. 95 et s. Les rapports peuvent être consultés sur le site : http://www.eurojust.eu.int/press_annual.htm

particulièrement clémente ou particulièrement rigoureuse sur un point de droit, procédural ou matériel, pouvant influencer le déroulement ou l'issue du procès.

(13) Est-il nécessaire, possible et opportun « d'établir un ordre de priorité » entre les critères de détermination de l'Etat membre compétent ? Dans l'affirmative, partagez-vous l'idée que la territorialité devrait avoir la priorité ?

744. S'il est nécessaire que les Etats de l'Union s'accordent sur un mode d'articulation des critères de détermination de l'Etat membre compétent, il n'est pas évident que l'établissement d'un ordre de priorité constitue la méthode la mieux adaptée. Ce dernier risque en effet de conduire à une hiérarchisation des critères, laquelle n'a guère connu de succès jusqu'à présent¹⁵²². Mieux vaut s'orienter vers une méthode plus souple de détermination de l'Etat compétent, dans laquelle tous les critères de la liste ont potentiellement un rôle à jouer.

L'idée d'une *pondération des critères* en fonction de l'importance qui leur est généralement reconnue, assortie d'un classement des Etats selon le poids que leur confèrent ces critères dans une affaire donnée, pourrait être étudiée.

Par exemple, le critère de la compétence réelle, rempli par l'atteinte à un intérêt fondamental de l'Etat, serait doté de la pondération 4. Le critère de la territorialité serait doté de la pondération 3 si les faits ont été intégralement commis sur le territoire de l'Etat, mais de la pondération 2 si les faits ont été partiellement commis sur le territoire de l'Etat. Enfin, le critère de la compétence personnelle active serait également doté de la pondération 2, tandis que le critère de la compétence personnelle passive serait doté de la pondération 1. Ces pondérations sont purement indicatives, elles ne doivent servir qu'à illustrer la proposition avancée.

Posons que trois Etats sont concernés par une affaire. Les faits ont été partiellement commis dans l'Etat A et dans l'Etat B. Trois victimes sont identifiées, dont l'une se situe dans l'Etat A et les deux autres dans l'Etat C. La personne suspectée d'avoir commis les faits est ressortissante de l'Etat B.

Etat A : 2 (compétence territoriale) + 1 (compétence personnelle passive) = 3

Etat B : 2 (compétence territoriale) + 3 (compétence personnelle active) = 5

Etat C : 2 x 1 (compétence personnelle passive) = 2

L'Etat qui obtient le plus de points est l'Etat B ; par conséquent, c'est à cet Etat que devrait être confié le traitement de l'affaire.

745. Certes, la méthode n'est pas infaillible. En effet, si dans la même hypothèse, deux personnes sont suspectées d'avoir commis les faits, dont l'une est ressortissante de l'Etat B et l'autre de l'Etat C, le problème se complique. Pour des raisons pratiques évidentes, il est opportun que les deux suspects soient jugés au cours de la même procédure, donc dans le même Etat.

¹⁵²² O. LAGODNY, *op. cit.*, p. 44 et s.

Etat A : 2 (compétence territoriale) + 1 (compétence personnelle passive) = 3

Etat B : 2 (compétence territoriale) + 3 (compétence personnelle active) = 5

Etat C : 2 x 1 (compétence personnelle passive) + 3 (compétence personnelle active) = 5

Les Etats B et C obtiennent un nombre égal de points. On pourra sortir de la difficulté en argumentant que la différence entre les deux Etats consiste en ce que l'Etat B obtient les deux premiers points en vertu de la compétence territoriale tandis que l'Etat C obtient les deux premiers points en vertu de la compétence personnelle passive. Or, la pondération de base est à l'avantage de la compétence territoriale. On tranchera donc en faveur de l'Etat B.

746. Si ces exemples ne fournissent pas la solution définitive du problème, ils ont le mérite de montrer que la *méthode des critères pondérés* présente certains avantages, dont le premier est certainement celui de la souplesse. Elle permet en effet de prendre en considération pour la désignation de l'Etat compétent le fait qu'il peut y avoir plusieurs Etats territorialement compétents, plusieurs suspects ou plusieurs victimes. Le nombre des suspects et des victimes, dont on ne peut nier qu'il est un facteur important, peut ainsi jouer un rôle dans le choix de l'Etat des poursuites. De plus, avec cette méthode, les Etats n'ont pas à renoncer à certains de leurs chefs de compétence, comme cela est nécessaire dès lors qu'il s'agit de s'accorder sur un ordre de priorité.

Les exemples évoqués permettent par ailleurs de se rendre compte que le recours à cette méthode suppose que certaines règles soient déterminées en amont. Ainsi, il apparaît nécessaire de poser pour principe, au niveau de l'Union européenne, que lorsque plusieurs personnes sont suspectées dans la même affaire, en tant que co-auteurs ou complices, elles devraient être jugées au cours de la même procédure, même si elles ne sont pas ressortissantes du même Etat.

LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÈGLE *NE BIS IN IDEM* DANS L'UNION EUROPEENNE

747. Avant de répondre aux questions posées par la Commission (B), il est nécessaire d'expliquer la nécessité de détacher la règle *ne bis in idem* du principe de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) (A). En effet, les conditions d'application de la règle *ne bis in idem* sont aujourd'hui largement dépendantes de l'idée selon laquelle cette règle est un effet du principe de l'autorité de la chose jugée. L'éventuelle redéfinition des conditions d'application de la règle serait donc nécessairement influencée par la remise en cause de ce lien intime qu'elle entretient aujourd'hui avec le principe de l'autorité de la chose jugée.

La nécessité de détacher la règle *ne bis in idem* du principe de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*)

748. Traditionnellement, la règle *ne bis in idem* est considérée comme un effet du principe de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) : parce qu'un juge s'est prononcé définitivement sur les faits, ceux-ci ne peuvent plus donner lieu à un nouvel examen judiciaire, si bien qu'il est prohibé d'engager de nouvelles poursuites à propos de ces faits. Ce rattachement de l'interdiction de poursuivre une nouvelle fois les mêmes faits au principe de l'autorité de la chose jugée a été établi en droit romain, plus précisément à l'époque de Justinien¹⁵²³. Il s'agit d'un lien de cause à effet extrêmement fort¹⁵²⁴, dépassant les traditions juridiques nationales. Par exemple, la Commission européenne s'y réfère expressément dans son Livre vert : « [Le principe *ne bis in idem*] ne peut jouer un rôle, en évitant l'ouverture d'une seconde procédure dans une même cause, que si une décision met fin à la procédure dans un Etat membre et interdit dès lors toute poursuite ultérieure (autorité de la chose jugée ou *res judicata*) »¹⁵²⁵.

749. Pourtant, si le rattachement de la règle *ne bis in idem* au principe de l'autorité de la chose jugée était sans doute bien fondé à l'époque où il a été mis en place, il est aujourd'hui contestable. En effet, replacée dans le contexte contemporain, l'étude des fonctions de la règle et du principe montre que celles-ci ne sont pas identiques.

La *fonction principale* de la règle *ne bis in idem* consiste en la protection de l'individu. Il s'agit d'assurer à toute personne qui a fait l'objet d'une poursuite répressive pour certains faits, peu important qu'elle ait été condamnée ou acquittée, qu'elle n'aura plus à l'avenir à rendre compte des mêmes faits devant la justice répressive. La reconnaissance de la règle *ne bis in idem* en tant que droit de l'homme dès la fin du XVIII^{ème} siècle¹⁵²⁶ puis dans les textes

¹⁵²³ Sur l'historique de ce rattachement, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 55 et s.

¹⁵²⁴ J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, notamment p. 55 et s.

¹⁵²⁵ Livre vert, précité, p. 3 (voir *supra*, p. 580).

¹⁵²⁶ Voir le septième amendement à la constitution américaine de 1787 : « *nor shall any person be subject to be twice put in jeopardy of life or limb* » ainsi que la constitution française des 3-14 septembre 1791, Titre III, Chapitre V, article 9 : « *Tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait* ».

adoptés en la matière après la seconde guerre mondiale¹⁵²⁷ témoigne de son ancrage dans cette logique de protection de l'individu.

Plus précisément, la règle *ne bis in idem* garantit à l'individu la sécurité juridique. Cette dernière consiste, d'une part, en la stabilité de sa situation juridique. Une fois que la situation juridique de l'individu a été fixée au regard des faits litigieux, elle ne peut plus être remise en question par le biais de nouvelles poursuites. D'autre part, la règle *ne bis in idem* procure à l'individu la garantie qu'il n'aura pas à subir de nouvelle procédure répressive pour les mêmes faits, avec les contraintes que cela comporte. Il n'aura pas à supporter de nouvelle accusation publique, de nouvelles mesures d'enquête, qui peuvent être particulièrement pesantes. Il ne sera pas à nouveau placé dans l'incertitude de l'issue du procès. Ce second aspect de la sécurité juridique ne se rapporte plus au sort juridique de l'individu, mais protège ce dernier dans sa personne.

Qu'il s'agisse de l'un ou l'autre aspect de la sécurité juridique, celle-ci n'est véritablement assurée que lorsque toute autre poursuite répressive est prohibée pour les mêmes faits *même sous une autre qualification juridique*. En effet, dès lors qu'un fait matériel peut donner lieu à une poursuite répressive sous une première qualification pénale, puis faire l'objet de nouvelles poursuites sous autant d'autres qualifications permettant d'appréhender les faits, la sécurité juridique n'est pas correctement préservée. C'est ainsi qu'il a été nécessaire, en France, de modifier la disposition du code de procédure pénale interdisant le renouvellement des poursuites après l'achèvement d'un procès d'assises. Jusqu'en 1941, l'interdiction du cumul des poursuites relevait de l'article 360 du code d'instruction criminelle, qui énonçait : « *Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusé à propos du même fait* ». Tout au long du XIX^{ème} siècle et de la première partie du XX^{ème} siècle, la Chambre criminelle de la Cour de cassation considérait que le cumul des poursuites n'était prohibé que si la qualification juridique était rigoureusement identique dans les différentes poursuites¹⁵²⁸. Ainsi, une personne acquittée après avoir été jugée pour homicide volontaire pouvait être poursuivie une seconde fois pour homicide involontaire, voire une troisième pour coups et blessures ayant entraîné la mort. L'autorité de poursuite et la partie civile non satisfaites du verdict pouvaient indéfiniment réengager la bataille. On perçoit bien le peu d'état qui est fait, dans cette jurisprudence, des deux composantes de la sécurité juridique. Pour couper court aux abus des parties poursuivantes et à la situation d'insécurité dans laquelle se trouvait l'individu poursuivi, une loi du 25 novembre 1941 modifia l'article 360 du code d'instruction criminelle, qui devint alors l'article 359, pour lui donner la consistance suivante : « *aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits* ». Cette formule plus large tendait à montrer que l'interdiction de renouveler les poursuites visait non plus seulement *le fait* juridiquement qualifié, mais *les*

¹⁵²⁷ Voir l'article 103 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande de 1949. Aux termes de cette disposition, « *nul ne peut être puni plusieurs fois pour le même fait sur le fondement des lois pénales générales* » ; l'article 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* » ; l'article 4 du Protocole additionnel n° 7 à la convention européenne des droits de l'homme, adopté en 1984 : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* ».

¹⁵²⁸ Ch. réunies 25 nov. 1841, *Sirey* 1942.I.93 ; Cass. crim. 23 juil. 1863 et 29 août 1863, *Sirey* 1864.I.198 ; Ch. réunies 7 juil. 1875, *Recueil Dalloz* 1876.I.47. La même jurisprudence était suivie en dehors de la matière criminelle : Cass. crim. 14 août 1875 et Ch. réunies 10 janv. 1876, *Sirey* 1877.I.41, note VILLEY ; Cass. Crim. 30 janv. 1937, *Sirey* 1939.I.193, note LEGAL ; 27 janv. 1949, *Recueil Dalloz* 1949, J., p. 514, note DONNEDIEU DE VABRES.

faits qui ont fait l'objet du procès, dans tous leurs aspects, toutes leurs qualifications¹⁵²⁹. Prenant acte de l'intervention du législateur, la Cour de cassation opéra un important revirement de jurisprudence en 1956, dans une décision restée célèbre : l'arrêt Chevalot¹⁵³⁰. Aujourd'hui, l'article 368 du code de procédure pénale (CPP) de 1958 est plus précis encore : « *Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente* ».

Au-delà de sa fonction principale de protection de la sécurité juridique individuelle, la règle *ne bis in idem* possède encore une *fonction secondaire* de protection de la sécurité juridique collective. En effet, tout en assurant la sécurité juridique de l'individu, la règle *ne bis in idem* profite à l'entourage de celui-ci. Prenons l'exemple d'un individu relaxé définitivement d'une accusation portée contre lui et supposons qu'un employeur souhaite l'embaucher. L'employeur doit être assuré que la relaxe constitue la situation juridique valable et qu'aucune décision future ne la transformera en une condamnation qui pourrait entraîner le prononcé d'une peine d'emprisonnement et empêcher l'employé d'honorer le contrat de travail. Cette sécurité juridique ne concerne d'ailleurs pas seulement l'employeur, mais aussi le groupe social dans lequel évolue l'individu, la collectivité amenée à entretenir des rapports juridiques avec lui.

750. En revanche, contrairement aux apparences, la fonction du principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas de protéger la sécurité juridique – ni individuelle ni collective. Il faut, pour s'en convaincre, s'intéresser aux fondements de l'autorité de la chose jugée.

Deux fondements peuvent être attribués à l'autorité de la chose jugée. La doctrine la considère tantôt comme une application de la présomption de vérité de la parole du juge (*res judicata pro veritate habetur*), tantôt elle se détourne du système de la présomption pour lui préférer le concept d'acte juridictionnel, lequel implique *per se* que le résultat de cet acte, le jugement ou « chose jugée », ne soit pas remis en question¹⁵³¹.

Que l'on retienne l'un ou l'autre fondement, l'on observe qu'ils conduisent tous deux au constat que l'autorité de la chose jugée a pour fonction première la *préservation du crédit du juge* dans l'exercice de sa mission, qui n'est autre que de résoudre les litiges. Pour asseoir sa légitimité et conserver son prestige vis-à-vis de la société, l'institution judiciaire doit se montrer pleinement capable de remplir cette mission. Cela l'oblige à « *se présenter aux justiciables comme un rouage conséquent et cohérent* » et lui interdit d'« *accepter la remise en cause de ses propres affirmations* »¹⁵³². Par conséquent, l'institution doit empêcher la survenance de toute contradiction entre ses décisions. Cet objectif est précisément celui du principe de l'autorité de la chose jugée, comme le montre l'analyse des fondements du principe.

Si l'on considère que l'autorité de la chose jugée repose sur la présomption *res judicata pro veritate habetur*, il est aisé de constater qu'en imposant de tenir pour vraie la parole du juge, la présomption protège cette parole avec une remarquable efficacité. L'obligation de respecter à tout prix la décision du juge – la présomption est irréfragable – semble même être conçue

¹⁵²⁹ L. HUGUENEY, note sous l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 12 juil. 1954, *Recueil Dalloz* 1955, J., p. 317 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 895.

¹⁵³⁰ Cass. Crim. 20 mars 1956, *Recueil Dalloz* 1957, J., p. 33, note HUGUENEY ; *JCP* 1956.II.9251.

¹⁵³¹ Pour plus de détails, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 104 et s.

¹⁵³² X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Préface J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1994, n° 247 (p. 386-387).

pour assurer le respect de celui qui l'a émise, le juge et, derrière lui, l'institution de la justice. Elle est particulièrement propice à l'accomplissement de la fonction de préservation de leur crédit. Nul doute, dans ces conditions, que des auteurs présentent le principe de l'autorité de la chose jugée comme le « *dogme de l'infaillibilité du juge* »¹⁵³³.

Si l'on retient que le fondement de l'autorité de la chose jugée est l'acte juridictionnel à propos duquel elle s'applique, l'on parvient à la même conclusion. En effet, la raison d'être de l'acte juridictionnel consiste en la résolution des litiges. Or, la résolution effective des litiges nourrit le crédit de la justice. En effet, à chaque litige résolu, le juge fait la preuve qu'il exerce véritablement sa fonction, la fonction juridictionnelle de dire le droit et trancher les litiges, et cela affermit son autorité et son crédit. Si la résolution qu'il a donnée du litige pouvait être remise en cause, cette autorité et ce crédit seraient ruinés. En ce sens, l'autorité de la chose jugée assiste le juge dans sa fonction de résolution des litiges en empêchant toute entrave postérieure à son action. C'est de cette manière qu'elle protège sa crédibilité¹⁵³⁴.

Ainsi, quel que soit le fondement envisagé pour le principe de l'autorité de la chose jugée, sa fonction consiste à préserver le crédit du juge et, partant, à renforcer la légitimité de ce dernier à remplir sa mission¹⁵³⁵.

751. Il apparaît donc que la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée n'ont pas les mêmes fonctions. Tandis qu'il s'agit pour la règle *ne bis in idem* d'assurer la sécurité juridique de l'individu qui a définitivement répondu de ses actes devant la justice et de la collectivité, le principe de l'autorité de la chose jugée a pour fonction de protéger l'autorité du juge aux yeux de la société, l'entretien de son crédit à remplir sa mission : « dire le droit et trancher les litiges ». Certes, la fonction de préservation de la sécurité juridique collective de la règle *ne bis in idem* et la fonction de protection de la crédibilité de la justice du principe de l'autorité de la chose jugée se rejoignent dans l'objectif commun de contribution à la paix sociale. En revanche, la fonction de protection de la sécurité juridique de l'individu n'appartient qu'à la règle *ne bis in idem*. Le principe de l'autorité de la chose jugée lui est totalement indifférent. Par conséquent, la conception traditionnelle selon laquelle la règle *ne bis in idem* n'est qu'un effet de l'autorité de la chose jugée et qui, en pratique, conduit à une restriction considérable de l'application de la règle *ne bis in idem*¹⁵³⁶, doit être remise en question. Il convient au contraire de détacher la règle *ne bis in idem* du principe de l'autorité de la chose jugée. Bien plutôt, la règle *ne bis in idem* devrait être perçue comme une application du principe d'unicité d'action répressive.

752. La nécessité de cesser de considérer la règle *ne bis in idem* comme un effet de la chose jugée n'est pas sans conséquence pour son internationalisation.

¹⁵³³ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 884.

¹⁵³⁴ N. VALTICOS voit également un lien très net entre le fondement de l'acte juridictionnel et la fonction de préservation du crédit du juge : « *c'est à la notion même du jugement que l'autorité de la chose jugée s'attache dès qu'on vient à la justifier par le désir d'éviter les contradictions entre les décisions judiciaires et de sauvegarder le prestige des tribunaux* », in *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Préface L. Mazeaud, Paris, Sirey, 1953, n° 55 *in fine* ; En ce sens également, Ch. GAVALDA souligne à propos du développement du fondement de l'acte juridictionnel qu'il « *était naturel dans ces conditions que les auteurs en viennent à centrer directement l'autorité de la chose jugée sur l'élargissement d'une notion entrevue par les Anciens et selon laquelle, l'interdiction de reconsidérer ce qui avait été jugé (la contestation) assurerait l'autorité – auctoritas – de la sentence et, à travers elle, la dignité des juridictions répressives et la confiance en leur verdict* », *op. cit.*, n° 8.

¹⁵³⁵ Pour plus de détails, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 101 et s. ; p. 111 et s. ; p. 149 et s.

¹⁵³⁶ J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 163 et s.

Dans l'Union européenne, la tendance actuelle est de concevoir l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* comme un produit, une conséquence directe de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives – c'est-à-dire de la reconnaissance par les Etats de l'Union des décisions répressives rendues dans les autres Etats de l'Union¹⁵³⁷. La position du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, faisant du principe de la reconnaissance mutuelle « *la pierre angulaire* » de la coopération judiciaire¹⁵³⁸, est tout à fait nette à cet égard. La Communication de la Commission du 26 juillet 2000 sur la *Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale* confirme cette position, en faisant de la règle *ne bis in idem* un « aspect » de la reconnaissance mutuelle¹⁵³⁹.

Dans ce contexte, la reconnaissance internationale de la règle *ne bis in idem* ne peut être que le fruit d'un long processus, puisque la reconnaissance mutuelle ne va pas sans un minimum d'harmonisation des règles de procédure et de fond. En effet, il est plus difficile qu'il ne paraît d'accorder une valeur aux jugements répressifs étrangers. En l'état actuel de disparité des règles juridiques pénales dans les vingt-cinq Etats membres de l'Union, ceux-ci sont nécessairement rendus en application d'un droit différent de celui de l'Etat dans lequel la reconnaissance est demandée. Or, l'on sait combien ces différences sont sensibles en matière pénale, tant en ce qui concerne les incriminations que les peines. En outre, les procédures pénales en application desquelles les jugements sont rendus présentent encore de grandes divergences d'un Etat à l'autre. Enfin, il faut mentionner la sensible question du respect des garanties fondamentales, qui est appréciée selon des critères et à des intensités variables dans chaque pays.

Pour parvenir à accorder une quelconque valeur à un jugement étranger, il faut pouvoir dépasser l'ensemble de ces divergences. Cela serait possible si les Etats acceptaient de reconnaître une décision étrangère quand bien même ils auraient eux-mêmes traité l'affaire d'une autre manière. Mais ils sont en vérité jaloux de leur politique pénale, qui reste l'un des symboles de leur souveraineté, et peu enclins à donner des effets sur leur territoire à des décisions répressives qui n'ont pas été rendues en conformité avec leur propre conception de la juste réponse à donner – ou à ne pas donner – à tel ou tel comportement. L'autre solution pour faciliter la reconnaissance d'une valeur aux jugements étrangers consiste à faire précéder celle-ci d'un travail préparatoire d'harmonisation des règles pénales de fond et de procédure, de sorte que les différences s'estompent. Mais, naturellement, cela prend du temps, et n'est pas toujours souhaitable en termes de respect des particularismes culturels juridiques. Il n'est

¹⁵³⁷ En ce qui concerne la doctrine, voir A. WEYEMBERGH, « Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ? », *Cahiers de droit européen* 2004, n^{os} 3/4, p. 337-375 : « Relevant du processus de la reconnaissance mutuelle, le principe *ne bis in idem* [international] est confronté aux questions que posent ce processus » ; ou encore : « Comme les autres dimensions de la reconnaissance mutuelle, le principe *ne bis in idem* déroge à l'application stricte [du] territorialisme [qui veut notamment que les jugements répressifs ne produisent des effets que sur le territoire où ils ont été prononcés] puisqu'il consiste à reconnaître l'autorité de la chose jugée à des décisions judiciaires répressives étrangères et revient ainsi à leur reconnaître des effets extraterritoriaux. Il est donc de nature à cristalliser les résistances » (p. 357) ; M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Préface H. Labayle, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, p. 609 : « *Le principe *ne bis in idem* (...) ne peut être mis en œuvre sans une affirmation du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Les deux principes sont par conséquent complémentaires* ».

¹⁵³⁸ Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, SN 200/99, § 33.

¹⁵³⁹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000, COM(2000) 495 final, p. 9 : « reconnaître une jugement signifie (...) le prendre en compte. Un des aspects pertinents est le principe „*ne bis in idem*“ selon lequel lorsque des personnes ont fait l'objet d'une décision en ce qui concerne certains faits et normes juridiques à appliquer, elles ne pourraient plus faire l'objet de décisions ultérieures sur la même affaire ».

alors pas surprenant qu'en vertu du *Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales* du Conseil de l'Union européenne, rendu public le 7 novembre 2000¹⁵⁴⁰, le réexamen des dispositions relatives à la règle *ne bis in idem*¹⁵⁴¹ ne constitue qu'une priorité de degré 6¹⁵⁴².

753. Si l'on analyse l'essence du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, l'on comprend vite qu'il s'agit d'une sorte d'internationalisation du principe de l'autorité de la chose jugée. L'intensité est peut-être moindre mais, au fond, reconnaître une décision ou lui accorder une autorité relève de la même démarche – on reconnaît l'idée d'octroi d'une valeur internationale aux jugements incarnée par la *convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs*, signée à La Haye le 28 mai 1970. En somme, le passage par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle en vue d'aboutir à l'applicabilité internationale de la règle *ne bis in idem* est, lui aussi, en parfaite cohérence avec l'idée que cette règle est un effet du jugement ou un aspect de l'autorité de la chose jugée. En quelque sorte, on internationalise le principe de l'autorité de la chose jugée dans le but d'obtenir l'internationalisation de la règle *ne bis in idem*.

754. Pourtant, il est urgent de prendre le contrepoint du dogme de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives comme condition préalable de l'applicabilité internationale de la règle *ne bis in idem*. Quand on a conscience des difficultés rencontrées pour internationaliser le principe de l'autorité de la chose jugée en l'état des divergences des législations pénales nationales, l'on comprend vite que subordonner l'applicabilité internationale de la règle *ne bis in idem* à la reconnaissance mutuelle des jugements est dangereux¹⁵⁴³.

En réalité, l'internationalisation du principe de l'autorité de la chose jugée n'a pas de sens. Pour s'en convaincre, il faut revenir à la fonction de ce principe, la protection du crédit de la justice. Celle-ci peut être assurée par l'évitement du renouvellement du cumul des poursuites dans la mesure où ce cumul témoigne d'une défiance vis-à-vis du premier juge qui s'est prononcé, ou dans la mesure où il peut déboucher sur une contradiction entre les deux jugements. Mais dès lors que la deuxième poursuite n'a pas vocation à faire s'appliquer le même droit que celui qui a été mis en œuvre dans la première poursuite, elle ne peut être source d'un quelconque discrédit. Le fait d'engager une nouvelle poursuite en vue de l'application de dispositions pénales ne relevant pas de la compétence du premier juge ne peut pas discréditer son action, ni le fait de rendre une décision différente de la première puisque la divergence s'explique simplement par le fait que le droit appliqué n'est pas le même.

Internationaliser le principe de l'autorité de la chose jugée ne peut avoir pour but que d'étendre la protection du crédit du juge aux juges étrangers. Mais pourquoi vouloir protéger le crédit des juges étrangers alors que cela n'est nullement nécessaire puisque leur crédit n'est pas mis en cause lorsqu'un juge national rejuge les mêmes faits en application de ses propres règles juridiques ? Pourquoi rechercher cette internationalisation alors que les contradictions n'ont nulle chance d'apparaître puisque l'on ne peut pas se contredire réciproquement dès lors que l'on juge en fonction de critères différents ? On le voit, le principe de l'autorité de la

¹⁵⁴⁰ Doc. n° 9737/5/00/REV5, p. 7 et 21.

¹⁵⁴¹ Il s'agit des articles 54 et suivants de la convention de Schengen.

¹⁵⁴² C'est-à-dire le dernier degré de priorité.

¹⁵⁴³ En faisant remarquer que l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* est « *de nature à cristalliser les résistances* » parce qu'elle « *consiste à reconnaître l'autorité de la chose jugée à des décisions judiciaires répressives étrangères* », A. WEYEMBERGH démontre parfaitement que la difficulté de l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* provient du passage obligé par l'autorité de la chose jugée, *op. cit.*, p. 357.

chose jugée n'est pas seulement incapable de prohiber le renouvellement des poursuites après un jugement étranger parce qu'il est difficile à internationaliser, il n'a tout simplement pas vocation à s'internationaliser. En revanche, la règle *ne bis in idem* s'internationalise très bien quand elle en est détachée¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴⁴ Pour des illustrations, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 240 et s.

Réponse aux questions

(14) Est-il nécessaire de réviser les règles de l'UE sur le principe *ne bis in idem* ?

755. La révision des règles de l'Union européenne sur la règle *ne bis in idem* (articles 54 et suivants de la convention d'application de l'accord de Schengen – ci-après « convention de Schengen ») est nécessaire. En premier lieu, la délimitation du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* mériterait d'être repensée – voir *infra*, question 15. En deuxième lieu, la condition actuelle d'existence d'un jugement (article 54) devrait être supprimée au profit de la simple exigence d'une décision définitive, comme le suggère d'ailleurs la Commission dans son Livre vert – voir *infra*, questions 16-18¹⁵⁴⁵. En troisième lieu, la condition d'exécution de la sanction (article 54) et les exceptions (article 55) doivent être réétudiées – voir *infra*, questions 20 et 21.

(15) Êtes-vous d'accord avec la définition suivante du champ d'application du principe *ne bis in idem* : « une décision pénale qui a été rendue par une autorité judiciaire ou qui a fait l'objet d'un recours devant une telle autorité »?

756. Cette définition paraît trop étroite, à deux égards.

D'une part, il convient de s'interroger sur la question de savoir si la règle devrait ne s'appliquer qu'en droit pénal *stricto sensu*, ou si elle devrait également concerner les poursuites répressives de nature administrative – voire les poursuites répressives disciplinaires. Dans sa proposition de décision-cadre « relative à l'application du principe *non bis in idem* », la République hellénique a montré son souci de ne pas cantonner l'application de la règle *ne bis in idem* aux poursuites purement pénales¹⁵⁴⁶. Elle a suggéré d'inclure dans son champ d'application les poursuites ayant pour objet de sanctionner les infractions administratives (article 1, a). Si cette orientation est tout à fait satisfaisante¹⁵⁴⁷, peut-être la démarche de la proposition grecque, se contentant d'étendre l'application de la règle *ne bis in idem* à la répression des infractions administratives et des atteintes à l'ordre public « à condition que cet acte ressortisse à ladite autorité administrative et que l'intéressé ait la possibilité de porter l'affaire devant une juridiction pénale », n'emporte-t-elle pas complètement la conviction. Elle pourrait être remplacée par la simple mention que la règle *ne bis in idem* s'applique en droit pénal au sens européen du terme – c'est-à-dire au sens où l'entend la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence relative à l'application de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-

¹⁵⁴⁵ La condition d'existence d'un jugement provient directement de l'approche traditionnelle de la règle *ne bis in idem* comme un effet de l'autorité de la chose jugée, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 265 et s.

¹⁵⁴⁶ JOCE C-100/24 du 26.4.2003.

¹⁵⁴⁷ La sécurité juridique individuelle et collective nécessite tout autant d'être préservée en matière de répression non pénale qu'en matière de répression pénale, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 171 et s.

fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle »)¹⁵⁴⁸. L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme a en effet le grand mérite d'englober non seulement les mesures déclarées pénales par les Etats, mais encore les mesures possédant un caractère répressif bien que les Etats ne leur confèrent pas la nature pénale¹⁵⁴⁹. Par conséquent, en ce qui concerne la définition du champ d'application de la règle *ne bis in idem*, il serait nécessaire de préciser que, dans l'expression « décision pénale », le terme « pénale » s'entend au sens que lui donne la Cour européenne des droits de l'homme.

757. D'autre part, l'exigence que la décision ait été rendue par une « autorité judiciaire » est trop restrictive.

En France par exemple, il existe des hypothèses dans lesquelles la répression d'infractions administratives et le prononcé subséquent de sanctions parfois très sévères est entièrement confié à une autorité administrative (en matière fiscale notamment), sans qu'aucune autorité judiciaire intervienne. Dans ce contexte, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que l'article 4 du Protocole n° 7 consacrant la règle *ne bis in idem* était applicable entre une poursuite fiscale et une poursuite pénale pour les mêmes faits¹⁵⁵⁰. Cette jurisprudence est satisfaisante et devrait inspirer la Commission européenne dans son projet de réforme des conditions d'application de la règle *ne bis in idem*.

Par ailleurs, l'exigence d'une décision rendue par une autorité judiciaire exclut d'office l'application de la règle *ne bis in idem* après qu'un litige pénal a été résolu par le biais d'une médiation pénale extra-judiciaire. Pourtant, la sécurité juridique devrait être tout autant assurée après qu'une médiation pénale est réussie qu'après que le litige a été tranché judiciairement¹⁵⁵¹.

758. En réalité, il est probable que la référence à l'intervention d'une autorité judiciaire provienne du vieux réflexe tendant à limiter l'application de la règle *ne bis in idem* en cas d'autorité de la chose jugée. En effet, sans l'intervention d'une autorité judiciaire, il ne peut y avoir de « chose jugée ». Mais cela ne signifie pas pour autant que l'interdiction de renouveler les poursuites pour les mêmes faits doive rester inappliquée.

¹⁵⁴⁸ Sur le bien fondé du recours à la notion européenne de « matière pénale », J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 170 et s. ; sur l'application par la Cour européenne des droits de l'homme de cette notion pour la mise en œuvre de l'article 4 du Protocole n° 7, *ibidem* p. 182 et s. ; enfin, sur la notion elle-même et son utilisation pour la mise en œuvre du principe d'unicité d'action répressive, *ibidem* p. 454 et s. Voir également, sur ce sujet, les observations du *Freiburg proposal*, précité, p. 21-23.

¹⁵⁴⁹ Pour plus de détails sur l'opportunité de s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 464 et s.

¹⁵⁵⁰ Décision du 14 sept. 1999 sur la recevabilité des requêtes n° 36855/97 (Ponsetti) et n° 41731/98 (Chesnel) contre la France. La Cour a décidé que la requête était manifestement mal fondée sur la seule constatation que les qualifications en jeu constituaient des infractions différentes quant à leurs éléments constitutifs. De cette décision, on peut donc déduire que la Cour considère que l'article 4 du Protocole n° 7 est applicable à l'hypothèse du cumul d'une poursuite administrative et d'une poursuite pénale pour les mêmes faits. En effet, dans le cas contraire, elle n'en serait pas arrivée au stade de la comparaison entre les deux infractions en cause pour savoir si celles-ci étaient identiques ou non. Voir également les arrêts *Gradinger c. Autriche*, 23 oct. 1995, req. n° 15963/90, série A, n° 328-C et *Franz Fischer c. Autriche* du 29 mai 2001, requête n° 37950/97 ; pour une analyse complète de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 184-190.

¹⁵⁵¹ Voir sur ce point la proposition grecque de décision-cadre, l'article 1 point b), constitue un jugement « toute décision définitive rendue par une juridiction pénale d'un Etat membre à l'issue d'une procédure pénale, qu'elle se termine par une condamnation, par une mise hors de cause ou par l'extinction définitive des poursuites, conformément au droit de l'Etat membre concerné, ainsi que toute médiation pénale extrajudiciaire ».

(16) Êtes-vous d'accord avec la définition suivante de la notion de « décision définitive »: « ... une décision qui interdit le déclenchement de nouvelles poursuites pénales en vertu du droit national de l'État membre où elle a été rendue, pour autant que cette interdiction nationale ne soit pas contraire aux objectifs du traité UE »?

759. Cette définition est source d'incertitude. En effet, comment savoir si une interdiction de déclencher une nouvelle poursuite est « contraire aux objectifs du traité UE »? Notamment, l'interdiction peut-elle être considérée comme contraire auxdits objectifs dès lors qu'elle n'est pas appliquée suffisamment strictement, par exemple si elle est uniquement mise en œuvre dans des hypothèses très limitées? Les juridictions qui auront à examiner si une telle contrariété existe seront indirectement amenées à déterminer dans quelle mesure une décision devrait être considérée comme définitive.

760. Une autre approche consiste à définir la décision définitive non pas au travers du renvoi aux droits nationaux, mais par l'élaboration d'une notion autonome européenne. Comme la règle *ne bis in idem* a pour fonction première de protéger le justiciable dans sa sécurité juridique, la notion de décision définitive pourrait ainsi être définie comme suit : *est définitive une décision qui est présentée comme tel au justiciable, c'est-à-dire dont le justiciable peut légitimement penser qu'elle constitue la solution définitive du litige*¹⁵⁵².

Cette définition de la décision définitive part de l'idée simple qu'est présentée comme définitive au justiciable la décision qui ne lui est pas explicitement signalée comme ne résolvant que provisoirement le litige. Aucune autre condition ne doit s'ajouter. Ainsi, la décision pourra être rendue par une autorité revêtant la qualité de juge ou non, après qu'une enquête détaillée a eu lieu ou non, à la suite d'une audience ou non et, enfin, sur reconnaissance de culpabilité ou non.

Que la décision puisse faire l'objet de voies de recours ne remet nullement en cause son caractère définitif. Ces voies de recours pourront être exercées ou non, sans que cette question influence en rien l'interdiction d'engager une *nouvelle* action pour les mêmes faits. Si une voie de recours est exercée, elle s'analyse simplement comme la continuation de la même action.

761. A titre d'illustration, la définition proposée peut être appliquée à certaines décisions des droits français et allemand, pour déterminer si celles-ci entraînent ou non l'application de la règle *ne bis in idem*.

Répond tout d'abord à cette définition le jugement au sens matériel du terme, c'est-à-dire la décision portant sur la responsabilité d'un individu au regard de certains faits et, le cas échéant, prononçant une sanction. Cette décision pourra émaner d'une juridiction ou d'une autre autorité dotée d'une compétence répressive. Toutefois, malgré le caractère définitif du jugement, une exception à l'interdiction d'engager une nouvelle poursuite pour les mêmes faits pourra résulter de la survenance de charges nouvelles lorsque la loi en dispose ainsi. La

¹⁵⁵² J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 489.

possibilité pour les législateurs nationaux de prévoir une telle exception est expressément reconnue par l'article 4 alinéa 2 du Protocole n° 7 de la convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁵³.

Doit encore être considérée comme une décision définitive la décision par laquelle un procureur décide de l'extinction de l'action publique à la suite d'une transaction pénale. En l'absence d'une telle décision explicite du procureur, l'accomplissement des obligations résultant de l'accord de transaction par la personne concernée devrait être considéré comme éteignant l'action publique. L'article 41-2 du code de procédure pénale français qui prévoit en son alinéa 8 que « *l'exécution de la composition pénale éteint l'action publique* » peut servir d'exemple sur ce point, de même que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes selon laquelle « *lorsque, à la suite d'une [transaction pénale], l'action publique est définitivement éteinte, la personne concernée doit être considérée comme ayant été „définitivement jugée“, au sens de l'article 54 de la convention de Schengen* »¹⁵⁵⁴.

Les décisions d'arrêt anticipé de la procédure doivent également être considérées comme des décisions définitives, peu important qu'elles soient rendues par un juge ou par une autorité de poursuite, dans la mesure où elles ne sont pas expressément signalées comme provisoires. Il faut préciser qu'il est indifférent que la décision résulte d'une considération d'opportunité, en particulier celle de ne pas poursuivre les faits en raison de leur caractère bénin. En effet, une décision motivée en opportunité clôt tout autant le litige qu'une décision motivée en droit. Du reste, une décision d'arrêt anticipé de la procédure est présentée comme définitive au justiciable, même si elle relève de considérations d'opportunité. Par conséquent, elle doit être considérée comme une décision définitive à part entière. De cela, il résulte notamment que les décisions allemandes d'arrêt de la procédure des paragraphes 153 alinéas 1 et 2 StPO, qui résultent d'une considération d'opportunité puisqu'il s'agit de ne pas poursuivre les infractions de faible gravité, sont des décisions définitives. Il en va de même pour les décisions du paragraphe 170 alinéa 2 StPO dès lors qu'elles sont motivées en droit ou en opportunité¹⁵⁵⁵. On peut encore mentionner, en droit français, l'ordonnance du juge d'instruction de refus d'informer de l'article 86 alinéa 4 CPP, ainsi que le classement sans suite par le ministère public lorsqu'il découle de considérations d'opportunité.

Enfin, lorsqu'une médiation pénale est réussie, c'est-à-dire si un accord est atteint entre l'auteur et la victime de l'infraction et que les termes de cet accord sont respectés par l'auteur, elle devrait être considérée comme éteignant définitivement l'action publique.

762. En revanche, les décisions qui sont signalées au justiciable comme étant provisoires ne constituent pas des décisions définitives. Il faut mentionner, de manière quelque peu anecdotique, que la décision d'un procureur de ne pas poursuivre des faits au motif qu'une poursuite a déjà été engagée dans un autre Etat membre de l'Union européenne pour ces faits, ne saurait être considérée comme une décision définitive. En effet, elle ne résout pas le litige. Aussi la Cour de justice des Communautés européennes a-t-elle justement décidé, dans son

¹⁵⁵³ Art. 4 al. 2 Prot. n° 7 : « *Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu* ».

¹⁵⁵⁴ Arrêt Gözütok et Brügger du 11 fév. 2003, aff. C-187/01 et C-385/01, point 30.

¹⁵⁵⁵ La décision d'arrêt de la procédure selon le § 170 al. 2 StPO peut aussi être motivée par l'absence de charges suffisantes.

arrêt du 10 mars 2005 rendue dans l'affaire Miraglia¹⁵⁵⁶, qu'une telle décision n'entraîne pas l'application de l'article 54 de la convention de Schengen.

Les décisions qui, typiquement, ne sont pas définitives, sont celles sur lesquelles la loi permet explicitement de revenir en cas de charges nouvelles contre l'individu qui a été mis hors de cause. Il en va ainsi de l'ordonnance de non-lieu française qui, selon l'article 188 CPP, peut être remise en question dans l'hypothèse de charges nouvelles¹⁵⁵⁷. En Allemagne, c'est le cas des décisions d'arrêt anticipé de la procédure selon les paragraphes 174 alinéa 2 et 211 StPO, qui peuvent être révisées sur le fondement de faits nouveaux ou de charges nouvelles, mais aussi de la transaction pénale, à la suite de laquelle une poursuite peut être engagée s'il apparaît que les faits constituent un crime.

De plus, il faut ajouter à ces décisions celles qui sont motivées par l'absence de charges suffisantes. Ce peut être le cas du classement sans suite français et de la décision allemande d'arrêt de la procédure fondée sur le paragraphe 170 alinéa 2 StPO (lorsqu'ils sont motivés en fait). En effet, le justiciable comprend bien que si la condition de la mise hors de cause – l'absence de charges suffisantes – cesse, il pourra être poursuivi à nouveau. La décision ne lui est donc pas présentée comme définitive.

(19) Est-il possible et nécessaire de définir le concept *idem*, ou faudrait-il laisser ce concept à l'interprétation qu'en donnera la Cour de justice dans sa jurisprudence?

763. La condition d'identité de fait (le concept *idem*) a donné lieu à de nombreuses controverses. En particulier, deux questions sont principalement apparues en jurisprudence. La première est de savoir si le concept *idem* se rapporte au fait matériel (*idem factum*), c'est-à-dire à l'acte concrètement réalisé par l'individu, ou au fait juridique (*idem crimen*), c'est-à-dire à la qualification légale de cet acte. La seconde question ne se pose que dès lors que l'on raisonne en termes d'identité matérielle des faits et concerne la définition du fait matériel. Ce dernier doit-il être perçu comme un acte – ou une abstention – de l'homme pouvant recevoir une qualification pénale, ou plutôt comme une entité logique infractionnelle ?

764. La conception de l'identité juridique doit être écartée au profit de l'identité matérielle des faits. Il a été montré haut que dès lors que sa mise en œuvre est conditionnée par l'identité juridique entre les faits invoqués dans les différentes actions, la règle *ne bis in idem* manque partiellement son objectif de préservation de la sécurité juridique. Si, en effet, autant de nouvelles actions pouvaient avoir lieu qu'il existe de qualifications juridiques susceptibles d'appréhender le fait matériel, les cas dans lesquels aucune autre action répressive ne serait possible pour les mêmes faits seraient bien rares.

Cette affirmation ne nécessite pas d'être nuancée en ce qui concerne l'application internationale de la règle *ne bis in idem*. En effet, dans ce contexte précisément, le nombre de qualifications potentiellement applicables est encore augmenté puisque chaque système juridique national contient des lois répressives propres. Même à propos de comportements

¹⁵⁵⁶ Aff. C-496/03, RSC 2005, p. 943-944, obs. MANACORDA.

¹⁵⁵⁷ Aux termes de l'article 188 CPP, « la personne mise en examen à l'égard de laquelle le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre ne peut plus être recherchée à l'occasion du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges ».

délictuels très courants, les définitions des incriminations peuvent présenter des différences importantes de sorte que, par exemple, un acte devrait être réprimé comme vol dans un Etat, comme escroquerie dans un autre, comme abus de bien social dans un troisième, et la suite peut être longue encore. La subordination de l'application de la règle *ne bis in idem* à la condition d'identité de qualification juridique dans les différentes actions envisageables réduirait sa mise en œuvre à une peau de chagrin.

La Cour de justice des Communautés européennes s'est d'ailleurs prononcée en faveur de la simple exigence d'identité matérielle des faits, dans son récent arrêt Van Esbroeck du 9 mars 2006¹⁵⁵⁸. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si l'article 54 de la convention de Schengen devait être interprété en ce sens que l'importation et l'exportation de stupéfiants constituent les « *mêmes faits* ». La Cour a jugé que « *le critère pertinent aux fins de l'application [de l'article 54 de la convention de Schengen] est constitué par celui de l'identité des faits matériels (...) indépendamment de la qualification juridique de ces faits ou de l'intérêt juridique protégé* ». Dans ses conclusions présentées le 20 octobre 2005, l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer avait nettement défendu cette position¹⁵⁵⁹. Il avait d'abord exposé les trois interprétations que l'on peut donner au concept de faits : celle de faits matériels « *à l'exclusion de toute autre considération* », celle « *privilegiant leur qualification juridique* » et celle « *mettant l'accent sur les biens juridiques protégés par cette qualification* »¹⁵⁶⁰. Puis, après une courte analyse linguistique¹⁵⁶¹, il avait franchement pris position pour la première option eu égard « *au fondement et au sens de la garantie* » apportée par la règle *ne bis in idem*. Son argumentation était la suivante : « *la libre circulation dans l'espace Schengen exige que l'auteur d'un acte sache, une fois condamné et après avoir purgé sa peine ou, le cas échéant, après avoir été définitivement acquitté dans un Etat membre, il peut se déplacer à l'intérieur de cet espace sans craindre d'être poursuivi dans un autre Etat au motif que ce comportement constitue une infraction distincte dans son ordre juridique. Si l'on admettait cette dernière approche, l'objectif de l'article 2 [du traité sur l'Union] premier alinéa, quatrième tiret, resterait lettre morte et l'on aboutirait à autant d'obstacles à cette liberté dans l'espace intérieur qu'il y a de systèmes pénaux, lesquels, de surcroît, et malgré le travail d'harmonisation résultant des décisions-cadres du Conseil de l'Union, se caractérisent par une forte empreinte nationale* »¹⁵⁶². De même, M. Ruiz-Jarabo Colomer avait rejeté l'exigence d'identité du bien juridique protégé, « *car il apparaît si lié aux choix légitimes des politiques pénales internes qu'il permettrait de réprimer plusieurs fois un même comportement* ». Enfin, l'avocat général avait fait remarquer, pour conforter sa préférence pour l'approche factuelle de la notion de fait, que le projet grec de décision-cadre prévoit explicitement que l'identité est réalisée lorsque « *le deuxième acte punissable résulte exclusivement des mêmes circonstances ou de circonstances en substance similaires, indépendamment de sa qualification juridique* »¹⁵⁶³.

L'ensemble de ces arguments invite à répondre à la Commission qu'il est nécessaire de définir le concept *idem* comme l'identité matérielle des faits (*idem factum*). A présent, il reste

¹⁵⁵⁸ Affaire C-436/04.

¹⁵⁵⁹ Conclusions rendues dans l'affaire C-436/04.

¹⁵⁶⁰ Point 43 des conclusions.

¹⁵⁶¹ Dans plusieurs langues, la lettre de l'article 54 de la convention de Schengen, invite à retenir l'approche factuelle. En français : « *une personne qui a été définitivement jugée dans un Etat partie ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie dans un autre Etat partie (...)* » (et non pas pour la même infraction).

¹⁵⁶² Point 45 des conclusions.

¹⁵⁶³ Article 1 point e du projet, c'est nous qui soulignons. En ce sens également le *Freiburg Proposal*, précité, § 6 (2) c : il est fait référence aux « *mêmes faits substantiels, indépendamment de leur qualification juridique* ».

à savoir en quoi consiste un fait matériel, en particulier s'il convient de raisonner par ensemble infractionnel plutôt qu'acte matériel par acte matériel.

765. L'appréhension des faits par ensemble infractionnel est bien connue du droit allemand. Il est de jurisprudence constante que le concept de fait (*Tatbegriff*) doit être compris comme englobant les faits matériels qui ont fait l'objet du procès. Le fait est ainsi défini comme le « *déroulement historique – c'est-à-dire limité temporellement et matériellement – auquel renvoient la plainte et la décision d'ouverture des poursuites et au sein duquel l'accusé aurait réalisé une infraction pénale* »¹⁵⁶⁴. Il en découle que l'ensemble infractionnel regroupe tous les aspects d'une affaire qui constituent une « *unité naturelle* » et qui ont été portés à la connaissance du tribunal.

Pour illustrer les implications de cette formule, l'on peut raisonner à partir de l'exemple suivant. Après avoir braqué une banque, un individu prend le volant d'une voiture pour s'enfuir bien qu'il ne soit pas titulaire du permis de conduire¹⁵⁶⁵. Faut-il considérer l'affaire comme l'addition de deux faits distincts, justifiant que deux actions répressives aient lieu, ou comme un ensemble infractionnel ne permettant qu'une seule et même poursuite ? La Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*) décide pour sa part que les deux éléments appartiennent au même ensemble infractionnel, si bien que l'infraction de conduite sans permis de conduire doit être jugée en même temps que le vol à main armée, par une seule juridiction¹⁵⁶⁶.

En France, en revanche, on raisonne traditionnellement par fait matériel susceptible de constituer une infraction pénale. Ainsi, si un aspect d'un projet délictueux a été définitivement jugé, cela n'empêche pas qu'un autre aspect du même projet soit porté devant la justice répressive par le biais d'une nouvelle action répressive. Par exemple, une personne qui a commis une escroquerie à l'aide d'un document sur lequel elle a apposé une fausse signature peut être poursuivie dans un premier temps pour l'escroquerie puis, dans un second temps, pour la fabrication du faux. Selon la Cour de cassation, « *une condamnation pour escroquerie commise à l'aide d'un faux n'empêche pas une nouvelle poursuite pour faux contre la même personne, car la fabrication d'un faux est distincte de son usage* »¹⁵⁶⁷. Dès 1932, l'on s'insurgea contre ce dépeçage artificiel de l'acte délictueux¹⁵⁶⁸. Si la formule allemande était utilisée dans une pareille situation, la seconde poursuite, fondée sur l'infraction de faux, serait exclue du simple fait que la fabrication du faux – résultant de la fausse signature dans l'exemple susmentionné – est temporellement et matériellement étroitement liée à son usage. La fabrication et l'usage du faux constitueraient un ensemble infractionnel ne permettant l'exercice que d'une seule action répressive. En application de cette jurisprudence, le vol à main armée et la conduite sans permis de conduire constituent deux faits matériels différents, pouvant donner lieu à deux poursuites distinctes.

¹⁵⁶⁴ Il s'agit d'une formule constante de jurisprudence.

¹⁵⁶⁵ L'exemple est tiré d'une affaire allemande soumise à la Cour fédérale de justice (arrêt BGH 11 avril 1995, *NStZ* 1996, p. 41-42).

¹⁵⁶⁶ BGH 11 avril 1995, *NStZ* 1996, p. 41-42.

¹⁵⁶⁷ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 894. L'exemple, toujours actuel, est tiré de l'arrêt Cass. crim. 20 fév. 1931, *Sirey* 1932, p. 273-274. D'autres exemples dans lesquels la Cour de cassation raisonne par fait matériel susceptible de constituer une infraction pénale peuvent être cités : Cass. crim. 17 déc. 1984, Bull. crim. n° 404 ; Cass. crim. 2 avril 1990, Bull. crim. n° 141.

¹⁵⁶⁸ L. HUGUENEY, note sous Cass. crim. 20 fév. 1931.

La théorie de l'ensemble infractionnel pourrait être source d'inspiration pour l'élaboration d'une conception européenne du concept de fait matériel¹⁵⁶⁹. Dans son arrêt Van Esbroeck, la Cour de justice des Communautés européennes semble d'ailleurs l'avoir consacrée. Elle a en effet précisé que les faits matériels devaient être compris comme « *un ensemble de faits indissociablement lié entre eux* ».

Toutefois, on ne peut exclure que cette théorie conduise parfois à des résultats peu satisfaisants. Pour illustrer ce propos, supposons que, dans l'exemple du braquage de banque, ce dernier a eu lieu à Strasbourg et que l'auteur des faits s'est enfui en Allemagne, où il a été constaté qu'il conduisait sans être titulaire du permis de conduire¹⁵⁷⁰. L'individu est jugé par le tribunal de police d'Offenbourg¹⁵⁷¹, qui le condamne à une amende pour conduite d'un véhicule sans permis de conduire, sans se prononcer sur le vol à main armée bien qu'il en ait eu connaissance¹⁵⁷². La question se pose de savoir si les autorités françaises peuvent poursuivre cet individu ou si elles doivent considérer que, le braquage de banque et la conduite sans permis de conduire constituant un ensemble infractionnel, cet individu a déjà été définitivement jugé l'ensemble des faits. Si les autorités françaises devaient appliquer la théorie de l'ensemble infractionnel, elles devraient conclure que la décision du tribunal d'Offenbourg a épuisé l'action publique. Par conséquent, les autorités françaises devraient s'abstenir de poursuivre l'individu pour le braquage de banque. Etant donné le trouble que provoquerait le traitement maladroit de cette affaire transfrontalière, l'on peut douter de l'opportunité de recourir à la théorie de l'ensemble infractionnel dans ce type de situation.

Aussi convient-il de répondre à la question de la Commission européenne que l'élaboration progressive d'une conception commune du fait matériel par la Cour de justice des Communautés européennes paraît-elle plus indiquée. Elle aura le mérite d'être façonnée à l'aune de cas concrets, donc de rester soucieuse des difficultés pratiques comme celle que l'exemple susmentionné met en évidence.

Il convient, enfin, de mentionner que la définition du fait proposée par le projet grec de décision-cadre est intéressante. L'identité de fait est avérée lorsque « *le deuxième acte punissable résulte exclusivement des mêmes circonstances ou de circonstances en substance similaires* »¹⁵⁷³. L'emploi du terme « circonstance », plus large que celui de « fait », permet de raisonner par ensemble infractionnel sans retrouver les difficultés évoquées ci-dessus. En effet, comme il est précisé que les circonstances doivent être *en substance* similaires, une nouvelle procédure peut être engagée dans le cas où un aspect de l'ensemble infractionnel substantiellement différent d'autres aspects ayant donné lieu à une décision définitive n'a encore trouvé de réponse judiciaire. Ainsi, le vol à main armée ayant précédé la conduite sans permis de conduire pourrait faire l'objet d'une nouvelle poursuite en France. Il semble que cette formule pourrait avantageusement servir de point d'appui à la jurisprudence à venir de la Cour de justice des Communautés européennes.

¹⁵⁶⁹ Pour plus de détails, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 500 et s.

¹⁵⁷⁰ Les compléments apportés à l'exemple sont en partie empruntés à B. HECKER, « Das Prinzip „ne bis in idem“ im Schengener Rechtsraum », *StV* 2001, p. 306-311, spéc. p. 309.

¹⁵⁷¹ Petite bourgade du pays de Bade située à 30 km de Strasbourg.

¹⁵⁷² L'hypothèse est loin d'être d'école. Le braquage de banque ayant été commis sur le territoire français, il suffit que l'auteur des faits soit de nationalité française pour que la compétence internationale des juridictions allemandes fasse défaut (§ 7 StGB).

¹⁵⁷³ Article 1 point e du projet.

(20) Existe-t-il, selon vous, des situations dans lesquelles il serait encore nécessaire de maintenir une condition relative à l'exécution de la sanction et, dans l'affirmative, quelles sont-elles ? Dans l'affirmative, cette condition peut-elle être supprimée si un mécanisme de détermination de l'État membre compétent est établi?

766. La condition d'exécution de la sanction a pour vocation d'éviter qu'un individu se dérobe à la sanction prononcée contre lui dans un Etat en quittant celui-ci. En effet, s'il était possible de se prévaloir de la règle *ne bis in idem* dans de telles circonstances, l'individu concerné pourrait y voir une incitation à fuir à l'étranger après avoir été condamné dans l'un des Etats compétents pour réprimer les faits. Cependant, dès lors que l'exécution de la sanction prononcée à l'étranger peut avoir lieu sans qu'une nouvelle action répressive soit mise en œuvre dans un autre Etat, il n'est plus justifié que l'inexécution de la sanction fasse obstacle à l'application de la règle *ne bis in idem*. Il serait donc opportun de renverser la condition d'exécution de la sanction étrangère en une exception d'impossibilité d'exécution de cette sanction¹⁵⁷⁴. Dans ce système, la règle *ne bis in idem* serait applicable malgré l'inexécution de la sanction étrangère, sauf si l'exécution est en pratique impossible.

C'est le cas dans une première hypothèse, lorsque la sanction prononcée dans un Etat de l'Union ne peut pas être exécutée dans l'Etat dans lequel se trouve l'individu *et* que l'extradition (– ou la « remise » selon les termes de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen¹⁵⁷⁵ –) de ce dernier en vue de l'exécution de la sanction n'est pas possible. Dans cette première hypothèse, l'exception d'inexécution de la sanction possède toute sa pertinence¹⁵⁷⁶.

La seconde hypothèse justifiant qu'une nouvelle poursuite puisse être engagée en cas d'inexécution de la sanction étrangère est la suivante : une sanction a été prononcée à l'étranger à l'issue d'une procédure ne respectant pas les droits de la défense tels que sauvegardés par la convention européenne des droits de l'homme. Dans ce cas, à la demande de l'individu concerné, il devrait être possible d'engager une nouvelle poursuite pour les mêmes faits plutôt que de donner effet à la décision étrangère.

767. Si un mécanisme de détermination de l'Etat membre compétent est établi, un seul Etat membre traite l'affaire. Dans ce cas, de deux choses l'une. Soit le premier Etat était l'Etat compétent, ce qui n'empêche pas que l'individu condamné puisse s'être dérobé à l'exécution de la sanction. En cas d'impossibilité d'exécuter cette sanction dans l'Etat où se trouve l'individu *et* d'impossibilité de le remettre à l'Etat du prononcé de la sanction, une nouvelle poursuite dans l'Etat de situation de l'individu devrait rester possible. Soit le premier Etat n'était pas l'Etat compétent, et le problème dépasse largement la question de savoir si une nouvelle poursuite peut être engagée en raison de l'inexécution de la sanction prononcée lors de la première poursuite – illicite. En conclusion, la question de la suppression de la condition d'exécution de la sanction ne dépend pas de l'établissement d'un mécanisme de détermination de l'Etat membre compétent.

¹⁵⁷⁴ Pour plus de détails, J. LELIEUR-FISCHER, *op. cit.*, p. 552-553.

¹⁵⁷⁵ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, JOCE L 190/1 du 18.7.2002.

¹⁵⁷⁶ En ce sens, voir le *Freiburg Proposal*, précité, § 7 et les explications p. 27-31.

(21) Dans quelle mesure les exceptions prévues à l'article 55 de la convention de Schengen peuvent-elles encore se justifier ? Peuvent-elles être supprimées si un mécanisme de détermination de l'État membre compétent est établi, ou serait-il nécessaire, selon vous, de prévoir des mesures complémentaires afin de « compenser » la suppression des exceptions dans ces circonstances ?

768. La question de la suppression des exceptions de l'article 55 de la convention de Schengen, qui est de nature éminemment politique, est très sensible. D'une part, la nécessité de ne pas abuser de ces exceptions se fait sentir¹⁵⁷⁷. D'autre part, les Etats sont réticents. La France, par exemple, dont le droit interne ne prévoit pas l'exception relative aux infractions portant atteinte à la sûreté de l'Etat et à ses intérêts essentiels¹⁵⁷⁸, souhaite le maintien de cette exception dans les dispositions internationales¹⁵⁷⁹.

Des trois exceptions de l'article 55, toutes n'ont pas le même impact. L'exception relative aux infractions contre la sûreté de l'Etat ou autres intérêts également essentiels de l'Etat et l'exception relative aux infractions commises par un fonctionnaire de l'Etat couvrent un champ d'application très étroit. La restriction à l'application de la règle *ne bis in idem* est donc très faible. En revanche, l'exception de territorialité concerne un domaine bien plus vaste, puisqu'elle s'applique dès lors que l'infraction qui a donné lieu à une décision définitive dans un Etat a été commise sur territoire d'un autre Etat. En d'autres termes, elle peut être invoquée à l'encontre de tout individu qui a déjà été poursuivi et jugé dans un Etat en application d'un autre chef de compétence que la compétence territoriale, notamment la compétence personnelle, active ou passive. L'exception de territorialité représente donc une restriction importante à l'application de la règle *ne bis in idem*.

769. En France, le Conseil d'Etat a été interrogé sur la question de savoir si le maintien des exceptions répondait à des exigences de nature constitutionnelle. Il s'est prononcé par un avis rendu le 29 avril 2004¹⁵⁸⁰.

En ce qui concerne l'exception relative aux infractions portant atteinte à la sûreté et aux autres intérêts essentiels de l'Etat, le Conseil d'Etat s'est montré catégorique. Ces infractions qui font l'objet du titre premier du livre IV du code pénal – trahison, espionnage, attentat ou complot de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou à la Défense nationale – « *se rattachent aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Par conséquent, « [l]a possibilité pour les juridictions nationales de réprimer ces infractions, malgré l'intervention d'un jugement définitif émanant d'un autre Etat membre de l'Union européenne, doit, pour des motifs

¹⁵⁷⁷ L'article 55 alinéa 3 de la convention de Schengen en témoigne déjà. Voir en ce sens également le *Freiburg Proposal*, précité, qui suggère la suppression totale des exceptions traditionnelles, mais l'adoption en revanche d'une nouvelle exception en son § 9 : (1) « [La règle *ne bis in idem*] n'est pas applicable lorsque la première procédure a été engagée dans le but de soustraire la personne de sa responsabilité pénale ». (2) « Seule la Cour de justice des Communautés européennes peut décider de donner effet à cette disposition si elle est saisie par un Etat membre s'apprêtant à engager des poursuites pénales » (voir les commentaires p. 32-33).

¹⁵⁷⁸ Les articles 692 CPP et 113-9 CP ne sont pas assortis d'une telle exception.

¹⁵⁷⁹ Voir le rapport du sénateur P. Fauchon relatif au projet grec de décision-cadre relative à l'application du principe « *non bis in idem* » (doc. n° 79 rectifié de la session ordinaire de 2003-2004 du Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 20 nov. 2003, www.senat.fr/leg/ppr03-079.html) : « Notre Gouvernement souhaite également conserver l'ensemble des exceptions au principe du „non bis in idem“ mentionnées à l'article 55 de la convention (...) de Schengen, y compris celle relative aux „autres intérêts également essentiels“ ».

¹⁵⁸⁰ Conseil d'Etat, Section de l'intérieur, n° 370.136, 29 avr. 2004.

d'ordre constitutionnel, être maintenue »¹⁵⁸¹. La renonciation à cette exception par la France est donc exclue.

A propos de l'exception relative aux infractions commises par les fonctionnaires de l'Etat, le Conseil d'Etat estime que tant la règle *ne bis in idem* « *ne fait pas obstacle à l'exercice par la puissance publique de poursuites disciplinaires à l'encontre de ses agents* », la renonciation à ladite exception ne heurterait aucun principe de valeur constitutionnelle¹⁵⁸². Or, dès lors que le champ d'application de la règle *ne bis in idem* est le droit pénal au sens européen du terme¹⁵⁸³, les poursuites disciplinaires sont susceptibles d'y être incluses. Ainsi, au regard du droit français, le maintien de l'exception serait nécessaire.

Enfin, le Conseil d'Etat s'exprime sur l'exception de territorialité. Après avoir relevé que, « *sans doute (...), dans la traduction juridique française, le droit de punir émane du droit de souveraineté et (...) cette souveraineté est elle-même rattachée au territoire national* », le Conseil a exploré les possibilités pour l'Etat français de consentir à des dérogations à son droit de poursuivre les individus qui ont commis des infractions sur son territoire. Au regard du quinzième aliéna du Préambule de la constitution de 1946, lequel permet à la France d'accepter certaines restrictions de sa souveraineté sous réserve de réciprocité, il a estimé que « *le principe de la juridiction de l'Etat sur le territoire duquel une infraction pénale a été commise* » peut être limité par une décision-cadre prise sur le fondements d'engagement internationaux régulièrement introduits dans l'ordre juridique interne¹⁵⁸⁴.

770. Il convient par conséquent de répondre à la Commission européenne que le maintien des exceptions relatives aux infractions touchant à la sûreté et aux intérêts essentiels de l'Etat et commises par des fonctionnaires de l'Etat en violation des obligations à leur charge n'est pas particulièrement gênant¹⁵⁸⁵. Etant donnée la rareté des cas dans lesquels elles viendraient à être appliquées, mais l'importance que la renonciation à leur application représente pour les Etats – tant symboliquement que juridiquement –, il apparaît que la suppression de ces exceptions ne devrait pas être recherchée à tout prix. Mieux vaut certainement que ces exceptions soient maintenues et qu'une décision-cadre sur les conflits de compétence et la règle *ne bis in idem* voie le jour, plutôt que les négociations échouent.

Il en va autrement de l'exception de territorialité. Cette exception ouvre largement la porte au cumul d'actions répressives pour les mêmes faits puisqu'elle permet ce cumul à chaque fois qu'une première poursuite a été engagée en application d'un chef de compétence qui n'est pas la compétence territoriale. De plus, elle s'avère incompatible avec l'idée selon laquelle l'Union européenne constitue un territoire pénal unique, qui découle directement de la consécration de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice. Enfin, au regard de l'exemple du droit français du moins, l'exception de territorialité n'apparaît pas absolument incontournable, puisque le principe de souveraineté semble s'accommoder de certaines dérogations. Certes, d'autres Etats devront peut-être procéder à une révision constitutionnelle pour la cause. Malgré cet obstacle potentiel, la suppression de l'exception de territorialité

¹⁵⁸¹ *Ibidem.*

¹⁵⁸² *Ibidem.*

¹⁵⁸³ Voir *supra*, question n° 15.

¹⁵⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁸⁵ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928, p. 314 : « *Pour les infractions à sa sûreté et à son crédit, il est légitime que l'Etat ne se remette à aucun autre du soin d'en assurer la répression* ».

devrait être considérée comme un objectif de grande importance, tant les progrès de l'exigence d'unicité d'action répressive pour les mêmes faits en dépendent.

771. Bien entendu, si un mécanisme de désignation de l'Etat membre compétent devait être adopté, la question du maintien des exceptions se poserait dans des termes différents. La suppression totale des exceptions serait possible à condition que le critère de l'atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat se voie accorder un poids particulier (d'où l'octroi du poids « 4 » dans le système de pondération proposé ci-dessus, voir *supra* p. 602) ou qu'il se voie considérer, dans la mesure où cela est nécessaire pour convaincre les Etats de renoncer aux exceptions, comme critère emportant toujours la désignation de l'Etat concerné comme compétent.

La suppression de l'exception de territorialité devrait en tout état de cause être possible si la compétence territoriale se voyait accorder une place prépondérante par rapport aux compétences personnelles active et passive. Ainsi, l'abandon de l'exception de territorialité pourrait être compensé par l'octroi d'une pondération forte au critère de la territorialité pour la désignation de l'Etat compétent.

Bibliographie

1. Ouvrages généraux, traités et manuels

A. En langue française

Dictionnaire du vocabulaire juridique, dir. R. Cabrillac, Paris, Litec, Objectif Droit, 2002.

Lexique des termes juridiques, fondateurs R. Guillien et J. Vincent, dir. S. Guinchard et G. Montagnier, Paris, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001.

Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, traduction en français revue et corrigée par Chr. Autexier, J.-F. Flauss, M. Fromont, C. Grewe, O. Jouanjan et P. Koenig, Publication de l'Office de presse et d'information du Gouvernement fédéral, Bonn, Kettler, 1998.

Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, dir. A. Rey et J. Rey-Debove, Paris, Le Robert, 1991.

Vocabulaire juridique, dir. G. Cornu, Association Henri Capitant, Paris, PUF, Quadrige, 4^{ème} éd., 2003.

AUTEXIER Ch., *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, Droit fondamental, 1997.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 4^{ème} éd., 2003.

BOUZAT P. et PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie. Procédure pénale. Régime des mineurs. Domaine des lois pénales dans le temps et dans l'espace*, tome 2, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1970.

BRUTSCH L., FAVEZ Ch. et OLTRAMARE A., *Grammaire latine*, Lausanne et Genève, Librairie Payot & Cie, 1923.

CADIET L., *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2000.

CARBASSE J.-M., *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, Droit fondamental, 2^{ème} éd., 2003.

CARBONNIER J., *Droit civil*, tome 1, Paris, PUF, Quadrige, 2004.

CONTE Ph. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Procédure pénale*, Paris, A. Colin, 4^{ème} éd., 2002.

CROZE H., MOREL Ch., FRADIN O., *Procédure civile*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2005.

DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Paris, Economica, 12^{ème} éd., 2005.

DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité de droit criminel et de législation comparée*, Paris, Sirey, 3^{ème} éd., 1947.

DONNEDIEU DE VABRES H., *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928.

DOUCET M. et FLECK K., *Dictionnaire juridique et économique*, Français-allemand, Allemand-Français, München et Basel, C.H. Beck – Helbing et Lichtenhahn, 6^{ème} éd., 2002.

DUMONT F., *Manuel de droit romain*, tome 1, Paris, LGDJ, 1947.

DUPUIS G., GUEDON M.-J. et CHRETIEN P., *Droit administratif*, Paris, A. Colin, 8^{ème} éd., 2002.

HELIE F., *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Paris, Henri Plon, 2^{ème} éd., 1866.

HELIE F., BROUCHOT J. et BROUCHOT F., *Pratique des cours et tribunaux*, tome 2, Paris, Librairies techniques, 5^{ème} éd., 1951.

FAVOREU L. et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Précis – Droit public, Science politique, 2^{ème} éd., 1999.

FROMONT M. et RIEG A., *Introduction au droit allemand*, tome II (Droit public – Droit pénal), Paris, Cujas, Les systèmes de droit contemporains, Instituts de droit comparé de Dijon et Strasbourg, 1984.

GARRAUD R. et P., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome VI, Paris, Sirey, 1929.

GARRAUD R. et P., *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 15^{ème} éd., 1934.

GAVALDA Ch. et PARLEANI G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2002.

GREWE C. et RUIZ FABRI H., *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., Droit fondamental, 1995.

GRIDEL J.-P., *Introduction au droit et au droit français*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994.

GUINCHARD S. et BUISSON J., *Procédure pénale*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2002.

HEYMMAN-DOAT A., *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1997.

HUET A. et KOERING-JOULIN R., *Droit pénal international*, Paris, PUF, Thémis, Droit privé, 3^{ème} éd., 2005.

JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Paris, Montchrestien, 1988.

JEANDIDIER W. et BELOT J., *Les grandes décisions de la jurisprudence, Procédure pénale*, Paris, PUF, Thémis, 1986.

KERNALEGUEN F., *Institutions judiciaires*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 2003.

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, 5^{ème} éd., 1999.

MORFAUX L.-M., *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Paris, A. Colin, 12^{ème} éd., 1989.

LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, A. Colin, 6^{ème} éd., 2003.

MALINVAUD Ph., *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Litec, 9^{ème} éd., 2002.

MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002.

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, tome 1, Paris, Cujas, 7^{ème} éd., 1997

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, tome 2, Paris, Cujas, 5^{ème} éd., 2001.

MUYART DE VOUGLANS P.-F., *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume*, Paris, Le Breton, 1768.

MUYART DE VOUGLANS P.-F., *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot, Crapant et Morin, 1780.

ORTOLAN J., *Eléments de droit pénal*, tome 2, Paris, Plon, 5^{ème} éd. (par A. Desjardins), 1886.

PERROT R., *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2002.

PRADEL J., *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 14^{ème} éd., 2002.

PRADEL J., *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 12^{ème} éd., 2002.

PRADEL J. et CORSTENS G., *Droit pénal européen*, Dalloz, Précis – Droit privé, 2^{ème} éd., 2002.

PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003.

PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003

PUECH M., *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988.

- RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Paris, PUF, Droit fondamental, 2^{ème} éd., 1999.
- RASSAT M.-L., *Traité de procédure pénale*, Paris, PUF, Droit fondamental, 2001.
- RASSAT M.-L., *Procédure pénale*, Paris, PUF, Droit fondamental, 2^{ème} éd., 1995.
- RIVERO J., *Libertés publiques*, Paris, PUF, Thémis – Droit public, tome 1, 8^{ème} éd., 1997 et tome 2, 6^{ème} éd., 1997.
- RIVERO J. et MOUTOUH H., *Libertés publiques*, Paris, PUF, Thémis – Droit public, tome 1, 9^{ème} éd., 2003 et tome 2, 7^{ème} éd., 2003.
- ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1999.
- ROUBIER P., *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1946.
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Domat – Droit public, 6^{ème} éd., 2001.
- ROUX J.-A., *Cours de droit criminel français*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1927.
- TREBUTIEN E., *Cours élémentaire de droit criminel*, tome II, Paris, A. Durand, 1854.
- STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2000.
- STEFANI G., LEVASSEUR G. et BOULOC B., *Procédure pénale*, Dalloz, Précis, 19^{ème} éd., 2001.
- SUDRE F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, Droit fondamental, 6^{ème} éd., 2003.
- SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A. et LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2003.
- TERRE F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, Précis, 6^{ème} éd., 2003.
- VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, tome 2, Paris, Rousseau, 9^{ème} éd., 1949.
- VINCENT J. et GUINCHARD S., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 27^{ème} éd., 2003.
- WACHSMANN P., *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, Cours – Série Droit public, 4^{ème} éd., 2002.

B. En langue allemande

Creifelds Rechtswörterbuch, dir. K. Weber, München, C.H. Beck, 16^{ème} éd., 2000.

BENNECKE H., *Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts*, Breslau, Franck & Weigert, 1895.

BINDING K. *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, tome II, München et Leipzig, Duncker & Humblot, 1915.

HENKEL H., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck, 2^{ème} éd., 1977.

HESSE K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 20^{ème} éd., 1995.

JESCHECK H.-H. et WEIGEND Th., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 5^{ème} éd., 1996.

KANT I., *Métaphysique des mœurs. Première partie, doctrine du droit*, Préface M. Villey, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1971.

KANT I., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Trad. V. Delbos revue par A. Philonenko, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1980.

KRIES A. v., *Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, Freiburg i. B., von Mohr, 1892.

MAUNZ Th. et ZIPPELIUS R., *Deutsches Staatsrecht*, München, C.H. Beck, 30^{ème} éd., 1998.

MOMMSEN Th., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899.

PETERS K., *Strafprozeß*, Heidelberg, C.F. Müller, 4^{ème} éd., 1985.

PIEROTH B. et SCHLINK B., *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller, Schwerpunkte, 13^{ème} éd., 1997.

RADBRUCH G., *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, K. F. Koehler, 4^{ème} éd. (imprimée *post mortem* et introduite par E. Wolf), 1950.

RANFT O., *Strafprozessrecht*, Bayreuth, Boorberg, 1995.

ROXIN C., *Strafverfahrensrecht*, München, C.H. Beck, 25^{ème} éd., 1998.

SAUER W., *Grundlagen des Prozeßrechts*, Stuttgart, F. Enke, 1919.

SAUER W., *Rechts- und Staatsphilosophie. Eine systematische Einführung in das lebende Recht*, Stuttgart, F. Enke Verlag, 1936.

STERN K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I : *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, München, C.H. Beck, 1977.

STERN K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III : *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, C.H. Beck, vol. III / 1: 1988 ; vol. III / 2: 1994.

WOLFF H., BACHOF O., STOBER R., *Verwaltungsrecht*, vol. 2, München, C.H. Beck, 6^{ème} éd., 2001.

C. En langue anglaise

LAFAVE W. R., ISRAEL J. H. et KING N. J., *Criminal Procedure*, Saint Paul, West Group, Hornbook Series, 3^{ème} éd., 2000.

2. Ouvrages spéciaux, Monographies et thèses

A. En langue française

ABEL O., *Paul Ricœur, La promesse et la règle*, Paris, Michalon, Le bien commun, 1996.

ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 3^{ème} éd., 1981.

ARISTOTE, *L'Ethique à Nicomaque*, introduction, traduction et commentaire de R.-A. Gauthier et J.-Y. Jolif, tome 1, Louvain, Publications universitaires de Louvain, 1958.

BECCARIA C., *Des délits et des peines*, traduction M. Chevalier, préface R. Badinter, Paris, GF-Flammarion, 1991 (1^{er} éd. 1764).

BRAIBANT G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001.

CALMES S., *Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préface D. Truchet, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2001.

CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préface G. Viney, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 250, 1995.

CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

CHEVALLIER J., *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, Clefs/Politique, 3^{ème} éd., 1999.

D'AMBRA D., *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préface G. Wiederkehr, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 236, 1994.

DANAN L., *La règle non bis in idem en droit pénal français*, Thèse dactylographiée, Rennes, 1971.

DEGOFFE M., *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000.

DELLIS G., *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, préface Y. Gaudemet, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1997.

DELMAS-MARTY M., *Les chemins de la répression, Lectures du Code pénal*, Paris, PUF, Droit d'aujourd'hui, Paris, 1980.

DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, Thémis, Droit privé, 1992.

DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, La librairie du XX^{ème} siècle, 1994.

DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit* (1986), Paris, PUF, Quadrige, 2004.

DELMAS-MARTY M. et TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992.

DESCARTES R., *Discours de la méthode*, Gallimard, Folio/Essais, 1991 (1^e éd. 1637).

DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, traduction de l'anglais de *Taking Rights Seriously* (Londres, Duckworth, 4^{ème} éd. avec réponse aux critiques, 1984) par M.-J. Rossignol et F. Limare, révisée et présentée par F. Michaut, préface de P. Bouretz, Paris, PUF, Léviathan, 1995.

FERRI E., *Sociologie criminelle*, trad. L. Terrier et F. Alcan, 2^{ème} éd. française, Paris, 1914.

FOUCAULT M., *Surveiller et Punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, Tel, 1975.

GARCIN D., *La répression de la fraude au préjudice du budget communautaire*, Préface E. Douat, Paris, La documentation française, 2004.

GIMENO-CABRERA V., *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, préface D. Rousseau, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004.

GIRARD Ch. et HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, Droit et Justice, 2005.

GIRAULT C., *Le droit à l'épreuve des pratiques euthanasiques*, préface J. Francilon, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

GRUNVALD S. et DANET J., *La composition pénale. Une première évaluation*, Paris, L'Harmattan, 2004.

GUINCHARD A., *Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale – Du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire*, préface Y. Mayaud, Paris, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2003.

HOMMEY A., *De l'autorité de la chose jugée en matière criminelle*, Thèse Caen, 1869.

HIRTZ E., *De l'autorité de la chose jugée (en général en droit romain ; en matière pénale en droit français)*, Thèse Strasbourg, 1870.

IDOT L., *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Paris / Bruxelles, Fec / Bruylant, Fondation pour l'Etude du Droit et des Usages du Commerce International, 2004.

ISRAËL J.-J., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1998.

KERCHOVE M. van de, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de St-Louis, 1987.

KOERING-JOULIN R., *L'article 693 du Code de procédure pénale et la localisation internationale de l'infraction : essai sur le règlement des conflits de lois pénales dans l'espace*, Thèse Strasbourg, 1972.

LAGARDE X., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Préface J. Ghestin, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 239, 1994.

LEBLOIS-HAPPE J., *Quelles réponses à la petite délinquance ? Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, préface R. Koering-Joulin, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

LUCHAIRE F., *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987.

MACCORMICK N., *Raisonnement juridique et théorie du droit*, traduction de l'anglais de *Legal reasoning and legal theory* (Oxford, Clarendon Press, 1978), par J. Gagey, PUF, Les voies du droit, 1996.

MAURER B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, préface F. Sudre, Paris, La documentation française, 1999.

MAURIAC F., *Thérèse Desqueyroux*, Paris, Livre de poche, 1989 (1^{ère} éd. 1927).

MEINDL T., *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Préface D. Rousseau, LGDJ, 2003.

MORET-BAILLY J., *Les institutions disciplinaires*, Mission de recherche Droit et Justice, Arrêt sur recherches n° 4, 2003.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in *Œuvres complètes*, tome II, texte présenté et annoté par R. Caillois, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1951.

MOURGEON J., *La répression administrative*, Préface O. Dupeyroux, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 75, 1967.

NAJARIAN, K., *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, préface R. Vouin, Paris, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, 1973.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PASCAL B., *Pensées et opuscules*, publiés par L. Brunschwig, Paris, Hachette, 1946.

POELEMANS M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Préface H. Labayle, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004.

POISSON J.-M., *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridiction*, préface de F. Julien-Lafferrière, Paris, L'Harmattan, 2003.

PONCELA P., *Droit de la peine*, Paris, PUF, Thémis – Droit privé, 2^{ème} éd., 1995.

ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Paris, Le livre de poche, Classiques de la philosophie, 1996 (1^{er} éd. 1762).

SAAS C., *L'ajournement du prononcé de la peine – Césure et recomposition du procès pénal*, préface M. Delmas-Marty, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003.

SALVIEJO C., *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, Thèse Montpellier I, 2003.

SPENCER J. R., *La procédure pénale anglaise*, Paris, PUF, *Que sais-je ?* 1998.

VALEMBOIS A.-L., *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005.

VALTICOS N., *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, préface L. Mazeaud, Paris, Sirey, 1953.

VARENNE F., *La protection des droits par les Cours constitutionnelles d'Europe centrale et orientale depuis 1989 (Bulgarie, Hongrie, Pologne, Roumanie, République tchèque, Slovaquie et Slovénie)*, Thèse Strasbourg 2003.

VOLTAIRE, *L'affaire Calas*, édition présentée, établie et annotée par J. Van den Heuvel, Paris, Gallimard, Folio classique, 1975.

B. En langue allemande

BOMMER R., *Die Rechtskraft des Strafbefehls*, Bruchsal, D. Werber, 1901.

BORGMANN F., *Die Identität der That, Beitrag zur Lehre von der Rechtskraft des Strafurteils*, Göttingen, Dieterich'schen Univ.- Buchdruckerei, 1891.

DEML P., *Zur Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens*, Ebelsbach, R. Gremer, 1979.

GANZER P., *Die Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse und Verfügungen*, Thèse Munich, 1967.

GEDDERT-STEINACHER T., *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlin, Duncker et Humblot, Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht, 1990.

HEFFTER A.-W., *Non bis in idem* im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer « Deutschen Strafprozess-Ordnung », Berlin, Trowitzsch & Sohn, 1873.

HERZOG P., *Die Rechtskraft strafgerichtlicher Beschlüsse und ihre Beseitigung*, Thèse Freiburg, 1971.

JANSING J.-D., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Münster, Lit. Kriminalwissenschaftliche Schriften, vol. n° 4, 2004.

HEGEL G.-W.-F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, publié et introduit par H. Reichelt, Ullstein, 1972.

KELSEN H., *Was ist Gerechtigkeit ?*, Vienne (Autriche), Franz Deuticke, 2^{ème} éd., 1975.

KIMMEL R., *Der Grundsatz « ne bis in idem », seine Rechtsnatur und sein Geltungsgebiet im Strafverfahren*, Breslau, Buchdruckerei der Schles. Volkszeitung, 1926.

LILLICH K., *Das Doppelstrafverbot bei Kartelldelikten im deutschen Recht und im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, thèse Tübingen, 1978.

MAYER M., *Ne-bis-in-idem-Wirkung europäischer Strafentscheidungen*, Frankfurt am Main, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, vol. 1220, 1992.

NEU BERLITZ M., *Bestandskraft der Einstellung nach § 170 II 1 StPO*, Thèse Münster 1983.

PETERS H., *Ne bis in idem bei Urteilen über fortgesetzte und Kollektivdelikte*, Coburg, Tagesblatt-Haus, 1936.

RADTKE H., *Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß*, Frankfurt am Main, P. Lang, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, 1994.

RHEINGANS H., *Die Ausbildung der strafprozessualen Rechtskraftlehre von der Aufklärung bis zur Reichsstrafprozessordnung von 1877*, Breslau-Neukirch, A. Kurze – Verlag der Schletter'schen Buchhandlung, 1937.

SCHWARPLIES G., *Die Rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes "ne bis in idem" im Strafprozeß*, Thèse Zurich, 1970.

SCHÖNFELDER O., *Die materielle Rechtskraft des Strafbefehls*, thèse Cologne, 1960.

SOBOTA K., *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

SPECHT B., *Die Zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 III GG*, Heidelberg, Springer – Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, 1999.

SPINELLIS D., *Die materielle Rechtskraft des Strafurteils unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes ne bis in idem*, Thèse Munich, 1962.

STEIN S., *Zum europäischen ne bis in idem nach Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens. Zugleich ein Beitrag zur rechtsvergleichenden Auslegung zwischenstaatlich geltender Vorschriften*, Frankfurt am Main, P. Lang, Internationales und Europäisches Strafverfahrensrecht, 2004.

THOMAS H., *Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung, Vom nationalen zum internationalen ne bis in idem : eine rechtsvergleichende Erörterung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Bundesrepublik Deutschland, Englands, Schottlands und der USA sowie Art. 54 SDÜ*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

VOGLER Th., *Die Rechtskraft des Strafbefehls. Ein Rechtskraftsproblem*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1959.

WEIDENHAUPT A., *Die Rechtskraft des amtlichen Strafbefehls. Eine Verteidigung der Theorie des Reichsgerichts*, Thèse Erlangen, 1907.

WOLTER E., *Der Umfang der Rechtskraft im Strafprozeß*, München, C. Nieft, 1938.

C. En langue anglaise

WARD R. et DAVIES O. M., *The Criminal Justice Act 2003*, Jordans, 2004.

3. Articles

A. En langue française

ABDALLAH M. H., « Pour en finir avec la double peine (1989-1992) », *Plein Droit*, n° 56, mars 2003, p. 36-39.

BENCHIKH M., « La dignité de la personne humaine en droit international », in *La dignité de la personne humaine*, dir. M. L. Pavia et Th. Revet, Paris, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 37-52.

BORELLA F., « Le concept de dignité de la personne humaine », in *Ethique, droit et dignité de la personne*, *Mélanges Ch. Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 29-38.

BOULANGER J., « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1950.

BOULOUIS J., « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration*, *Liber Amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 53-58.

BOUZAT P., « A propos de l'article de M. Gassin "Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain" », *RSC* 1964, p. 359-361.

BULLINGER M. et JEANNEROD D., « La protection de la confiance légitime dans les contrats de droit public en Allemagne », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de M. Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

CALAIS AULOY M.-Th., « La dépenalisation en droit des affaires », *Dalloz* 1988, chron. p. 315-321.

CARRERE V., « Les bannis des banlieues », *Plein Droit*, n° 45, « Double peine », mai 2000, p. 17-21.

CAYLA O., « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janvier 2003.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *Dalloz* 1995, chr. p. 323-329.

COLETTE-BASECQZ N., « Une conséquence de la nature pénale de la sanction communautaire au niveau des garanties procédurales » in *La justice pénale et l'Europe, Travaux des XV^{ème} journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Département de criminologie et de droit pénal*, dir. F. Tulkens et H.-D. Bosly, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 463-472.

COMBALDIEU R., « Essai sur la question controversée et toujours actuelle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », *Recueil général des lois, décrets et arrêtés et de la jurisprudence* 1955, p. 365-370.

COTTA S., « *Quidquid latet apparebit* : Le problème de la vérité du jugement », *Archives de philosophie du droit*, tome 39, *Le procès*, 1995, p. 219-228.

CRISTAU A., « L'exigence de sécurité juridique », *Dalloz* 2002, p. 2814.

DE LA CUESTA J.-L. et ESER A., « Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem* », *RIDP* 2001, 3^{ème} et 4^{ème} semestres, p. 739-751.

DEBOVE F., « L'overdose législative », *Droit pénal*, oct. 2004, p. 6-8.

DEFFAINS N., « Les autorités locales responsables du respect de la dignité humaine. Sur une jurisprudence contestable du Conseil d'Etat », *RTDH* 1996, p. 673-693.

DELMAS-MARTY M., « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *RSC* 1994, p. 477-490.

DELMAS-MARTY M., « La preuve pénale », *Droits – Revue française de théorie juridique*, 1996, n° 23, p. 53-65.

DELMAS-MARTY M. (Entretien avec), « Visite d'un atelier de recherche en droit pénal », *L'Astrée*, n° 12, oct. 2000, p. 3-10.

DELMAS-MARTY M., « Introduction », in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, Paris, Le Seuil, Points/Essais, 2001.

DELMAS-MARTY M., « Le paradoxe pénal », in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, Paris, Le Seuil, Points/Essais, 2001.

DEMOSTHENE, « Contre Nausimachos et Xénopéithès » et « Pour Phormion », in *Plaidoyers civils*, tome 1, texte établi et traduit par L. Gernet, Paris, Société d'édition « Les belles lettres », 1954.

DEMOSTHENE, « Contre Leptine » et « Contre Timocrate » in *Plaidoyers politiques*, tome 1, texte établi et traduit par O. Navarre et P. Orsini, Paris, Société d'édition « Les belles lettres », 1954.

DEMOSTHENE, « Contre Bœotos II », in *Plaidoyers civils*, tome 2, texte établi et traduit par L. Gernet, Paris, Société d'édition « Les belles lettres », 1957.

DUCOULOUX-FAVARD Cl., « En application de la loi du 2 août 1989, deux sentences pour une seule infraction d'initié », *Les petites affiches*, 1994, n° 8 (19 janv. 1994), p. 8-9.

DUCOULOUX-FAVARD Cl., « La double peine pour les infractions boursières », *Banque et droit*, juillet-août 2001, p. 20-23.

EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz* 1997, chron. p. 185-188

FARINA-CUSSAC J., « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *RSC* 2002, p. 517-530.

FAVOREU L., « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires » *RFDC* 1990, p. 581-617.

FERRE N., « Un rendez-vous manqué », *Plein Droit*, n° 45, p. 5-9.

FLAUSS J.-F., « Convention européenne des droits de l'homme et répression disciplinaire dans la fonction publique française », *RTDH* 1995, p. 201-228.

FRISON-ROCHE M.-A., « Les offices du juge », in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 463-476.

FROMONT M., « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, numéro spécial, p. 178-184.

FROMONT M., « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann*, Paris, Cujas, p. 50-64.

GAIA P., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 58, avril 2004, p. 227-246.

GARAPON A., « Une justice pour la victime », in A. Garapon, F. Gros et T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, O. Jacob, 2001, p. 251-266.

GASSIN R., « Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain », *RSC* 1963, p. 239-278.

GAVALDA Ch., « Aspects actuels du problème de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel », *JCP* 1957.I.1372.

GOYET Ch., RONTCHEVSKY N. et STORCK M., « Droit des marchés financiers », *RTDCom.* 2003, p. 758-781.

HEBRAUD P., « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux (à propos de la condamnation pénale) », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 131-206.

HERON J., « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1996.

GOBERT M., « Rapport de synthèse » in *La dignité de la personne humaine*, dir. M. L. Pavia et Th. Revet, Paris, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 159-178.

GRAVEN J., « Le droit pénal soviétique », *RSC* 1948, p. 231-273.

GREWE C., « L'Etat de droit sous l'empire de la Loi fondamentale », in *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, dir. O. Jouanjan, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 385-393.

GROS F., « Punir, c'est rappeler la loi », in *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, A. Garapon, F. Gros et T. Pech, Paris, O. Jacob, 2001, p. 13-62.

GROS F., « Punir, c'est transformer une souffrance en malheur », in A. Garapon, F. Gros et T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, O. Jacob, 2001, p. 108-138.

GROS F., « Punir, c'est défendre la société », « Punir, c'est éduquer un individu », in A. Garapon, F. Gros et T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, O. Jacob, 2001, p. 63-89.

GUERRIVE J.-L., « “Double peine” et police des étrangers », *Dalloz* 2002, p. 829.

GUINCHARD S., « Le procès équitable, droit fondamental ? » *AJDA* 1998, n° spécial, p. 191-208.

HEERS M., « Le principe *non bis in idem* devant le juge administratif français », *RTDH* 1996, p. 35-44.

HEUZE V., « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *J.C.P.* 2005, I, 130.

HOESTLAND M. et SAAS C., « L'I.T.F., une peine injustifiable », *Plein Droit*, n° 45, p. 12-16.

IDOT L., « 2004 : L'an 1 du nouveau droit de la concurrence », *Europe* 2004, Repères n° 1, p. 3-4.

JOUANJAN O., « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, numéro spécial « Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ? », p. 44-51.

KOERING-JOULIN R. et SEUVIC J.-F., « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, numéro spécial « Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ? », p. 106-129.

KOERING-JOULIN R. et TRUCHE P., « Retour sur le champ pénal européen ... », *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 513-533.

KOVAR R., « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE », *Dalloz* 2003, p. 478-485.

LA FONTAINE J. (de), « Le loup, la chèvre et le chevreau », in *Fables*, Livre IV, XV ; cité d'après *Fables choisies*, tome I, annotations d'A. Cart et Mme Roussel, Paris, Larousse, Classiques, 22^{ème} éd., 1934.

LABAYLE H. et SAURON J.-L., « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *RFDA* 2005 p. 1-29.

LABETOULLE D., « Principe de légalité et principe de sécurité » in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 403-412.

LAMPUE P., « La notion d'acte juridictionnel », *RDP* 1946, p. 5-67.

LEBLOIS-HAPPE J., « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994, p. 525 et s.

LEBLOIS-HAPPE J., « De la transaction pénale à la composition pénale, Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP* 2000.I.198.

LE CALVEZ J., « Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal », *RSC* 1980, p. 13-39.

LOISEL M., « Du pourvoi en cassation pour contrariété de jugements », *JCP* 1945.I.486.

LUCHAIRE F., « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP* 1989, p. 609-634.

LUCHAIRE F., « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 67-69.

LUCHAIRE F., « Garantir la sûreté, c'est protéger l'homme contre l'arbitraire », in « Préambule », *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, dir. F. Luchaire et G. Conac, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1987.

MATHIEU B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *Dalloz* 1996, chron. p. 282.

MATHIEU, B. « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *Mélanges Patrice GELARD, Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 301-305.

MATHIEU B., « Constitution et sécurité juridique – France », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XV, 1999, p. 155-192.

MATHIEU B., « Pour une reconnaissance de principes matriciels », *Dalloz* 1995, chr. p. 211-212.

MATHIEU B., « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°11, 2001, p. 106-111.

MAYAUD Y., « Bis in idem ? De l'arrêt de la chambre criminelle du 22 juin 1994 relatif à l'affaire du sang contaminé », *Justices – Revue générale de droit processuel*, n°1, 1995 (janvier-juin), p. 262-273.

MODERNE F., « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne », in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Actes des journées d'étude des 4 et 5 novembre 1999, dir. F. Sudre et H. Labayle, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, Droit et Justice, 2000, p. 35-84.

MOTULSKY H., « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.* 1968, chr. n° 1, p. 1-14.

NARCISO DA CUNHA RODRIGUES J., « A propos du principe "ne bis in idem", Un regard sur la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes » in *Une communauté de droit – Festschrift für Gil Carlos Rodrigues Iglesias*, dir. N. Colneric, D. Edward, J.-P. Puissechet, D. Ruiz-Jarabo Colomer, Berlin, BWV, 2003, p. 165-176.

NASRI A., « Brèves réflexions sur le fondement de l'interdiction du territoire français », *Droit pénal*, février 2000, chr. n° 5, p. 4-5.

NEIRINCK C., « La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique », in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Ch. Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 39-50.

PACTEAU B., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 20 juin 1995, n° spécial, p. 151-155.

PAULIS E. et GAUER C., « Le règlement n° 1/2003 et le principe du *ne bis in idem* », *Concurrences, RDLC*, 2005, p. 32-40.

PAVIA M.-L., « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *Les Petites Affiches* 1994, n° 54, p. 6-13.

PAVIA M.-L. et REVET Th., « Avant-propos », in *La dignité de la personne humaine*, dir. M.-L. Pavia et Th. Revet, Paris, Economica, Etudes juridiques, 1999.

PAVIA M.-L., « La découverte de la dignité de la personne humaine », in *La dignité de la personne humaine*, dir. M.-L. Pavia et Th. Revet, Paris, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 3-23.

PETTITI L.-E., « La dignité de la personne humaine en droit européen », in *La dignité de la personne humaine*, dir. M.-L. Pavia et Th. Revet, Paris, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 53-66.

PFERSMANN O., « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA* 2000, p. 236-245.

PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, numéro spécial « Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ? », p. 6-42.

PLANCHON M.-H., « Le principe de la confiance légitime devant la Cour de justice des communautés », *Revue de la recherche juridique et du droit prospectif*, 1994-2, p. 447-508.

PUISSOCHET J.-P., « Vous avez dit confiance légitime ? (Le principe de confiance légitime en droit communautaire) », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 581-596.

POLLAUD-DULLIAN F., « A propos de la sécurité juridique », *RTDCiv.* 2001, p. 487-504.

PRALUS M., « A propos de la règle *non bis in idem*, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : *non bis* ? », *Archives de politique criminelle* 1996, p. 37-71.

PRALUS M., « Etude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem, non bis* », *RSC* 1996, p. 551-574.

PRALUS-DUPUY J., « Cumul et non-cumul de sanctions en droit disciplinaire », *D.* 1993, chron., p. 135-140.

RADBRUCH G., « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1936, n°3-4, p. 86-99.

RICŒUR P., « Les rôles respectifs du juge et de l'historien » in *La justice, une révolution démocratique*, Textes présentés par Denis Salas, Paris, Desclée de Brouwer, 2001, p. 67-98.

RICŒUR P., « Avant-propos », in *Le Juste*, tome 1, Paris, Esprit, Philosophie, 1995 (réimpression 2001), p. 7-27.

RICŒUR P., « L'acte de juger », in *Le Juste*, tome 1, Paris, Esprit, Philosophie, 1995, (réimpression 2001), p. 185-192.

RICŒUR P., « Justice et vengeance », in *Le Juste*, tome 2, Paris, Esprit, Philosophie, 2001, p. 257-266.

RIVERO J., « Etat de droit, Etat du droit », in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 609-614.

ROBERT J.-H., « Application ou non-application de la règle *non bis in idem* entre les sanctions pénales, civiles et administratives », *Archives de politique criminelle*, n° 7, 1984, p. 136-144.

ROBERT J.-H., « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », *AJDA* 1995, numéro spécial, p. 76-81.

ROUX J., « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *RDJ*, n° 1, 2005, p. 59-103.

SAINT-JAMES V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *Dalloz* 1997, chron. p. 61.

SALOMON R., « Le pouvoir de sanctions des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière. Conformité aux garanties fondamentales », *JCP* 2000.I. 264.

SIMON D., « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du Prof. A. Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 733-752.

SOULAS DE RUSSEL D. et RAIMBAULT Ph., « Nature et racines du principe de sécurité juridique », *Revue internationale de droit comparé* 2003, p. 85-103.

STAFF I., « Introduction » in *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, Publication de l'office de presse et d'information du Gouvernement fédéral, Bonn, Druckverlag Kettler, 1998, p. 12-36.

STASIAK F., « Les cumuls de sanctions en droit boursier », *Bulletin Joly Bourse*, mars-avril 1997, p. 181-199.

TULKENS F. (Monsieur François TULKENS), « La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1990, p. 25-42.

THERY Ph., « Finalités du droit de la preuve », *Droits – Revue française de théorie juridique*, n° 23 (1996), p. 41-52.

THOMAS D., « Le droit à la sûreté », in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2005, p. 325-350.

THOMAS Y., « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 21, 1995, p. 17-63.

TRICAUD F., « Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières », *Archives de philosophie du droit*, tome 39, *Le procès*, 1995, p. 145-167.

VAN DE KERCHOVE M., « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1976-1977, p. 245-279.

VIENNOIS J.-P., « Rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit national : les apports du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 », *JCP Cahiers de Droit de l'entreprise*, 2003, p. 1-6.

VIENNOIS J.-P., « Les rapports entre droit communautaire de la concurrence et droits nationaux sous l'empire du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 » in *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, dir. C. Nourissat et R. Wtterwulghe, Paris, Dalloz, Actes – Thèmes et commentaires, 2004, p. 33-47.

WEYEMBERGH A., « Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ? », *Cahiers de droit européen* 2004, n° 3/4, p. 337-375.

WEYEMBERGH A., « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne : mise en perspectives », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, dir. G. de Kerchove et A. Weyembergh, Bruxelles, Editions de l'U.L.B., 2001, p. 25-63.

WIEDERKEHR G., « Qu'est-ce qu'un juge ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz 1996, p. 575-586.

WIEDERKEHR G. « Sens, signification et signification de l'autorité de la chose jugée », in *Justice et Droits fondamentaux, Etudes offertes à J. Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 507-518.

ZIMMER W., « Constitution et sécurité juridique, rapport sur l'Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XV, 1999, p. 91-107.

B. En langue allemande

ACHENBACH H. « Neue Impulse bei der Rechtskraft des Strafbefehls », *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1977, p. 86-91.

BERNER A.-F., « „Non bis in idem“ », *Goltdammer's Archiv für Preußisches Strafrecht*, vol. III, 1855, p. 472-496.

GÖHLER E., « Einführung », in *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, Beck-Texte im dtv, 16^{ème} éd., 2002, p. IX-XX.

FLIEDNER O., « Die verfassungsrechtlichen Grenzen mehrfacher staatlicher Bestrafungen aufgrund desselben Verhaltens, Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 III GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 99, 1974, p. 242-284.

HECKER B., « Das Prinzip „ne bis in idem“ im Schengener Rechtsraum », *StV* 2001, p. 306-311.

HELMKEN D., « Strafklageverbrauch : Rechtssicherheit contra Einzelfallgerechtigkeit », *M.D.R.* 9/1982, p. 715-718.

JUNG H., « Zur „Internationalisierung“ des Grundsatzes „ne bis in idem“ », in *Festschrift für H. Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, München, C. Heymanns, 1993, p. 493-502.

KINZIG J., « Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter ? – Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung », *NStZ* 2004, p. 655-660.

KÜHNE H.-H., « Ne bis in idem in den Schengener Vertragsstaaten. Die Reichweite des Art. 54 SDÜ im deutsch-französischen Kontext », *JZ* 1998, p. 876-880.

LOOS F., « Probleme der beschränkten Sperrwirkung strafprozessualer Entscheidungen », *JZ* 1978, p. 592-600.

RIEß P., « Die Zukunft des Legalitätsprinzips », *NStZ* 1981, p. 2-10.

SCHÄDLE W., « Nicht ohne das Opfer ? Der Täter-Opfer-Ausgleich und die Rechtsprechung des BGH », *NStZ* 2005, p. 366-370.

SCHANZE, « Die Rechtskraft des Strafurteils », *ZStW*, vol. 4, 1884, p. 437-486.

SCHOMBURG W., « Konkurrierende nationale und internationale Strafgerichtsbarkeit und der Grundsatz „Ne bis in idem“ », in *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für A. Eser zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2005, p. 829-846.

SCHROEDER F.-Ch., « Zur Rechtskraft staatsanwaltlicher Einstellungsverfügungen », *NStZ* 1996, p. 319-320.

SCHROEDER F.-Ch., « Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem“ », *JuS* 1997, p. 227-230.

C. En langue anglaise

ESER A., « The need for a general part » in *Commentaries on the international law commission's 1991 draft code of crimes against the peace and security of mankind*, dir. M. C. Bassiouni, Toulouse, Eres, Nouvelles études pénales, 1993, p. 43-52.

DANNECKER G., « Community Fines and non-member State Sanctions : the Effect of the Principle *ne bis in idem* », in *Neighbours in Law, Are Common Law and Civil Law Moving Closer Together ? Papers in honour of Barbara Huber on her 65th birthday*, dir. A. Eser et Ch. Rabenstein, Freiburg im B., Iuscrim, 2001, p. 154-186.

VAN DEN WYNGAERT Ch. et STESENS G., « The international non bis in idem principle resolving some of the unanswered questions », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. n° 48, oct. 1999, p. 779-804.

WEIGEND T., « The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law », *RIDP* 1988, vol. 59, p. 67-93.

WILS W.P.J., « The Principle of 'Ne Bis In Idem' in EC Antitrust Enforcement: A legal and Economic Analysis », *World Competition*, Vol. 26, Issue 2, juin 2003, p. 131-148.

4. Répertoires et Commentaires

A. En langue française

BOUINEAU J., « Révolution française et droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF-Lamy, Quadrige, 2003, p. 1366-1372.

CEDRAS J., « Action publique. Extinction. Autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal », *Jurisclasseur Procédure pénale*, Art. 6, Fasc. 2, 1995.

GASSIN R., « Autorité de la chose jugée », in *Dictionnaire des sciences criminelles*, dir. G. Lopez et S. Tzitzis, Paris, Dalloz, 2004, p. 96.

JARROSSON Ch. et TESTU F.-X., « Equité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, Quadrige / Lamy-PUF, 2003, p. 635-638.

LE CLEC'H J., « De l'autorité de la chose jugée en toutes matières », *Juris-classeur d'instruction criminelle*, App. Art. 1 à 4, Fasc. 2, 1951.

LOQUIN E., « Équité », in *Dictionnaire de la Justice*, dir. L. Cadiet, Paris, PUF, 2004, p. 425-431.

MAULIN E., « Souveraineté » in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF-Lamy, Quadrige, 2003, p. 1434-1439.

MORANGE J., « Liberté », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF-Lamy, Quadrige, 2003, p. 945-952.

PAYNOT-ROUVILLOIS A., « Sujet de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF-Lamy, Quadrige, 2003, p. 1452-1455.

PICARD E., « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF-Lamy, Quadrige, 2003, p. 544-549.

RENUCCI J.-F., commentateur du *Code de procédure pénale* pour les éditions Dalloz (46^{ème} éd., 2005) intègre dans ses annotations la règle *ne bis in idem*, n^{os} 80 et 81, p. 17 (sous l'article préliminaire).

SERIAUX A., « Droit naturel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF-Lamy, Quadrige, 2003, p. 507-511.

TESTU F.-X., « Individu », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, PUF-Lamy, Quadrige, 2003, p. 819-824.

TRUCHET D., « Dualisme juridictionnel », in *Dictionnaire de la Justice*, dir. L. Cadiet, Paris, PUF, 2004, p. 377-380.

WIEDERKEHR G., « Autorité de la chose jugée », in *Dictionnaire de la justice*, dir. L. Cadiet, Paris, PUF, 2004, p. 85-87.

B. En langue allemande

BAUSCHKE H.-J. et WEBER A., « § 14 » in *Bundesdisziplinargesetz Kommentar*, Stuttgart, Kohlhammer, 2003.

BOHNERT J., « Einleitung » in *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, C.H. Beck, 2^{ème} éd., 2000.

DÜRIG G., « Art. 103 Abs. III », in *Grundgesetz Kommentar* (Maunz-Dürig), vol. IV, München, C.H. Beck, 1986, p. 49-56.

ENGELHARDT H., « § 264 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, dir. G. Pfeiffer, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003.

ESER A., « Art. 50 », in *Kommentar zur Grundrechte der Europäischen Union*, dir. J. Meyer, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 548-555.

FISCHER Th., « § 410 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, dir. G. Pfeiffer, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003.

GÖHLER E., KÖNIG P. et SEITZ H., « Art. 84 », in *Kurzkommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, C.H. Beck, 2002.

HAIN K.-E., « Art. 79 Abs. 3 », in *Bonner Grundgesetz – Kommentar*, dir. H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck, vol. n° 3, F. Vahlen, 4^{ème} éd., 2001, p. 1-142.

HERDEGEN M., « Art. 1 », in *Kommentar zum Grundgesetz* (Maunz – Dürig), München, C.H. Beck, 2004.

NOLTE G., « Art. 103 al. 3 GG », in *Bonner Kommentar*, dir. H. v. Mangoldt, F. Klein & Ch. Starck, vol. 3, München, F. Vahlen, 4^{ème} éd. 2001, p. 1407-1436.

PFEIFFER G., « Einleitung », in *Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz*, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003.

PIEROTH B., « Art. 103 al. 3 » in *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Kommentar), dir. B. Pieroth et H.-D. Jarass, München, C.H. Beck, 2002.

RIEß P., « Verfahrensrechtliche Grundbegriffe » (Einleitung, Abschnitt J), in *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfahrensgesetz. Großkommentar* (Löwe-Rosenberg), Berlin, Walter de Gruyter, 25^{ème} éd., 1999, p. 275-335.

RIEß P., « § 170 », in *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar* (Löwe-Rosenberg), vol. 2, Berlin, 24^{ème} éd., 1989, vol. 2.

ROBBERS G., « Art. 1 » in *Grundgesetz Mitarbeiterkommentar*, dir. D.-C. Umbach et Th. Clemens, Heidelberg, C.F. Müller, 2002.

RÜPING H., « Art. 103 Abs. 3 », in *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, vol. 8, Heidelberg, Müller, 3^{ème} éd., 1990, p. 3-32.

SCHOREIT A., « § 152 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, dir. G. Pfeiffer, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003.

SCHOREIT A., « § 153 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, dir. G. Pfeiffer, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003.

SCHOREIT A., « § 153a », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, dir. G. Pfeiffer, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003.

SCHMID K.-H., « § 170 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, dir. G. Pfeiffer, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003.

SCHMID K.-H., « § 174 », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, dir. G. Pfeiffer, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003.

SCHMIDT W., « § 373a », in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, dir. G. Pfeiffer, München, C.H. Beck, 5^{ème} éd., 2003.

SCHMIDT-AßMANN E., « Art. 103 Abs. III », in *Grundgesetz Kommentar* (Maunz-Dürig), vol. VI, München, C.H. Beck, 1992, p. 1-27.

SCHMIDT-BLEIBTREU B. et KLEIN F., « Art. 1 », in *Kommentar zum Grundgesetz*, Neuwied und Kriftel, Luchterhand, 1999.

STARCK Ch., « Art. 1 », in *Bonner Grundgesetz Kommentar* (H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck), Vol. 1, München, F. Vahlen, 4^{ème} éd., 2001, p. 30-187.

STEINDORF J., « § 84 », in *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, C.H. Beck, 2002.

STREE W., « Vorbemerkungen §§ 52 ff. » et « § 52 », in *Strafgesetzbuch Kommentar*, Schönke-Schröder, München, C.H. Beck, 26^{ème} éd., 2001.

5. Observations et notes de jurisprudence

A. En langue française

ARHEL P., obs. sous TPICE, 29 avr. 2004, Tokai Carbon Co. Ltd et al., *Les petites affiches*, 9 juil. 2004, p. 8 et s.

BACHELET O., note sous CEDH Oliveira contre Suisse rendu le 30 juil. 1998, *JDI* 1999, p. 255-257.

BACHELET O., note sous CEDH Fischer c. Autriche du 29 mai 2001, *JDI* 2002.

BARBIER DE LA SERRE E., obs. sous TPICE, 29 avr. 2004, Tokai Carbon Co. Ltd et al., *Revue Lamy de la concurrence*, nov. 2004/janv. 2005, p. 96.

BOUZAT P., note sous Ch. réunies 24 avr. 1961, Bull. crim. n° 222, *D.* 1961, J., p. 733

BOUZAT P., note sous CA Paris 26 mai 1965, *JCP* 1966.II.14725.

BROUCHOT, note sous Cass. crim. 25 mars 1954, *JCP* 1954.II.8272.

BÜCK V., obs. sous Déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, *RSC* 2002 p. 674.

BURGOGNE-LARSEN L., note sous CE 5 janv. 2005, Mlle Desprez, M. Baillard, *AJDA* 2005, p. 845 et s.

CHAMBON P., note sous Cass. crim. 9 mai 1961, *JCP* 1961.II.12223.

CHAPAR F., note sous Cass. crim. 19 mai 1983 *D.* 1984, J. p. 51.

CLAUDEL E. et DEBROUX M., obs. sous TPICE, 29 avr. 2004, Tokai Carbon Co. Ltd et al., *Concurrences*, *RDLC* déc. 2004, p. 51 et s.

CLIQUEENNOIS M., note sous Cass. crim. 6 nov. 1997, *Droit fiscal* 1998, p. 768-771.

DEBROUX M., obs. sous TPICE, 15 juin 2005, *Concurrences*, *RDLC*, n° 3 – 2005, p. 69.

DONNEDIEU DE VABRES H., note sous Cass. crim. 27 janv. 1949, *D.* 1949, J., p. 514.

DOUCET J.-P., note sous Cass. crim. 19 mai 1983 *Gaz. Pal.* 1983, 2^{ème} sem., p. 225.

GAUTIER Y., obs. sous CJCE, 11 fév. 2003, *Gözütok et Brügge*, *Europe* 2003, comm. n° 124.

GRANIER J., note sous CA Amiens 12 juil. 1954, *JCP* 1954.II.8385.

FRICERO N., obs. sous Civ. 2^{ème}, 4 mars 2004, Bull. civ. II, n° 84, *D.* 2004, Sommaires commentés, p. 1204-1205.

HUGUENEY L., note sous Cass. crim. 20 fév. 1931, *Sirey* 1932, 1^{ère} partie, p. 273-274.

HUGUENEY L., note sous CA Amiens 12 juil. 1954, *D.* 1955, J., p. 317.

HUGUENEY L., note sous Cass. crim. 25 mars 1954, *D.* 1955, J. p. 318.

HUGUENEY L., note sous Cass. crim. 20 mars 1956, *D.* 1957, J., p. 33.

IDOT L., note sous CJCE 7 janv. 2004, *Europe* 2004, n° 3, comm. n° 83, p. 23-24.

JEANDIDIER W., note sous Cass. crim. 19 mai 1983, *JCP* 1985.II.20385.

JULIEN-LAFERRIERE F., note sous CJCE, 11 fév. 2003, *Gözütok et Brügge*, *D.* 2003, p. 1458.

KOERING-JOULIN R., commentaires à propos de l'arrêt CEDH Oliveira c. Suisse, « Chronique internationale », *RSC* 1999, p. 408.

LAGARDE X., note sous Cass. ass. plén., 3 juin 1994, *JCP* 1994.II.22309.

LARGUIER J., note sous Cass. crim. 8 oct. 1959, *JCP* 1959.II.11324.

LÉGAL A., note sous Cass. crim. 30 janv. 1937, *Sirey* 1939, 1^{ère} partie, p. 193-195.

MARON A., obs. sous Cass. crim. 24 jan. 2001, *Droit pénal* 2001, comm. n°121.

MARON A., note sous Cass. crim. 6 janv. 2004, *Droit pénal*, mai 2004, n° 74.

MANACORDA S., obs. sous CJCE 11 février 2003, Gözütok et Brügge, *RSC* 2005, p. 942-943.

MANACORDA S., obs. sous CJCE 10 mars 2005, Miraglia, *RSC* 2005, p. 943-944.

MANACORDA S., obs. sous CJCE 16 juin 2005, Pupino, *RSC* 2005, p. 946-947.

MASSIAS F., note sous CEDH Fischer c. Autriche du 29 mai 2001 et autres, *RSC* 2003, p. 413-417.

MASSIAS F., note sous CEDH Nikitin c. Russie, 20 juil. 2004, *RSC* 2005, p. 641.

MOCK H., note sous CEDH Oliveira contre Suisse rendu le 30 juillet 1998, *RTDH* 1999, p.623-636.

PRIETO C., obs. sous TPICE, 29 avr. 2004, Tokai Carbon Co. Ltd et a., *JDI* 2005, p. 451 et s.

RENUCCI J.-F., commentaires à propos de l'arrêt Cass. crim. 9 juillet 2003, chronique « Juridictions nationales et droits de l'homme », *RSC* 2003, p. 882-888.

RENUCCI J.-F., commentaires à propos de l'arrêt Cass. crim. 19 janvier 2005, chronique « Droits de l'homme », *RSC* 2005, p. 934-935.

ROBERT J.-H., note sous Cass. crim. 1^{er} mars 2000, *Droit pénal* 2000, comm. n° 75.

ROETS D., note sous CEDH Garaudy contre France du 24 juin 2003, req. 65831/01, *D.* 2004, J., p. 239-244.

RONTCHEVKSYS N., note sous CA Paris, 26 oct. 1999, *Bulletin Joly Bourse*, mars-avril 2000, p. 156-162.

RONTCHEVKSYS N., note sous Cass. crim. 1^{er} mars 2000, Bull. crim. n° 98, *Bulletin Joly Bourse*, sept.-oct. 2000, p. 446.

TIXIER G. et LAMULLE T., note sous Cass. Crim. 20 juin 1996, *D.* 1997, J. p. 249-251.

VERDIER, note sous Cass. crim. 25 mars 1954 *Sirey* 1955, 1, 39.

VILLEY, note sous Cass. crim. 14 août 1875 et Ch. réunies 10 janv. 1876, *Sirey* 1877, I, 41.

B. En langue allemande

BOHNERT J.-F. et LAGODNY O., note sous BGH du 10 juin 1999, *NSZ* 2000, p. 636-640.

DALLINGER W., note sous BGH 24 mars 1954, *MDR* 1954, p. 399-400.

GRÜNWARD, note sous BGH 30 août 1978, *J.R.* 1979, p. 299 et s.

KÜHNE H.-H., note sous BGH du 10 juin 1999, *StV* 1999 p. 478-481.

KÜHNE H.-H., note sous CJCE, 11 fév. 2003, *Gözütok et Brügge*, *JZ* 2003, p. 303 et s.

RADTKE H. et BUSCH D., note sous CJCE, 11 fév. 2003, *Gözütok et Brügge*, *NStZ* 2003, p. 281.

STEIN S., note sous CJCE, 11 fév. 2003, *Gözütok et Brügge*, *NJW* 2003, p. 1162.

VAN DEN WYNGAERT Ch. et LAGODNY O., note sous BGH 13 mai 1997, *NStZ* 1998, p. 149 et s.

Conclusions :

LOLOUM F., Conclusions du commissaire du Gouvernement, CE, 9^{ème} et 8^{ème} sous-sections, Avis du 4 avril 1997, *Droit fiscal* 1997, p. 794-798.

RUIZ-JARABO COLOMER D., Conclusions présentées le 19 sept. 2002 dans les aff. C-187/01 (*Gözütok*) et C-385/01 (*Brügge*).

RUIZ-JARABO COLOMER D., Conclusions présentées le 11 fév. 2003 dans les aff. C-213/00 P (*Italcementi*) et C-217/00 P (*Buzzi Unicem*).

RUIZ-JARABO COLOMER D., Conclusions présentées le 20 oct. 2005 dans l'aff. C-436/04 (*Van Esbroeck*).

ROEMER K., Conclusions présentées le 19 déc. 1968, dans l'affaire C-14/68 (*Walt Wilhelm*), *Recueil des décisions de la CJCE*, p. 1 et s.

6. Rapports et divers

A. En langue française

Corpus juris pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, dir. M. Delmas-Marty, Paris, Economica, 1997.

La mise en état des affaires pénales, Commission Justice pénale et droits de l'homme, dir. M. Delmas-Marty, La documentation française, Rapports, 1991.

La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres, vol. 1, dir. M. Delmas-Marty et J.A.E. Vervaele, Antwerpen, Intersentia, 2000.

Les revirements de jurisprudence, Rapport remis le 30 novembre 2004 à M. le Premier Président de la Cour de cassation G. Canivet, dir. N. Molfessis.

Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Note du Præsidium, doc. CHARTE 4473/1/00 REV1 du 19 octobre 2000.

Rapport public du Conseil d'Etat pour 1991, La documentation française, Etudes et documents n° 43, 1992.

B. En langue allemande

LAGODNY O., *Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen ? Gutachten im Auftrag des Bundesministerium der Justiz*, Berlin, Mars 2001.

C. En langue anglaise

VANDER BEKEN T., VERMEULEN G., STEVERLYNCK S., THOMAES S., *Finding the best place for prosecution. European study on jurisdiction criteria*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2002.

Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, dir. A. Biehler, R. Kniebühler, J. Lelieur-Fischer, S. Stein, préface A. Eser, participation de T. Elholm, C. Gane, O. Lagodny, A.H.J. Lensing, T. Ongena, M. Płachta, D. Spinellis, A. Strandbakken, H. Zeitler, Freiburg im Breisgau, iuscrim, 2003, www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nebisinidem.html.

Index

(Les nombres renvoient aux numéros de page)

A

- Acte juridictionnel : 107 et s., 112 et s., 150 et s., 265 et s., 283, 285 et s., 298, 331
- Arbitraire : 135, **357 et s.**, 362 et s., 367 et s., **372 et s.**, **386**, 460, 471, 479, 481, 483, 488, 496, 498, 501, 517, 547, 574 et s.
- Arrêt anticipé de la procédure : **272 et s.**, 279 et s., 299, 492 et s., 544, 549
- Autorité positive de la chose jugée : 56, 59, 98, 116 et s., 162, 220, 301
- Autorité négative de la chose jugée : 59 et s., 82, 98 et s., 104, 110 et s., 116 et s., 119, 149, 151, 153 et s., 162, 220, 336

B

- Bourse (droit de la) : 36, 95, **206 et s.**, 219, 409, 475 et s.

C

- Charge nouvelle : 182 et s., 192, 271, 278 et s., 285 et s., 292, 299, 312, 376, 490 et s., 517, **544**
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 27, 51 et s., 130, 209, 250, 326, 343, 367, 380, 384, **385 et s.** (valeur juridique), 402, 411 et s., **417 et s.**, 427, 440, 451, 454, 464 et s., 472, 574
- Chose jugée : (*voir également* « acte juridictionnel ») 55 et s., 64 et s., **265 et s.**, **270 et s.**, 306 et s., 488, 569
- Concours d'infractions : 19, **23 et s.**, 29, 33, 38, 219 et s., 321, 575
- Concurrence (droit de la) : 41, 51, 64, **244 et s.**, **251 et s.**, **419 et s.**, 452 et s., 475 et s., 503, 564
- Confiance légitime : 128, **141 et s.**, 544
- Confiance mutuelle (entre les Etats de l'Union européenne) : 53, 509
- Consommation de l'action (principe de la) : 55 et s., 62, 111, 113, 118, 151, 344, 569, 573

- Crédit du juge / de la justice : 82 et s., 97, 98 et s., **101 et s.**, **111 et s.**, 114 et s., 125, 152, 155 et s., 181 et s., 220 et s., 224 et s., 230, 240, 257, 268, 279, **301 et s.**, **305 et s.**, 309, 311, 313 et s., 317 et s., 322, 327, 332 et s., 570 et s.
- Cumul : voir « *non-cumul* »

D

- Décision-cadre (projet grec de) : 50, **440 et s.**, 458, 469, 481 et s., 503 et s., 510 et s., 551 et s., 557 et s., 563, 564
- Décision définitive : 271 et s., **487 et s.**, 514
- Dignité humaine : 69, 135, 141, 356, 365, **371 et s.**, 379 et s., 397 et s., 399, 407, 415 et s., 422 et s., 428, 430, 435, 437, 445, 457, 460 et s., 477 et s., 494 et s., 500 et s., 517, 529, 566, 573 et s.
- « Double barrière » (règle de la) : 245
- « Double peine » (interdiction du territoire français) : 31
- Droit romain : 15, 21, **55 et s.**, 110, 121, 344, 569, 575

E

- Équité : 38, 96, 124, 137 et s., 173, 250, 252, **349 et s.**, 547
- Extradition :
232 et s., 237, 441, 484, 509, 552 et s.

F

Fait nouveau (voir aussi « *charge nouvelle* ») : **530 et s.**

- Faits (voir « *mêmes faits* »)
- Fiscal (droit) : 36, 154, 187, 191, 204 et s., 208, 217 et s., 223, 323, 333, 429, 475 et s.
- Fonction :
 - de la fundamentalité d'un droit : **396 et s.**
 - de la règle *ne bis in idem* : **84 et s.**, **121 et s.**
 - du principe de l'autorité de la chose jugée : **98 et s.**
- Fondement :
 - des droits fondamentaux : 382 et s., 385 et s., 389, 397
 - du principe de l'autorité de la chose jugée : 104 et s., 110 et s., 114 et s.

I

- Identité :
 - de cause : 60, 153, 255, **301 et s.**, **309 et s.**
 - de personne (*voir « même personne »*)
 - des faits (*voir « mêmes faits »*)
 - d'objet : 60, 75, 218 et s., 222, 302 et s., 336

J

- Jugement (*voir « chose jugée »*)
- Justice pénale internationale : 52, **457 et s.**, 576

L

- Litispendance : 449 et s., 487
- Lumières : 16, 48, **122 et s.**, 126, 171, 356, 358 et s., 364, 368, 569

M

- Mandat d'arrêt européen : 441, 484, 552 et s.
- Matière pénale : 184 et s., **460 et s.**
- Médiation pénale : 46 et s., 296 et s., 486, 488, 493
- Même personne : **498 et s.**
- Mêmes faits : 300 et s., **500 et s.**
 - identité matérielle : 306 et s., 309 et s.
 - identité juridique : 305 et s., 315 et s.

N

- *Ne/non bis in idem*
 - définition : 42
 - fonctions : 84 et s., 121 et s.
- Non cumul des sanctions : 25 et s., 29, 34 et s., 409 et s., 562
- Non cumul des qualifications : 23 et s., 32 et s.

O

- Ordonnance de refus d'informer : 280, 491
- Ordonnance de non-lieu : 60, 121, 280 et s., 299, 312, 490 et s., 493 et s., 497, 533 et s., 539

- Ordonnance pénale :
 - France : 287, 290 et s., 298,
 - Allemagne (*Strafbefehl*) : 34 et s., 46, 96, **284 et s., 299**

P

- Pacte international sur les droits civils et politiques : 26 et s., 50 et s., 53, 129, 184, 205, 208, 363
- Paix sociale : 29, 79, 81 et s., 87 et s., 94, 108 et s., 116 et s., 119, 136, 152, 159, 335, 353, 415, 540, 570
- Présomption de vérité : 57, **104 et s.**, 112, 114, 118, 150 et s., 569
- Principe (par opposition à « règle ») : 341 et s.
- Principe de droit objectif (par opposition à « droit subjectif ») : 403, 424, 428, 445, 511, 560
- Primauté : 51, 247, 419
- Proportionnalité : 30 et s., 36, 184, 209, 250, 351, 409 et s., 423, 456, 461, 523, **528 et s.**, 534, 536, 540, 554, 556
- Protection des intérêts financiers de l'Union européenne : 244, 250, 434, 450

R

- Règle : 341 et s.
- Reconnaissance mutuelle (principe de) : **237 et s.**, 260, 337, 508 et s., 552 et s.
- Relativité (du principe de l'autorité de la chose jugée) : 264, 299, **301 et s.**, 336
- Réouverture du procès : 129, 133, 182, 274, 277, 282, 284 et s., 312, 374, 376, 489 et s., 494, 511, **516 et s.**
- Répression administrative : 36, 44 et s., 176, 178 et s., 192, 332, 409, **475 et s.**, 576
- Répression disciplinaire : 44 et s., 183 et s., 192, 201, **477 et s.**
- Réserves : 184 et s., 204, 207, 472

S

- Schengen : 36, 49, **242 et s.**, **446 et s.**
- Sécurité juridique individuelle : **131 et s.**, 149 et s., 172 et s., 353, 360 et s., 536, 540, 544
- Sécurité juridique collective : 89, **91 et s.**, 132 et s., 150, 175 et s., 536, 540 et s., 570
- Souveraineté : 232, 234, 236, 241, 408, 412, **554 et s.**
- Sûreté (droit à la) : 135, 243, 356, **357 et s.**, 373, 379, 386, 415 et s., 423, 463, 473 et s., 556 et s., 569, 573

T

- Transaction pénale : 46 et s., 65, 233, 261, 264, 286, **287 et s.**, 297, 330 et s., 444, 485, 488, 491 et s.

V

- Valeur internationale des jugements : **235 et s.**, 490
- Voies de recours : 22, 86, 375, 489 et s., 495, 515 et s., 525, 547

Tables des matières

Liste des abréviations.....	9
Sommaire.....	13
INTRODUCTION GENERALE	15
§ 1 <i>La définition de la règle ne bis in idem</i>.....	21
A. Les différentes définitions attribuées à la règle <i>ne bis in idem</i>	21
1. La définition d'origine : l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits.....	21
2. L'extension de l'interdiction au cumul des qualifications dans une poursuite unique	23
3. L'extension de l'interdiction au cumul des sanctions	25
B. La pertinence de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits	28
1. L'absence de fonction propre de l'interdiction du cumul des qualifications dans une poursuite unique	28
a. Les fonctions de l'interdiction du cumul des poursuites	29
b. Les fonctions de l'interdiction du cumul des sanctions	29
c. La pertinence du cumul des qualifications dans une poursuite unique	32
2. Le danger de l'adjonction de l'interdiction du cumul des sanctions à celle du cumul des poursuites	34
a. En droit allemand	35
b. En droit français	36
c. En droit communautaire	37
d. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	38
3. L'intérêt spécifique de l'interdiction du cumul des poursuites	41
§ 2 <i>Le champ d'étude de la règle ne bis in idem</i>.....	43
A. Le champ matériel d'étude de la règle : la justice répressive.....	43
1. La répression pénale et extra-pénale	44
2. La répression par le jugement ou sans jugement	46
B. Le champ géographique d'étude de la règle : l'Union européenne.....	47
1. Les droits français et allemand.....	48
2. Le droit européen	49
3. Une harmonisation inachevée	53
§ 3 <i>La mise en œuvre de la règle ne bis in idem</i>.....	54
A. Le rattachement de la règle <i>ne bis in idem</i> au principe de l'autorité de la chose jugée	55
1. Un rattachement effectué par le droit de Justinien.....	55
2. La réception du rattachement en droit français	57
3. La réception du rattachement en droit allemand.....	61
B. La remise en cause de ce rattachement	63
1. L'inadéquation du rattachement de la règle <i>ne bis in idem</i> au principe de l'autorité de la chose jugée	63
2. Le remède à l'absence de fondement juridique de la règle <i>ne bis in idem</i>	69

PREMIERE PARTIE

CRITIQUE DU RATTACHEMENT DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM* AU PRINCIPE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

TITRE 1

LE DECALAGE DE FONCTIONS ENTRE LA REGLE *NE BIS IN IDEM* ET LE PRINCIPE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE..... 77

CHAPITRE 1 UN MODE DIFFERENT DE CONTRIBUTION A LA PAIX SOCIALE 81

Section 1 La fonction sociale de la règle *ne bis in idem* : la préservation de la sécurité juridique collective 84

§ 1 La fonction immédiate de garantie de la stabilité 85

- A. La stabilité des décisions répressives définitives 86
- B. La stabilité des situations juridiques issues des décisions
répressives définitives 89

§ 2 La fonction subséquente de préservation de la sécurité juridique collective..... 91

Section 2 La fonction du principe de l'autorité de la chose jugée : la protection du crédit du juge 98

§ 1 Les fonctions attribuées par la doctrine à l'autorité de la chose jugée..... 99

- A. La préservation de la sécurité juridique 99
- B. La protection du crédit du juge 101

§ 2 La protection du crédit du juge, seule fonction effective au regard des fondements de l'autorité de la chose jugée 103

- A. Les fondements attribués par la doctrine à l'autorité de la chose jugée..... 104
 - 1. La présomption de vérité : *Res judicata pro veritate habetur* 104
 - 2. La théorie de l'acte juridictionnel 108
- B. L'orientation des deux fondements vers une fonction unique :
la protection du crédit du juge..... 111
 - 1. L'inaptitude des fondements de l'autorité de la chose jugée à préserver
la sécurité juridique 112
 - 2. L'aptitude des fondements de l'autorité de la chose jugée à protéger le crédit du juge 114

Conclusion du chapitre..... 116

CHAPITRE 2	LA FONCTION SUPPLEMENTAIRE DE PROTECTION DE L'INDIVIDU DE LA REGLE <i>NE BIS IN IDEM</i>	119
Section 1	La fonction protectrice de l'individu de la règle <i>ne bis in idem</i>	121
§ 1	<i>L'affirmation de la fonction protectrice de l'individu</i>	<i>121</i>
A.	L'apparition de la fonction protectrice de l'individu au siècle des Lumières	122
1.	Les premières apparitions doctrinales	122
2.	Les premières apparitions en droit positif	125
B.	La résurgence de la fonction protectrice de l'individu au XX ^{ème} siècle	127
1.	La constitutionnalisation de la règle <i>ne bis in idem</i> en Allemagne en 1949	127
2.	La reconnaissance de la règle <i>ne bis in idem</i> dans les textes internationaux de protection des droits de l'homme	129
§ 2	<i>La mise en œuvre par la garantie de la sécurité juridique individuelle.....</i>	<i>131</i>
A.	La définition de la sécurité juridique individuelle	131
1.	La stabilité de la situation juridique de l'individu	132
2.	La protection contre la contrainte d'une nouvelle poursuite répressive	133
B.	Les difficultés doctrinales à exprimer la sécurité juridique individuelle	137
1.	Les allusions trop approximatives en France	137
2.	La confusion avec la protection de la confiance légitime en Allemagne.....	141
Section 2	L'absence de fonction protectrice de l'individu de l'autorité de la chose jugée	149
§ 1	<i>L'indifférence à la garantie de la sécurité juridique individuelle.....</i>	<i>149</i>
§ 2	<i>L'incongruité des adaptations de la théorie « pénale » de l'autorité de la chose jugée.....</i>	<i>153</i>
	Conclusion du chapitre.....	158
	Conclusion du titre.....	160

TITRE 2

LA RESTRICTION DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM* PAR LE PRINCIPE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE..... 163

CHAPITRE 1 LA RESTRICTION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA REGLE *NE BIS IN IDEM* 167

Section 1 La restriction du champ matériel d'application de la règle *ne bis in idem* 169

§ 1 *Le champ utile d'application de la règle ne bis in idem*..... 170

- A. La vocation de la règle à assurer la sécurité juridique pour toute forme de répression 171
 - 1. Le besoin de sécurité juridique individuelle pour toute forme de répression 172
 - 2. Le besoin de sécurité juridique collective pour toute forme de répression 175
- B. L'applicabilité de la règle au-delà du droit pénal 176
 - 1. L'applicabilité au-delà du droit pénal en Allemagne 177
 - 2. L'applicabilité au sein de la « matière pénale » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 184

§ 2 *Le champ effectif d'application de la règle ne bis in idem en droit français*..... 193

- A. L'étroitesse du champ d'application de la règle *ne bis in idem* en droit français 194
 - 1. L'applicabilité après un arrêt rendu par une cour d'assises 195
 - 2. L'applicabilité entre des poursuites soumises à des autorités exerçant la même compétence matérielle 196
 - a. L'applicabilité au sein du droit pénal 197
 - b. L'applicabilité au sein des autres branches du droit répressif 201
 - 3. L'inapplicabilité entre des poursuites soumises à des autorités exerçant des compétences matérielles différentes 202
 - a. L'inapplicabilité entre des poursuites soumises à des autorités exerçant des répressions de nature différente 203
 - b. L'inapplicabilité entre des poursuites pénales soumises à des juridictions exerçant une compétence matérielle différente ? 210
- B. Une étroitesse cohérente avec la logique de l'autorité de la chose jugée 216

Section 2	La restriction du champ géographique d'application de la règle <i>ne bis in idem</i>	227
§ 1	<i>L'inapplicabilité de la règle ne bis in idem dans les relations internationales</i>	228
A.	L'inefficacité du principe de l'autorité de la chose jugée dans les relations internationales	228
1.	L'inapplicabilité de la règle <i>ne bis in idem</i> internationale en droit allemand	228
2.	La difficulté de la règle à s'imposer en droit international comme effet du jugement étranger	235
B.	Le succès de la règle <i>ne bis in idem</i> internationale détachée de la logique de l'autorité de la chose jugée	240
1.	L'applicabilité de la règle <i>ne bis in idem</i> internationale en droit français	241
2.	La consécration de la règle <i>ne bis in idem</i> internationale par la Convention de Schengen	242
§ 2	<i>L'inapplicabilité de la règle ne bis in idem dans les rapports de supranationalité</i>	244
A.	La permission du cumul d'une poursuite nationale et d'une poursuite communautaire par la législation communautaire	244
B.	La réticence du juge communautaire vis-à-vis de l'application de la règle <i>ne bis in idem</i> dans les rapports de supranationalité	251
	Conclusion du chapitre	259
CHAPITRE 2	LA RESTRICTION DE LA PORTEE DE LA REGLE <i>NE BIS IN IDEM</i> PAR LE PRINCIPE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE	263
Section 1	La restriction apportée par la condition d'existence d'une chose jugée	265
§ 1	<i>La condition d'existence d'une chose jugée</i>	265
A.	Les conditions propres au jugement	266
1.	La résolution d'une contestation	266
2.	L'exercice de la <i>juris-dictio</i>	267
B.	Les conditions extérieures au jugement	268
1.	L'indépendance et l'impartialité du juge	269
2.	Le caractère équitable de la procédure	269

§ 2	<i>L'inefficacité du principe de l'autorité de la chose jugée en l'absence d'une chose jugée.....</i>	270
A.	L'inefficacité en cas d'arrêt anticipé de la procédure	272
1.	Les arrêts anticipés de la procédure en Allemagne	273
2.	Les arrêts anticipés de la procédure en France.....	279
B.	L'inefficacité en cas de jugement selon une procédure simplifiée	284
1.	L'ordonnance pénale en Allemagne.....	284
2.	Les procédures simplifiées de jugement en France.....	287
C.	L'inefficacité en cas de réponse à l'infraction sans jugement	288
1.	La transaction pénale.....	289
2.	La médiation pénale	296
Section 2	La restriction apportée par l'exigence d'identité juridique des faits ..	300
§ 1	<i>L'identité de cause.....</i>	301
A.	La fonction de protection du crédit du juge de l'identité de cause	301
1.	La manifestation de la relativité de l'autorité de la chose jugée	301
2.	La protection subséquente du crédit du juge.....	304
B.	La traduction de l'identité de cause.....	305
1.	L'interdiction du cumul des poursuites pour la même qualification juridique	305
2.	L'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels	306
§ 2	<i>L'application de l'identité de cause</i>	309
A.	La généralisation de l'interdiction du cumul des poursuites pour les mêmes faits matériels	309
1.	La généralisation partielle en France	309
a.	L'impulsion du législateur.....	310
b.	Les progrès de la généralisation par voie jurisprudentielle.....	312
2.	La généralisation au-delà des nécessités de la protection du crédit du juge en Allemagne ?.....	313
B.	Les exceptions à la généralisation	315
1.	Les exceptions pour l'application interne de la règle <i>ne bis in idem</i>	316
a.	L'exigence d'identité de qualification juridique dans la jurisprudence française	316
b.	L'exigence d'identité de qualification juridique par la Cour européenne des droits de l'homme.....	318
2.	Les réticences vis-à-vis du critère de l'identité matérielle des faits pour l'application internationale de la règle <i>ne bis in idem</i>	327
	Conclusion du chapitre.....	331
	Conclusion du titre.....	332
	CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	335

SECONDE PARTIE

PROPOSITION D'UN FONDEMENT POUR LA REGLE *NE BIS IN IDEM* : LE PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE

TITRE 1

LES VALEURS SOUS-TENDANT LE PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE..... 348

CHAPITRE 1 L'IDENTIFICATION DES VALEURS SOUS-TENDANT LE PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE 356

Section 1 La sûreté dans sa conception révolutionnaire 358

§ 1 *La conception révolutionnaire large de la sûreté*..... 358

- A. La protection contre toute forme arbitraire de répression 359
- B. La protection contre le cumul des poursuites non prévus par la loi 363

§ 2 *Le rétrécissement actuel de la sûreté à la protection de la sécurité physique* 367

Section 2 La dignité humaine..... 371

§ 1 *La dignité humaine au fondement du principe d'unicité d'action répressive*..... 371

- A. La notion de dignité humaine 372
- B. La concrétisation de la dignité humaine par le principe d'unicité
d'action répressive..... 376

§ 2 *La consécration juridique de la dignité humaine dans l'Union européenne*..... 380

- A. La consécration en droit national 380
- B. La consécration en droit européen 384
 - 1. La position centrale de la dignité humaine dans la Charte des droits fondamentaux
de l'Union européenne 385
 - 2. La question de la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux
de l'Union européenne 386

Conclusion du chapitre..... 386

CHAPITRE 2	L'EFFET DE CES VALEURS SUR LE STATUT JURIDIQUE DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE	390
Section 1	La fondamentalité du droit à l'unicité d'action répressive	392
§ 1	<i>L'identification de la fondamentalité d'un droit.....</i>	<i>392</i>
A.	L'absence de définition matérielle du droit fondamental.....	392
B.	Les critères d'identification de la fondamentalité d'un droit	396
1.	La fonction de la fondamentalité du droit	397
2.	Les valeurs sous-tendant le droit.....	398
§ 2	<i>L'application pour le droit à l'unicité d'action répressive</i>	<i>400</i>
A.	La fondamentalité intrinsèque du droit à l'unicité d'action répressive	400
B.	L'utilité de la fondamentalité du droit à l'unicité d'action répressive	404
Section 2	Les conséquences de la fondamentalité du droit à l'unicité d'action répressive.....	407
§ 1	<i>La valeur constitutionnelle du principe d'unicité d'action répressive.....</i>	<i>407</i>
A.	La nécessité d'une évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	410
1.	L'interdiction actuelle du seul cumul disproportionné des sanctions	410
2.	Vers la consécration du principe d'unicité d'action répressive ?.....	412
B.	La nécessité d'une clarification de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes	417
1.	La portée de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	418
2.	Les spécificités du droit de la concurrence	420
a.	Les spécificités propres à l'infraction au droit de la concurrence	421
b.	Les spécificités propres aux auteurs des infractions au droit de la concurrence.....	423
§ 2	<i>La valeur constitutionnelle de la règle ne bis in idem.....</i>	<i>425</i>
A.	La constitutionnalisation de la règle <i>ne bis in idem</i> en droit français	425
B.	La « constitutionnalisation » de la règle <i>ne bis in idem</i> en droit communautaire.....	427
	Conclusion du chapitre.....	428
	Conclusion du titre.....	430

TITRE 2

LES CONTOURS DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE..... 434

CHAPITRE 1 L'APPLICATION DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE 438

Section 1 Le champ d'application 439

§ 1 *L'espace de liberté, de sécurité et de justice*..... 439

- A. Les progrès du principe entre les Etats de l'Union européenne 440
 - 1. L'article 54 de la Convention de Schengen 443
 - a. L'étendue géographique de l'applicabilité de l'article 54 443
 - b. Le contrôle de la mise en œuvre de l'article 54 444
 - 2. Le projet de décision-cadre 447
 - a. Le recours à un nouvel instrument juridique : la décision-cadre 447
 - b. Présentation générale du projet grec de décision-cadre 449
- B. La question de la mise en œuvre du principe dans les rapports de supranationalité 452
 - 1. La situation actuelle dans l'Union européenne 452
 - 2. L'exemple de la justice pénale internationale 458

§ 2 *La matière pénale*..... 461

- A. La matière pénale, champ pertinent d'application pour le principe 465
 - 1. Les difficultés d'identification de la répression 465
 - a. La nécessité d'une approche harmonisée 465
 - b. Le problème des mesures répressives « cachées » 466
 - 2. La solution apportée par la notion de matière pénale 468
 - a. Les critères d'identification de la matière pénale 469
 - b. L'appréciation des critères 471
- B. L'application du principe en matière pénale 473
 - 1. La répression pénale 474
 - 2. La répression administrative 476
 - 3. La répression disciplinaire 478

Section 2 Les conditions d'application..... 484

§ 1 *L'action*..... 484

- A. La notion d'action 484
 - 1. La poursuite 485
 - 2. Les mesures alternatives aux poursuites 486
 - 3. Le prononcé d'une sanction en l'absence de poursuite 487
- B. L'achèvement d'une action 487
 - 1. La condition d'existence d'une décision définitive 488
 - 2. La nécessité d'une interprétation dynamique des textes 496

§ 2	<i>L'identité entre plusieurs actions</i>	499
A.	L'identité de personne mise en cause.....	499
B.	L'identité des faits reprochés	501
1.	L'identité matérielle des faits.....	501
2.	L'appréhension des faits par ensemble infractionnel.....	506
	Conclusion du chapitre.....	511
CHAPITRE 2	LES EXCEPTIONS A L'APPLICATION DU PRINCIPE D'UNICITE D'ACTION REPRESSIVE	516
Section 1	Les exceptions imposées par l'exigence de justice	517
§ 1	<i>L'exigence de justice</i>	518
A.	L'identification de la décision injuste	519
1.	Les facteurs d'injustice	519
a.	L'inégalité	519
b.	La disproportion.....	520
c.	La trahison des promesses.....	523
2.	Classification des décisions injustes	524
B.	La recherche de la justice	526
1.	La justice, un idéal	526
2.	Les limites de la recherche de la justice par la vérité.....	527
§ 2	<i>La réouverture du procès fondée sur l'exigence de justice</i>	531
A.	L'injustice dévoilée par des faits nouvellement révélés.....	533
1.	La réouverture à la demande de l'individu	536
2.	La réouverture à la demande de l'autorité de poursuite.....	540
B.	L'injustice découlant d'un vice fondamental dans la procédure.....	546
Section 2	Les exceptions propres à l'application internationale du principe	550
§ 1	<i>L'inexécution de la sanction</i>	551
A.	La condition d'exécution de la sanction.....	551
B.	L'exception d'impossibilité d'exécution de la sanction étrangère.....	553

§ 2 <i>La protection de la souveraineté nationale</i>	555
A. Les exceptions en vigueur	555
B. Vers la suppression progressive de ces exceptions ?	558
Conclusion du chapitre.....	562
Conclusion du titre.....	564
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	566
 CONCLUSION GENERALE	 570
 Annexe 1 , Livre vert de la Commission européenne sur les conflits de compétence et le principe <i>ne bis in idem</i> dans le cadre des procédures pénales, 23 décembre 2005,	 579
 Annexe 2 , Observations sur le Livre vert	 591
 Bibliographie	 623
 Index	 651
 Table des matières	 657