

Les solides frontières du principe *ne bis in idem*: fondements et objectifs en droit européen et international

Diane BERNARD

Chargée de recherches FNRS

Professeure invitée à l'Université Saint-Louis, Bruxelles

Cette contribution au débat consacré aux « fondements et objectifs du droit pénal européen et international » porte sur l'un des « outils » procéduraux et garantistes du droit pénal : le principe *ne bis in idem*. Nous le qualifions d'« outil » car il nous semble avoir été instrumentalisé, au sens propre, dans les processus d'eupéanisation et d'internationalisation du droit pénal, au point que son fondement en a été négligé.

Le principe *ne bis in idem* interdit qu'une personne soit jugée (au sens de poursuivie, condamnée ou punie, cela varie) « deux fois » pour « la même chose » (pour les mêmes faits ou les mêmes infractions, cela varie également). On distingue le principe *ne bis in idem*, qui porte l'interdiction de poursuivre ou juger à deux reprises (en allemand, *Erledigungsprinzip* ou principe de finalité), de sa version allégée, le principe *ne bis poena in idem*, qui interdit qu'on punisse à deux reprises (en allemand, *Anrechnungprinzip* ou principe d'imputation, c'est-à-dire de prise en compte de la première peine lors du prononcé de la seconde). Notre propos est consacré au principe en général mais certains éléments de notre démonstration requerront que l'on précise la « version » du principe dont il est fait état.

Séculaire¹, le principe *ne bis in idem* est très largement admis par les États², sans unanimité quant à sa définition exacte. Il est également établi dans différents textes internationaux, parmi lesquels on relève en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)³, le Protocole 7 à la

¹ Pour une analyse critique de ses acceptions originelles, voy. J.A. SIGLER, « A history of double jeopardy », *American Journal of Legal History*, n° 7, 1963, pp 283-309 (surtout les premières pages).

² Pour prendre un exemple sur chaque continent, voy. la Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la loi constitutionnelle de 1982 sur le Canada, ch. 11 (R.-U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982, art. 11-h ; le *Codigo procesal penal* du Chili, loi 19.696, art. 1 ; la Constitution de la République d'Afrique du Sud, 18 décembre 1996, entrée en vigueur le 4 février 1997, art. 35-3-m (qui fait du principe *ne bis in idem* un élément du droit à un procès équitable) ; le *New Zealand Bill of Rights Act*, n° 109, 28 août 1990, section 26-2 ; la Constitution du Japon, 3 novembre 1946, entrée en vigueur le 3 mai 1947, art. 39 ; la loi belge contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, 17 avril 1876, entrée en vigueur le 5 mai 1878, art. 13.

³ Art. 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par la résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU), 16 décembre 1966, et entré en vigueur le 23 mars 1976.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH)⁴ et la Convention américaine des droits de l'homme (CADH)⁵. Dans ces différents ordres, la règle *ne bis in idem* (sous ses différentes formes) est limitée au territoire de l'État⁶ : elle ne s'applique pas aux situations dans lesquelles les deux procédures *in idem* sont menées dans des ordres juridiques différents. Or, c'est à la croisée d'ordres différents (nationaux, européens ou internationaux ; pénal ou administratif) que la règle rencontre aujourd'hui écueils et défis : sa portée est limitée ou étendue et ses objectifs sont redéfinis.

Au vu des objectifs de cet ouvrage, c'est à la croisée des ordres nationaux, internationaux et européens que nous nous intéresserons. Deux ordres justifient qu'on s'y intéresse tout particulièrement, parce que le principe s'y étend au-delà des frontières nationales : le droit de l'Union européenne (UE) et le droit international pénal. Par droit international pénal, nous entendons « droit des crimes internationaux » ou des crimes « les plus graves » (génocide, crime de guerre, crime contre l'humanité essentiellement) ; c'est surtout le droit de la Cour pénale internationale (CPI) qui retiendra notre attention.

Les débats jurisprudentiels et doctrinaux consacrés au principe *ne bis in idem* sont moins centrés sur ses fondements et objectifs que sur la définition de ses paramètres, le *bis* (« juger deux fois ») et l'*idem* (« pour la même chose »). Faute d'espace, nous ne pouvons pas développer ici ces variations de la règle⁷. Poinçons néanmoins que la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.⁸), la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H.) et la doctrine ont proposé des interprétations variables des différents paramètres de la règle, parfois contradictoires et souvent évolutives. Ces fluctuations ont un lien évident avec les fondements proclamés et objectifs poursuivis par le principe *ne bis in idem* ; elles nous paraissent en effet refléter les réflexions générales dont nous traiterons.

Notre hypothèse générale est que, si le fondement du principe *ne bis in idem* tient aux droits individuels de l'accusé (à ne pas être jugé à plusieurs reprises pour la même chose), son internationalisation éloigne ses objectifs de cette base garantiste : la règle contribue à assurer une répression efficace des crimes internationaux, devant la CPI et les TPI, et à préserver la libre circulation des

⁴ Art. 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'amendé par le protocole n° 11, Strasbourg, 22 novembre 1984, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988. Le protocole vise à mettre la CEDH en concordance avec le PIDCP.

⁵ Art. 8, § 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José le 22 novembre 1969 et entrée en vigueur le 18 juillet 1978.

⁶ S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, OUP, 2005, p. 384.

⁷ Pour une étude détaillée de ces fluctuations et de leur impact sur le sens du principe *ne bis in idem* en droit de la CPI et des TPI, voy. D. BERNARD, *Juger et juger encore les crimes internationaux. Étude du principe ne bis in idem*, Bruxelles, Larcier, 2013 ; en droit européen, voy. par ex. B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Kluwer Law International, 2009.

⁸ Dénommée Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009.

personnes, en droit européen. Autrement dit, le principe est mobilisé à des fins propres aux ordres supranationaux concernés : lutter contre l'impunité en droit international pénal, d'une part, et développer l'espace pénal européen, de l'autre.

On peut considérer que le principe est devenu supranational dans le droit des TPI et de la CPI, et transnational dans le droit de l'UE (voire partiellement supranational en droit de la concurrence). Il n'existe pas pour autant, aujourd'hui, de principe *ne bis in idem* international : sa large diffusion ne concerne que son application au sein des frontières nationales. En outre, le principe ne se voit guère reconnaître d'existence ou d'importance *per se*, en tant que droit individuel. Ses objectifs, en droit européen et international pénal, renvoient davantage au respect de la chose jugée qu'à son fondement garantiste : il a été mobilisé comme étai de la cohérence systémique de ces ordres juridiques post-nationaux.

Nous vérifierons ces hypothèses en analysant d'abord les développements du principe en droit européen (chapitre 1), puis en droit international pénal (chapitre 2), avant de tenter un descriptif général des fondements et objectifs du principe (en conclusion).

Chapitre 1

Un principe transnational en droit européen, pour assurer la liberté de circulation

Malgré l'absence de consensus quant à son contenu exact, on peut observer un mouvement commun vers un principe *ne bis in idem* régional⁹, né sous l'égide du Conseil de l'Europe puis déployé au sein de l'Union européenne. Nous pointerons ici les étapes clés de ce développement du principe : les premières conventions prévoyant l'application du principe entre États, sous l'égide du Conseil de l'Europe (section 1), puis son intégration dans l'« Acquis de Schengen » et sa clarification par la C.J.U.E. (section 2), et enfin ses développements ultérieurs, toujours au sein de l'Union (section 3). On constatera que le principe trouve une première application transnationale, au sein de l'espace Schengen (ainsi qu'une certaine application supranationale, en droit de la concurrence), et que ces développements sont justifiés par des objectifs d'intégration européenne bien davantage que pour des motifs liés aux droits de l'accusé.

⁹ En ce sens, voy. par ex. N. NEAGU, « The *ne bis in idem* principle in the interpretation of European courts : towards uniform interpretation », *Leiden Journal Int. Law*, 2012, n° 25, p. 956.

Section 1

Premiers pas au sein du Conseil de l'Europe

Dès 1957, la Convention européenne d'extradition¹⁰ prévoit l'application du principe *ne bis in idem* entre les États signataires (art. 9) ainsi qu'une possibilité de refuser l'extradition d'un individu à l'encontre duquel des poursuites sont déjà en cours (art. 8), ce qui constitue une application élargie du principe *ne bis in idem* (non seulement aux affaires jugées mais également aux dossiers en cours). La règle constitue donc un motif de refuser l'extradition mais n'est pas valorisée en tant que droit de l'accusé ; selon son préambule, la convention vise à l'unification entre les membres du Conseil de l'Europe. En 1975, un premier protocole additionnel précisera la portée de l'article 9 (en des termes directement issus des conventions de 1970 et 1972, commentées ci-après) sans préciser les fondements ou objectifs de la règle.

Le principe *ne bis in idem* est prévu à l'article 53 de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (28 mai 1970)¹¹, mais assorti de tant d'exceptions et en état de ratification si limité qu'on ne peut lui reconnaître d'impact consistant. Selon le rapport explicatif attaché¹², la convention poursuit deux objectifs principaux : répondre adéquatement à la criminalité (de plus en plus) transfrontalière et améliorer le « traitement des délinquants » (notamment en favorisant leur reclassement par l'exécution de la peine dans leur État de résidence, plutôt que dans l'État où a été commise l'infraction). Voilà donc les objectifs auxquels le principe *ne bis in idem* devrait contribuer : améliorer la répression et favoriser la circulation des condamnés, afin d'optimiser leur réintégration dans la société. Le rapport indique par ailleurs que plusieurs condamnations *in idem* relèveraient d'un « traitement manifestement inéquitable » du délinquant (l'idée d'inscrire le principe dans un protocole additionnel à la CEDH est d'ailleurs avancée¹³). On retrouve sans doute là, sans plus d'explication, le fondement classique du principe : un idéal « manifeste » de justice, qui n'est guère plus creusé.

Deux ans plus tard, l'article 35 de la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives (15 mai 1972)¹⁴ met en place le même dispositif (toujours assorti des mêmes nombreuses exceptions et affaibli par la maigre

¹⁰ Ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe le 13 décembre 1957, et entrée en vigueur le 18 avril 1960.

¹¹ Ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe le 28 mai 1970, et entrée en vigueur le 28 juillet 1974.

¹² Disponible sur conventions.coe.int.

¹³ Une insertion dans la CEDH, rendant le principe opposable *erga omnes* (et non seulement valable entre États signataires d'une convention spécifique) est décrite comme susceptible de le priver de son efficacité (par une interprétation réduite sans doute) et requérant une (impossible) unification des procédures pénales nationales. La piste est donc écartée.

¹⁴ Ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe le 15 mai 1972, et entrée en vigueur le 30 mars 1978.

ratification de la convention). Le principe *ne bis in idem* est justifié dans les mêmes termes que dans le rapport explicatif de la convention de 1970. Quant aux objectifs de la nouvelle convention, on explique qu'il s'agit encore de réagir efficacement à une criminalité toujours plus internationale (« afin d'éviter qu'un délinquant ayant commis une infraction à l'étranger demeure impuni »¹⁵), puisqu'il s'agit de « prévenir la criminalité et parvenir à un meilleur traitement des délinquants »¹⁶. Un objectif de prévention semble donc s'ajouter aux buts de la convention de 1970, mais avec si peu de détails qu'il est difficile d'en prendre la mesure.

On rappelle que le Protocole n° 7 à la CEDH (signé le 22 novembre 1984) ne donne au principe *ne bis in idem* qu'une portée strictement nationale : il ne doit pas s'appliquer lorsque la seconde procédure est intentée dans un autre pays que la première. Cela confirme néanmoins le caractère de protection individuelle du principe, sans pour autant l'inscrire sûrement parmi les garanties constituant le droit à un procès équitable¹⁷. La disposition ne retient pas davantage notre attention ici, comme annoncé, vu qu'elle ne fait que confirmer l'application du principe au sein des frontières nationales, sans lui donner d'ampleur internationale.

Section 2

Formalisation clé dans la Convention d'application de l'Accord de Schengen et la jurisprudence de la Cour

Posées sous l'égide du Conseil de l'Europe, ces premières balises trouvent ensuite un plus ample développement au sein des Communautés européennes, en particulier dans la Convention d'application de l'Accord de Schengen (CAAS), signée en 1990 par le Benelux, la France et l'Allemagne et aujourd'hui ralliée par vingt et un autres États¹⁸. On y retrouve, mot pour mot, les termes de la *Convention* entre les États membres des Communautés européennes relative à l'application du principe « *ne bis in idem* », signée à Bruxelles le 25 mai 1987 (soit entre la signature de l'Accord de Schengen et celle de la *Convention d'application dudit Accord*).

¹⁵ Rapport explicatif attaché à la Convention, disponible sur conventions.coe.int, §§ 9 et 13.

¹⁶ *Ibid.*, § 21.

¹⁷ Avant l'adoption et l'entrée en vigueur du Protocole 7, la Commission n'avait guère émis d'opinion claire au sujet de l'inscription du principe *ne bis in idem* parmi les garanties du procès équitable, définies à l'article 6 de la Convention. Peut-être la Cour devrait-elle clarifier cette question, d'autant plus que le Protocole 7 est peu ratifié ; cela dit, interpréter l'article 6 dans un sens englobant le *ne bis in idem* priverait l'article 4 du Protocole de tout effet utile, ce qui rend cette lecture relativement peu probable. Voy. à ce sujet K. STARMER et I. BYRE, *Blackstone's human rights digest*, Londres, Blackstone Press, 2000, n° 8.58, ou S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, *op. cit.*, p. 385.

¹⁸ Convention d'application de l'Accord de Schengen (CAAS), signée le 19 juin 1990, aujourd'hui ratifiée par 26 États.

L'article 54 de la CAAS pose le principe *ne bis in idem*¹⁹, l'article 55 organise les réserves et limitations qui peuvent y être posées par les États²⁰ et l'article 56 prévoit la déduction d'une peine déjà subie *in idem*, soit l'application du principe *ne bis poena in idem*²¹.

La Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui C.J.U.E.) avait déjà traité de la règle *ne bis in idem* dans des arrêts relevant du droit de la concurrence, mais sans lui donner de dimension transnationale : il s'agissait d'affaires où se chevauchaient les compétences d'un juge interne et celles de la Commission²². On peut donc considérer que le principe a trouvé une amplitude supranationale dans le domaine concurrentiel (mais sous sa seule forme de principe d'imputation, la Cour n'étant opposée qu'au cumul des *sanctions* et non des poursuites²³). La règle a gagné en importance, en droit de la concurrence, jusqu'à être qualifiée de « principe fondamental du droit communautaire »²⁴ – une qualification soutenue de façon nettement moins unanime en matière pénale. L'article 54 de la CAAS n'en demeure pas moins « l'une des premières tentatives réussies d'application du principe *ne bis in idem* dans un contexte transnational et d'une manière multilatérale »²⁵ : dans son arrêt *Gözütok et Brugge* du 11 février 2003, en effet, la Cour affirme pour la première fois qu'en matière

¹⁹ Article 54 : « 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. »

²⁰ Article 55 : « 1. 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 :

- a) lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur son territoire ; dans ce dernier cas, cette exception ne s'applique cependant pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de la Partie Contractante où le jugement a été rendu ;
- b) lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une infraction contre la sûreté de l'État ou d'autres intérêts également essentiels de cette Partie Contractante ;
- c) lorsque les faits visés par le jugement étranger ont été commis par un fonctionnaire de cette Partie Contractante en violation des obligations de sa charge. [...] »

²¹ Article 56 : « Si une nouvelle poursuite est intentée par une Partie Contractante contre une personne qui a été définitivement jugée pour les mêmes faits par une autre Partie Contractante, toute période de privation de liberté subie sur le territoire de cette dernière Partie Contractante 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. »

²² On trouve une première application du principe, sous sa forme *ne bis poena in idem*, dans l'arrêt du 13 février 1969, aff. C-14/68, *Wilhelm e.a.* : la Cour estime que deux procédures peuvent être menées parallèlement, au sein d'un État et devant la Commission *in idem*, mais que la première peine infligée doit être déduite de la seconde, « selon une exigence générale d'équité » (motif 11) ; cela sera confirmé notamment dans l'arrêt *Boehringer Mannheim c. Commission*, du 14 décembre 1972. Auparavant, la Cour avait confirmé l'application du principe au sein de l'ordre juridique national, voy. arrêt du 5 mai 1966, aff. C-18/65 et 35/65, *Gutmann*.

²³ C.J.C.E., 13 février 1969, aff. C-14/68, *Wilhelm e.a.*, puis par ex. C.J.C.E., 7 janvier 2004, aff. C-204/00, *Aalborg Portland*, §§ 338-340.

²⁴ C.J.C.E., 15 octobre 2002, aff. jtes C-238/99 etc., *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission*, § 59.

²⁵ C.J.C.E., 15 juin 2006, *Gasparini*, C-467/04, conclusions de l'Avocate générale Mme Sharpston, § 81.

pénale, la règle *ne bis in idem* ne s'applique pas seulement à l'intérieur des frontières nationales²⁶.

La C.J.U.E. n'a cependant guère clarifié ou étayé le fondement du principe²⁷. L'Avocat général Colomer, dans ses conclusions relatives aux affaires jointes *Gözütok* et *Brügge*, pose certaines bases à cet égard. Il affirme en effet explicitement que « ce principe est fondé sur les deux piliers de tout système juridique. L'un est la sécurité juridique, l'autre l'équité »²⁸. Colomer ne commente pas davantage le premier de ces piliers, mais précise quant au second que l'« on ne saurait oublier que toute sanction poursuit une double finalité : répressive et dissuasive. [...] Elle doit donc être proportionnée à de telles fins [...] Le principe d'équité, dont la règle de la proportionnalité est un instrument, s'oppose ainsi au cumul des sanctions. »²⁹ Dans ces termes, l'équité apparaît moins comme un fondement de la règle que comme un adjuvant aux objectifs de répression et de dissuasion.

Il semble néanmoins qu'un fondement « de justice » soit perçu (mais non étayé), comme dans les conventions de 1970 et 1972. L'Avocat général Colomer le confirme en écrivant que « l'idée même de justice s'oppose à ce que l'on nie toute efficacité aux décisions pénales étrangères, ce qui compromettrait à la fois la lutte contre la criminalité et les droits de la personne condamnée »³⁰. Ce fondement général « de justice » ne semble pas propre à la règle *ne bis in idem* ou au droit pénal (mais bien à l'ensemble du droit). Le fondement principal du principe serait donc « la sécurité juridique », ce qui renvoie plus directement à l'autorité de la chose jugée (*res judicata pro habetur*) qu'à son versant négatif et individuel, le principe *ne bis in idem*. Colomer qualifie néanmoins celui-ci de « garantie fondamentale »³¹, tout en affirmant que « l'article 54 est une disposition juridique au service d'un processus dynamique d'intégration européenne »³². L'Avocate générale Sharpston précise que ce processus requiert notamment une balance entre la liberté de circulation et le niveau élevé de protection que l'UE s'engage à offrir à ses citoyens³³, et que le principe *ne bis in idem* s'inscrit dans cette tension.

Bref, le fondement du principe *ne bis in idem*, en droit de l'Union, n'est pas explicite. Il renvoie à une (vague) idée de justice, ou d'équité, et surtout à la

²⁶ Suivant les conclusions de Colomer, §§ 54-55, et non celles de l'Avocat général M. Mayras, 29 novembre 1972, Titre II, 2, al. 6, dans l'affaire *Boerhinger II*, 7/72.

²⁷ C.J.C.E., 11 février 2003, aff. C-187/01 et C-385/01, *H. Gözütok et K. Brügge*.

²⁸ *H. Gözütok et K. Brügge*, préc., conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer du 19 septembre 2002, § 49.

²⁹ *Ibid.*, § 50.

³⁰ *Ibid.*, § 59.

³¹ *Ibid.*, § 57. Dans le même sens, voy. C.J.C.E., 28 septembre 2006, aff. C-467/04, *G.F. Gasparini e.a.*, conclusions de l'Avocate générale Mme Sharpston 15 juin 2006, § 80.

³² *H. Gözütok et K. Brügge*, préc., conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer du 19 septembre 2002, § 44.

³³ *G.F. Gasparini e.a.*, préc., conclusions de l'Avocate générale Mme Sharpston du 15 juin 2006, § 83.

sécurité juridique – c'est-à-dire au pendant positif de la règle, l'autorité de la chose jugée. Le principe est assez accessoirement présenté comme une garantie fondamentale de l'individu. On remarque en outre que la Cour présente deux jurisprudences distinctes, selon que le principe s'applique en droit de la concurrence ou en droit pénal. Un souhait de cohérence paraît néanmoins partagé, ce qui ferait de l'article 54 de la CAAS *une expression spécifique* d'un principe général en droit communautaire³⁴.

À vrai dire, l'accent est surtout mis sur les objectifs du principe, dans l'article 54 de la CAAS et les arrêts y afférents. L'interprétation et la justification de la règle sont résolument téléologiques, tournées vers le développement d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice et, en son sein, de la liberté de circulation. Rouage du mécanisme de reconnaissance mutuelle³⁵, l'article 54 de la CAAS est présenté comme une « disposition juridique au service d'un processus dynamique d'intégration européenne qui a pour objet la création d'un espace commun de liberté et de justice »³⁶, soit « 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 États membres »³⁷. Ceci permet au principe *ne bis in idem* de « contribuer pleinement » aux objectifs généraux de l'UE : « la mise en œuvre dans le cadre de l'UE de l'acquis de Schengen, dont fait partie l'article 54 de la CAAS, vise à renforcer l'intégration européenne et, en particulier, à permettre à l'Union de devenir plus rapidement un [...] espace de liberté, de sécurité et de justice »³⁸ (cela renvoie aux objectifs définis à l'article 2-1-4 du TUE).

La Cour va même plus loin, dans son arrêt *Turanski*, en précisant que « si l'article 54 de la CAAS a pour but de garantir à une personne, qui a été condamnée et a purgé sa peine, ou, le cas échéant, qui a été définitivement acquittée dans un État contractant, qu'elle peut se déplacer à l'intérieur de l'espace Schengen sans avoir à craindre des poursuites, pour les mêmes faits, dans un État contractant [...], *il n'a pas pour but de protéger un suspect* contre l'éventualité de devoir de prêter à des recherches successives, pour les mêmes faits, dans plusieurs États contractants »³⁹. On lit bien que la Cour cherche là à préciser les contours du « bis » mais qu'elle révèle à la fois l'absence d'une volonté

³⁴ B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, op. cit., p. 219. Et en ce sens, C.J.C.E., 9 mars 2006, aff. C-436/04, L.H. Van Esbroeck, § 40.

³⁵ G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN et L. SURRANO, « Quel futur pour la reconnaissance mutuelle en matière pénale ? Analyse transversale », in *L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Bruxelles, IEE/ULB, 2009, p. 576.

³⁶ C.J.C.E., 11 février 2003, aff. C-187/01 et C-385/01, H. Gözütok et K. Brügge, conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer du 19 septembre 2002, § 44.

³⁷ C.J.C.E., 11 février 2003, aff. C-187/01 et C-385/01, H. Gözütok et K. Brügge, § 38 ; C.J.C.E., 10 mars 2005, aff. C-469/03, F.M. Miraglia, § 32 ; C.J.C.E., 9 mars 2006, aff. C-436/04, L.H. Van Esbroeck, § 33 ou C.J.C.E., 28 septembre 2006, aff. C-150/05, J.L. Van Straaten, § 45.

³⁸ C.J.C.E., 11 février 2003, aff. C-187/01 et C-385/01, H. Gözütok et K. Brügge, § 37.

³⁹ C.J.C.E., 22 décembre 2008, aff. C-491/07, V. Turanski, § 44.

protectrice : il ne s'agit pas de réduire le risque de « double jeopardy ». Ni d'abord de lutter efficacement contre la criminalité⁴⁰, bien qu'évidemment les affaires dans lesquelles plusieurs procédures nationales entrent en concurrence soient évidemment basées sur des infractions transfrontalières. « L'article 54 de la CAAS a pour objectif la préservation du droit à la libre circulation de la personne. »⁴¹

Autrement dit, on assiste au déploiement d'un principe *ne bis in idem* transnational, justifié par un objectif de développement de l'espace européen (et en son sein, de la liberté de circulation).

Section 3

Après Schengen, les perspectives

En parallèle avec le développement de la jurisprudence à ce sujet, l'Union cherche à dépasser le programme de Schengen et propose de nouvelles avancées quant au principe *ne bis in idem* transnational. Ainsi, considérant que la CAAS ne réalise que partiellement les objectifs de déploiement transnational du principe, le *Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales* fait de la règle *ne bis in idem* sa première mesure – en la dotant cependant du plus petit indice de priorité (6/6)⁴². Le 28 mars 2003, la Grèce (en sa période de présidence) lance une *Initiative en vue de l'adoption d'une décision-cadre relative à l'application du principe non bis in idem*⁴³. Y est surtout soulignée l'importance d'uniformiser les législations nationales relatives au principe, de façon à permettre une large reconnaissance des décisions étrangères. Cela provoquera de nombreuses résistances (à la réduction des exceptions prévues à l'article 55 de la CAAS, en particulier)⁴⁴. La Commission a cherché à redynamiser les négociations en produisant son *Livre vert sur les conflits de compétence et le principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*⁴⁵, sans que l'approche européenne des fondements et objectifs du principe s'en trouve modifiée.

En même temps, dans les limites du droit de l'Union, la Charte des droits fondamentaux de l'UE prévoit l'application du principe *ne bis in idem*⁴⁶. Par sa proclamation, le 7 décembre 2000, elle place explicitement le principe *ne bis in*

⁴⁰ Pour P. Beauvais, « la motivation de la Cour révèle une surpondération de l'objectif de liberté de circulation par rapport à la répression pénale », XXX, p. 107.

⁴¹ D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 488.

⁴² JO n° C 012 du 15 janvier 2001.

⁴³ JO n° C 100 du 26 avril 2003.

⁴⁴ D. FLORE, *ibid.*, p. 502.

⁴⁵ Présenté le 23 décembre 2005, COM (2005) 696, non publié au JO mais disponible sur europa.eu.

⁴⁶ Article 50 : « Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction. 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. »

idem parmi les droits fondamentaux dont les États entendent renforcer la protection⁴⁷, ce qui peut être interprété comme un rappel de ses fondements garantistes. On s'éloigne ici de l'autorité de la chose jugée pour mettre l'accent sur le caractère individuel et protecteur du principe *ne bis in idem*.

Le Traité de Lisbonne ne prévoit rien quant au principe *ne bis in idem* mais rend la Charte juridiquement contraignante (devenant du droit primaire), en ce compris son article 50. Les paramètres du principe n'étant pas définis de la même façon dans la CAAS et la Charte⁴⁸, la question de l'articulation de ces dispositions et du contenu exact du principe devient épineuse. À cet égard, on relève que, lorsque la C.J.U.E. plaide pour une interprétation uniforme du principe, elle fait référence à la CAAS mais non à l'article 50 de la Charte⁴⁹ – comme pour souligner la qualité fonctionnelle plus que garantiste du principe ? Un « choix surprenant » selon certains auteurs⁵⁰ – révélateur de notre hypothèse quant aux fondements garantistes (négligés) du principe, et à son instrumentalisation au profit d'objectifs plus larges : ici, celui d'une liberté de circuler sans entrave, au sein de l'espace européen.

*
* *

Notre survol du champ européen révèle que le principe *ne bis in idem* n'y connaît pas d'interprétation uniforme. Il s'y développe sous une forme transnationale, ce qui a justifié que nous l'analysions ici, mais son ampleur exacte n'est pas encore définie. Quant à son fondement, il est peu commenté : la règle est d'abord justifiée par les objectifs auxquels elle contribue. Bien que son insertion dans la Charte rappelle son caractère garantiste, le principe apparaît surtout comme un adjuvant à la liberté de circulation et, par là, comme un rouage de l'espace européen. Ainsi peut-on affirmer que « *the ECJ has not recognised the significance of the ne bis in idem principle per se, i.e. as the expression of a fundamental right, but has regarded this principle merely as the underpinning principle of the freedom of movement of persons* »⁵¹. « Les spécificités du contexte supranational dans lequel il s'applique » requièrent apparemment du principe qu'il trouve une nouvelle définition « *propiae naturae* »⁵². D'aucuns s'inquiéteront que l'accent

⁴⁷ Préambule, al. 4.

⁴⁸ En bref, le principe tel que défini dans la Charte est plus protecteur que la CAAS, en ce qu'il ne prévoit pas de conditions (pas d'exception, pas de condition d'exécution et une application explicite aux acquittements), mais l'est moins au vu de sa définition de l'*idem in abstracto* (on ne peut juger deux fois pour les mêmes crimes) et non *in concreto* (on ne peut juger deux fois pour les mêmes faits, quelle que soit leur qualification juridique).

⁴⁹ C.J.C.E., 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba corporation e.a.*

⁵⁰ P. OLIVER et Th. BOMBOIS, « "Ne bis in idem" en droit européen : un principe à plusieurs variantes », *JDE*, 193, n° 9/2012, p. 270.

⁵¹ T. RAFARACI et R. BELFIORE, « Judicial protection of individuals under the Third Pillar of the European Union », *Jean Monnet Working Paper*, n° 10, 2007.

⁵² C.J.C.E., 28 septembre 2006, aff. C-467/04, *G.F. Gasparini e.a.*, conclusions de l'Avocate générale Mme Sharpston du 15 juin 2006, § 81.

soit suffisamment mis sur les droits de l'accusé, au sein du procès pénal redéfini par l'éclatement des frontières au sein de l'Union européenne.

Chapitre 2

Un principe supranational en droit international pénal, pour lutter contre l'impunité

Après avoir analysé le développement transnational du principe *ne bis in idem* au sein de l'Union européenne, nous consacrons ce deuxième chapitre à son déploiement en droit international pénal. Il ne s'agit pas, là, de conjuguer les compétences concurrentes de différents juges nationaux mais d'articuler celles des juges nationaux et internationaux. Multipliant les fors, la création des juridictions internationales compétentes en matière pénale a, en effet, augmenté le risque de conflit de compétences ; le principe *ne bis in idem* s'est dès lors vu mobiliser pour articuler actions pénales nationales et internationale. Il revêt ainsi une ampleur supranationale, ce qui justifie qu'on s'y intéresse ici.

Notre hypothèse générale demeure que, si le fondement du principe *ne bis in idem* tient aux droits individuels de l'accusé (à ne pas être jugé à plusieurs reprises pour la même chose), son internationalisation éloigne ses objectifs de cette base garantiste. Nous avons vu que, dans l'Union européenne, la règle paraît devenir transnationale pour favoriser la libre circulation des personnes ; nous soutenons qu'en matière de crimes internationaux, elle devient supranationale pour que s'organise la coexistence de juridictions internationales et nationales, soit pour permettre que la « lutte contre l'impunité » soit la plus efficace possible. Nous limiterons notre investigation au droit des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et le Rwanda (TPIR) (section 1) et au droit de la Cour pénale internationale (CPI) (section 2), avant d'émettre une hypothèse quant à certain développement envisageable du principe *ne bis in idem* (section 3).

Section 1

Amorce devant les Tribunaux pénaux internationaux

Les travaux préparatoires du (Statut du) TPIY furent rapides. Plusieurs États contribuèrent à son élaboration, adressant diverses suggestions au Secrétaire général des Nations Unies, chargé de rédiger le texte⁵³. Ainsi trouve-t-on, dans la proposition de Statut élaborée par la France⁵⁴, un article IX intitulé « *Non bis*

⁵³ Voy. Résolution 827 du CSNU, 25 mai 1993.

⁵⁴ Lettre adressée au président du Conseil de sécurité par le représentant permanent de la France auprès de l'Organisation des Nations Unies, 10 février 1993, S/25266.

in idem ; concurrence de compétences »⁵⁵. C'est là la seule disposition du projet français qui organise ladite concurrence : la priorité juridictionnelle du Tribunal international est proclamée mais aucune mise en œuvre spécifique n'est concrètement prévue, sinon le principe *ne bis in idem*. Par contre, ce dernier n'est pas mentionné parmi les droits de la défense⁵⁶. À ce stade préparatoire, le principe paraît surtout consacré (sinon cantonné) au positionnement institutionnel de la nouvelle instance internationale, davantage certainement qu'à la sauvegarde des droits de l'accusé.

Le Statut du TPIY établira la primauté du TPI en son article 9 (au vu de la concurrence de compétences entre les États et le Tribunal international)⁵⁷, puis le principe *ne bis in idem* en son article 10⁵⁸. Ainsi la règle apparaît-elle clairement comme un élément contribuant à l'organisation de cette primauté : elle n'est pas classée parmi les droits de l'accusé, lesquels sont prévus à l'article 21 du Statut. Là est retranscrite l'essence de l'article 14 du PICDP, à l'exception de son paragraphe 7 (lequel, comme nous l'avons mentionné plus haut, garantit le respect du principe *ne bis in idem*). Hors des frontières de l'État, la protection de l'accusé est toujours inscrite dans les textes mais se voit liée à la mécanique juridictionnelle plutôt qu'aux droits individuels.

Le Statut du TPIR régit la concurrence de compétences en des termes quasiment identiques. Son article 8 vise la relation (concurrente) des juridictions nationales avec le Tribunal international, celui-ci disposant d'une primauté juridictionnelle ; son article 9 établit le principe *ne bis in idem* en lien direct avec cette primauté.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 58.

⁵⁶ *Ibid.*, §§ 115 à 120.

⁵⁷ Article 9 : « Compétences concurrentes

1. Le Tribunal international et les juridictions nationales sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1^{er} janvier 1991.
2. Le Tribunal international a la primauté sur les juridictions nationales. À tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions nationales de se dessaisir en sa faveur conformément au présent statut et à son règlement. »

⁵⁸ Article 10 : « *Non bis in idem*

1. 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 déjà été jugé par le Tribunal international pour ces mêmes faits.
2. Quiconque a été traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire ne peut subséquemment être traduit devant le Tribunal international que si :
 - a) le fait pour lequel il a été jugé était qualifié crime de droit commun ; ou
 - 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.
3. Pour décider de la peine à infliger à une personne condamnée pour un crime visé par le présent statut, le Tribunal international tient compte de la mesure dans laquelle cette personne a déjà purgé toute peine qui pourrait lui avoir été infligée par une juridiction nationale pour le même fait. »

S'il est utile dans le cadre de cette concurrence de compétences, le principe ne protège par ailleurs qu'imparfaitement l'individu. Dans les deux Statuts, en effet, la garantie de n'être pas jugé *bis in idem* est absolue lorsque le premier jugement a été rendu par un TPI mais non lorsqu'il émane d'une juridiction nationale : des exceptions sont alors mises en place⁵⁹. Une nouvelle action en justice *in idem* reste envisageable devant la juridiction internationale si la procédure nationale a manqué de certaines qualités. L'application du principe *ne bis in idem* n'est que conditionnelle, non absolue. Par contre, le principe d'imputation (soit de prise en compte de la première sanction) est prévu, ce qui révèle un souci de protéger l'accusé d'un acharnement judiciaire. Il faut souligner l'importance de cette garantie « minimale », qui sera oubliée dans le Statut de la Cour pénale internationale.

Les Tribunaux n'ont guère été amenés à expliciter, dans leur jurisprudence, le fondement ou les objectifs précis du principe *ne bis in idem*, ni à l'égard de leur primauté ni à celui des droits de la défense⁶⁰.

Section 2

Renforcement clé devant la Cour pénale internationale

Le vieux projet d'une Cour pénale internationale est concrètement abordé par le biais du projet de « code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », auquel se consacre la Commission du droit international (CDI) dans le cadre de sa mission de « développement progressif du droit international et de sa codification »⁶¹. Les projets de code esquissés en 1986 et 1987 n'inscrivent pas le principe *ne bis in idem* parmi les « garanties juridiques » apportées à l'accusé. En 1987⁶² et 1988⁶³, par contre, une disposition spécifique lui est consacrée. Il semble qu'on souligne là sa valeur garantiste. Cette dernière est peut-être oubliée dans le « projet de Statut » d'une cour internationale de 1993⁶⁴, dans lequel le principe *ne bis in idem* est la seule disposition régissant la concurrence de compétence entre tribunaux nationaux et international⁶⁵, mais elle est

⁵⁹ Voy. ci-dessus art. 10-2 du Statut du TPIY et art. 9-2 du Statut du TPIR.

⁶⁰ Deux arrêts peuvent être pointés en particulier : *Le Procureur c. Duško Tadić*, aff. n° IT-94-I-T, Decision on the defence motion on the principle of *non bis in idem*, 14 novembre 1995, et TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj et Lahi Brahimaj*, aff. n° IT-04-84-T, Decision on Haradinaj's appeal on scope of partial retrial, 31 mai 2011. Mais ils n'apportent guère d'éclairage sur les questions de fondements et d'objectifs qui nous intéressent ici.

⁶¹ Art. 1 du Statut de la Commission du droit international, attaché à la résolution 174 II de l'AGNU du 21 novembre 1947, en vertu de laquelle a été créée la CDI.

⁶² Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 39^e session du 4 mai au 17 juillet 1987, A/42/10, *Annuaire CDI*, 1987, volume II (première partie), p. 6.

⁶³ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 40^e session du 9 mai au 29 juillet 1988, A/43/10, *Annuaire CDI*, 1988, volume II (deuxième partie), § 280.

⁶⁴ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 45^e session du 3 mai au 23 juillet 1993, A/48/10, *Annuaire CDI*, 1993, volume II (deuxième partie), Annexe et art. 45.

⁶⁵ J. STIGEN, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2008, p. 56.

explicite dans le projet définitif de 1994. La CDI y distingue le principe *ne bis in idem* des dispositions organisant l'articulation juridictionnelle, et l'associe expressément aux droits de l'accusé : dans son commentaire officiel, elle déclare que « le statut doit assurer une meilleure protection contre la double incrimination et [que] l'article 42 concrétise cette idée »⁶⁶. Cet article s'inscrit d'ailleurs dans le projet de statut après divers articles consacrés à la protection de l'accusé, dissocié donc de la question de l'interaction entre juridictions désireuses de juger *in idem*.

Cette mise en exergue de la valeur individuelle et garantiste du principe, conforme à ses fondements, ne sera pas retenue au cours des négociations ultérieures et dans le Statut de la CPI. Entre la publication du projet de la CDI et la Conférence de Rome de juillet 1998, en effet, les rédacteurs du futur Statut de Rome l'intégreront au sein du mécanisme d'articulation entre juridictions nationales et internationale. De comités *ad hoc*⁶⁷ en commissions préparatoires⁶⁸ travaillant aux différents aspects du projet de Cour pénale internationale, l'Assemblée générale des Nations Unies donne suite aux travaux de la CDI. On relève qu'en 1997, la Commission préparatoire ne fait aucune référence au principe *ne bis in idem* lorsqu'elle énumère les droits « qui doivent être reconnus aux personnes soumises à enquête ou mises en accusation par la Cour [...] »⁶⁹.

En janvier 1998, le principe *ne bis in idem* est expressément associé aux dispositions relatives à la compétence⁷⁰ : il suit immédiatement les dispositions relatives à la recevabilité des affaires (art. 11 et 12) et s'inscrit dans la deuxième partie du « projet de Statut », intitulée « Compétence, recevabilité et droit applicable ». Le rapporteur souligne en effet « son rapport avec la compétence et la recevabilité »⁷¹. Il semble ainsi que les liens du principe *ne bis in idem* avec les conflits de compétence l'emportent cette fois sur sa nature de protection individuelle : les droits de l'accusé sont envisagés bien plus loin (dans le nouvel article 60 en particulier). Cette logique structurelle sera conservée jusqu'à la Conférence de Rome, puis dans le Statut de la Cour pénale internationale.

Le Statut créant la Cour pénale internationale est adopté le 17 juillet 1998, à Rome. Il met en place une instance internationale disposant d'une compétence concurrente à celle des juridictions nationales, mais *complémentaire* et destinée à être mobilisée en cas de défaillance de ces dernières. L'article 17 inscrit l'adage

⁶⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁶⁷ En 1995, en vertu de la résolution 49/53 de l'AGNU du 9 décembre 1994.

⁶⁸ En 1996, en vertu de la résolution 50/46 de l'AGNU du 10 décembre 1995 ; en 1997 et 1998, en vertu de la résolution 51/207 de l'AGNU du 17 décembre 1996.

⁶⁹ Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Décisions prises lors de la session du 4 au 15 août 1997, 14 août 1997, A/AC.249/1997/L.8/Rev.1, p. 36.

⁷⁰ Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Rapport de la réunion intersessions tenue du 19 au 30 janvier 1998 à Zutphen, A/AC.249/1998.

⁷¹ *Ibid.*, p. 47.

ne bis in idem parmi les motifs d'irrecevabilité d'une affaire (au paragraphe 1-c), renvoyant à ce sujet à l'article 20-3, et traite lui-même, à part, des enquêtes et poursuites nationales susceptibles d'empêcher la CPI de juger d'une affaire⁷². L'article 20 est spécialement consacré au principe *ne bis in idem*, lequel peut également faire obstacle à la compétence de la Cour : étant complémentaire aux États, celle-ci ne pourra se déclarer compétente qu'à la condition qu'aucun juge national ne se soit prononcé dans l'affaire qui lui est soumise. Des conditions sont néanmoins posées à l'article 20-3, qui permettent à la Cour de juger à nouveau, *in idem*, si le procès national révèle de lourdes défaillances⁷³.

Le principe n'est ainsi inscrit ni au chapitre II du Statut, intitulé « Compétence, recevabilité et droit applicable » – ni dans le chapitre III qui regroupe les « Principes généraux du droit pénal » ni dans le chapitre VI, « Le procès », qui établit pourtant les droits de l'accusé⁷⁴. Les commentaires doctrinaux reflètent ce caractère plurivoque du principe *ne bis in idem*. Kittichaisaree le classe parmi les droits de l'accusé mais souligne son lien avec la recevabilité⁷⁵; Zappala ne l'aborde pas dans sa monographie, pourtant très complète, consacrée aux droits de l'homme dans les procès internationaux pénaux⁷⁶; Cassese le qualifie seulement d'obstacle à l'exercice de la compétence nationale⁷⁷ et Conway estime qu'il participe à l'ordonnement du droit international pénal⁷⁸. Tallgren affirme quant à elle que le principe, qui joue un rôle « central mais controversé

⁷² Autrement dit, le principe *ne bis in idem* s'applique aux affaires « jugées » et non aux affaires entamées. Cette distinction entre l'article 17 et l'article 20, c'est-à-dire cette limitation du champ du principe *ne bis in idem*, n'a pas toujours été clairement conçue par les rédacteurs du Statut. Ainsi, dans le Rapport final de la Commission préparatoire encore, on observe une certaine confusion quant à leur portée respective. Mais la doctrine paraît unanime quant au champ couvert par chaque article : le principe *ne bis in idem* ne concerne que les seuls jugements au sens strict, à l'exclusion des enquêtes, poursuites, procédures en cours, mécanismes parajudiciaires ou de réconciliation, etc. Voy. not. S. WILLIAMS et W.A. SCHABAS, « Issues of admissibility : article 17 », in *Commentary on the Rome Statute of the International Court – Observers' notes, Article by Article*, O. TRIFFTERER (dir.), Baden-Baden, Nomos, 2008, pp 605-625 ; ou I. TALLGREN, « Article 20 : *Ne bis in idem* », *ibid.*, p. 431. Pour la distinction entre les articles 17 et 20, voy. not. M. EL ZEIDY, « The principle of complementarity... », *op. cit.*, p. 931 ; ou D. BERNARD, *op. cit.*, §§ 522 et s.

⁷³ Article 20 (modifié en 2010) : « *Ne bis in idem*
1. 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.
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.
3. Quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7, 8 ou 8bis ne peut être jugé par la Cour que si la procédure devant l'autre juridiction :
a) avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour ; ou
b) 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. »

⁷⁴ Art. 67 du Statut de la CPI.

⁷⁵ K. KITTICHAISAREE, *International criminal law*, Oxford, OUP, 2001, p. 288.

⁷⁶ S. ZAPPALA, *Human rights in international criminal proceedings*, Oxford, OUP, 2003.

⁷⁷ A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford, OUP, 2008, p. 319.

⁷⁸ G. CONWAY, « *Ne bis in idem* in international law », *Int. Crim. Law Review*, 2003, vol. 3, p. 223.

dans le Statut »⁷⁹, est la dernière balise, l'ultime clé de répartition des compétences.

Il faut cependant préciser que la dimension garantiste du principe n'est pas totalement oubliée. D'abord, l'article 20 comporte trois paragraphes, lesquels appliquent la règle dans les différentes situations de succession judiciaire possible : notamment lorsque la CPI est saisie d'une affaire dans laquelle elle s'est déjà prononcée (20-1), c'est-à-dire dans une situation où il ne s'agit aucunement d'apaiser un conflit de compétences mais bien de protéger l'accusé.

En outre, la structure même du Statut pourrait révéler un certain souci garantiste. L'article 17 aurait pu régir la complémentarité de la Cour dans les situations où un jugement avait déjà été rendu par un État, et non seulement dans celles où des enquêtes ou poursuites sont menées ; à l'inverse, le principe *ne bis in idem* de l'article 20 aurait pu être étendu aux enquêtes, poursuites et procédures en cours, et non seulement cantonné aux affaires définitivement jugées. Bref, la distinction entre deux dispositions aux significations et formulations similaires pourrait refléter le fondement garantiste du principe *ne bis in idem*, en ce que le principe se distingue des autres dispositions régissant la complémentarité de la Cour : il a aussi une valeur (ou du moins une origine) garantiste. Certes, il n'est plus « rangé » aux côtés des droits de l'accusé mais il n'en perd pas pour autant sa qualité de protection individuelle, proclamée donc dans un article spécifique. Ainsi la Chambre préliminaire a-t-elle déclaré que « cette adjonction différée du principe *ne bis in idem* à l'article 17-1-c du Statut comme fondement d'une exception d'irrecevabilité s'explique [...] essentiellement par le souci de protéger les droits de l'accusé, à la différence des alinéas a), b) et d) du même paragraphe, qui ont pour objet de préserver les droits souverains des États et de s'assurer que les affaires portées devant la Cour sont d'une gravité suffisante »⁸⁰. Cela dit, cette protection dont on souligne l'importance perd de l'importance en ce qu'elle est limitée aux seuls jugements : en cas de doubles enquêtes, poursuites ou procédures, l'accusé peut se retrouver en situation de *double jeopardy*.

Si le principe est mobilisé au sein du processus d'articulation des compétences nationales et internationale, il laisse néanmoins percer certains stigmates de son fondement garantiste. Quant à ses objectifs propres, il n'en est rien dit. On suppose donc qu'il contribue à la mise en place de la complémentarité de la CPI, et à la poursuite des objectifs du Statut de la CPI : lutter contre l'impunité pour les crimes les plus graves⁸¹. Le parallèle avec l'inexistence *per se* du principe *ne bis in idem* au sein de l'UE, relevée plus haut, paraît assez direct. L'oubli du principe *ne bis poena in idem*, pourtant établi dans le droit des TPI, pourrait également refléter un certain dédain pour cette garantie de l'accusé.

⁷⁹ I. TALLGREN, « Article 20 : *Ne bis in idem* », *op. cit.*, p. 672.

⁸⁰ CPI, 16 juin 2009, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, aff. n° ICC-01/04-01/07, Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire, § 48. Nous soulignons.

⁸¹ Préambule, surtout alinéas 4 et 5 du Statut de la CPI.

Section 3

Prospective jurisprudentielle : renier ou retrouver le fondement garantiste ?

Deux interprétations de l'article 20 permettent de lancer certaines réflexions sur les rapports entre le principe *ne bis in idem* supranational, mis en œuvre par le Statut de la CPI, et ses fondements garantistes.

D'une part, on a soutenu que l'article 20 du Statut de la CPI pourrait participer à une certaine exigence de sévérité pénale⁸². Il semble en effet qu'en cas de (trop grande) clémence du juge national, la CPI puisse se déclarer compétente *in idem* – autrement dit, qu'il faille requérir une peine suffisamment lourde, au risque de voir la procédure nationale invalidée. L'article 20 vise notamment à réfuter les procès factices, à empêcher que l'accusé soit soustrait à sa responsabilité par *trop de clémence*⁸³. De là à l'exigence de sévérité, il n'y a qu'un pas. Si elle devait se vérifier, cette interprétation « répressive » du principe comme contribuant à une culture punitive entrerait en contradiction avec son fondement premier de protection de l'accusé.

D'autre part, l'article 20 indique que le principe *ne bis in idem* ne sera pas d'application si le procès national « n'a pas été au demeurant mené de manière indépendante ou impartiale, *dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international* [...] ». Cette référence au droit du procès équitable a suscité de très nombreux commentaires doctrinaux : implique-t-elle que la Cour puisse juger de la qualité des procédures judiciaires menées au sein des États ? Le Statut de Rome contient-il une obligation pour les États de garantir un procès équitable à l'accusé⁸⁴ ? En principe, la CPI n'est pas compétente en matière de droits de l'homme et ne peut donc imposer aux États de respecter ces derniers⁸⁵ – un manquement aux garanties du procès équitable constituerait donc l'indice (parmi d'autres) d'une possible déficience dans le chef du premier juge, et non une exception en tant que telle. Certains, tenants de la « *due process thesis* »⁸⁶, affirment néanmoins que le principe *ne bis in idem* est au moins un incitant à la mise en œuvre des garanties du procès équitable. La lettre, l'esprit

⁸² D. BERNARD, « The Rome Statute expectations : penal rigidity and formal flexibility in the struggle against impunity », in *Droit international pénal*, R. KOLB et D. SCALIA (éd.), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 299-317.

⁸³ E. CARNERO ROJO, « The role of fair trial considerations in the complementarity regime of the International Criminal Court : from "no peace without justice" to "no peace without victors' justice" ? », *Leiden Journal of Int. Law*, 2005, vol. 4, p. 862.

⁸⁴ Pour un exposé de la problématique, voy. E. FRY, « Between sham trials and sham prosecutions : the Rome Statute's potential effect on domestic due process protections », *Criminal Law forum*, n° 23, 2012, pp. 35-62.

⁸⁵ R.E. FIFFE, « The International Criminal Court, Whence it came, where it goes », *Nordic Journal of Int. Law*, 2000, n° 69, pp. 66-67.

⁸⁶ K.J. HELLER, « The shadow side of complementarity : the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process », *Criminal Law forum*, 2005, vol. 17, pp. 255-280 ; C. STAHN, « Libya, the International criminal court and complementarity : a test for shared responsibility », *JICJ*, 2012-2, pp. 325-349.

et l'interprétation actuelle du Statut de Rome laissent effectivement ouverte la possibilité d'un contrôle par la CPI de la qualité des procès nationaux.

La Chambre d'appel a déjà affirmé que certaines violations des droits de l'accusé pouvaient rendre un procès inacceptable, et qu'« un procès équitable est l'unique moyen de rendre la justice »⁸⁷. Nous verrons si la Cour va plus loin : il est possible (mais non certain) que soit attribuée une teneur « qualitative » au principe *ne bis in idem*. C'est là un effet envisageable de sa formulation dans le Statut de la CPI : une conséquence implicite, voire imprévue, qui renvoie à son fondement garantiste, en faveur de l'accusé.

*

* *

Notre survol du champ international pénal révèle que le principe *ne bis in idem* connaît un développement assez cohérent, comme mode ultime de résolution des conflits de compétence. Il s'y développe sous une forme supranationale, verticale, ce qui a justifié que nous l'analysions ici. Quant à son fondement, il est peu commenté mais transparaît à plusieurs égards : on néglige sans oublier tout à fait le caractère « garantiste » de la règle *ne bis in idem*. Celle-ci apparaît surtout comme un étai au projet international pénal dans son ensemble : il s'agit de mettre en œuvre la primauté des TPI et la complémentarité de la Cour, voire de punir suffisamment sévèrement après des procès respectant les standards internationaux. Peut-être le principe doit-il, comme en droit de l'UE, s'adapter à son nouveau contexte au point d'en changer de justification (fût-ce partiellement) et d'objectifs. Il semble en tout cas qu'ici encore, son intérêt *per se* soit peu reconnu : le principe *ne bis in idem* paraît surtout constituer un outil utile à l'eupéanisation et l'internationalisation du principe.

Conclusion : un outil utile plus qu'un principe en voie de généralisation

En introduction, nous avons avancé deux hypothèses : l'une relative au caractère international du principe *ne bis in idem*, l'autre à ses fondements et objectifs. Il nous semble d'abord pouvoir confirmer que le principe *ne bis in idem* peut prétendre à un caractère transnational (voire partiellement supranational en matière concurrentielle) au sein de l'Union européenne, et supranational devant les TPI et la CPI.

Quant à notre seconde hypothèse, elle paraît vérifiée aussi. Le principe *ne bis in idem* apparaît comme un outil auquel on reconnaît peu d'importance intrinsèque, en tant que droit individuel. Ses nouveaux usages européens et internationaux renvoient surtout au respect de la chose jugée : la règle contribue à

⁸⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, aff. n° ICC-01/04-01/06, arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, 14 décembre 2006, § 37.

assurer une répression efficace des crimes internationaux, devant la CPI et les TPI, et à préserver la libre circulation des personnes, en droit européen. Autrement dit, le principe est mobilisé aux fins générales des ordres supra- ou transnationaux concernés : lutter contre l'impunité en droit international pénal et développer l'espace européen. Il est un outil de cohérence systémique. Et à cet égard, c'est bien moins le principe *ne bis in idem* qui intéresse que son corollaire positif, l'autorité de la chose jugée (*res judicata pro habetur*).

La jurisprudence se concentre sur l'interprétation des paramètres du principe (le *bis* et l'*idem*) et la doctrine englobe ses justifications sous des termes généraux (« rationales », « fonctions » ou autres « enjeux »). Il est donc difficile de discerner ses fondements et objectifs. Ces derniers, « effets poursuivis »⁸⁸ du principe, sont assez explicites (surtout en droit de l'UE). Liberté de circulation au sein d'un espace européen de liberté, de justice et de sécurité d'une part, lutte contre l'impunité pour les crimes les plus graves d'autre part, nous les avons commentés.

Quant au fondement de la règle, entendu comme « la cause, la raison ou le pourquoi »⁸⁹, on usera d'abord d'une astuce de langage basée sur le terme « fondamental ». Soulignons en effet la « dimension traditionnelle de type garantiste »⁹⁰ de la règle, et ce retour du refoulé qui pousse les commentateurs à souvent mentionner, en dépit d'une pratique et de textes silencieux à cet égard⁹¹, que le principe est un « droit *fondamental* »⁹². Son inscription dans le Protocole n° 7 à la CEDH, la CADH ou le PIDCP va dans le même sens⁹³, bien que son caractère « fondamental » y soit amplement nuancé par l'application du principe au sein des seules frontières nationales⁹⁴. À défaut de prouver qu'elle est fondamentale, on peut affirmer que la justification *initiale* du principe est garantiste. Et il semble que ce premier fondement se trouve négligé lorsque le principe devient trans- ou supranational.

Ce premier « fondamental » relève sans doute du vœu pieux. Car nos analyses ont plutôt révélé la prégnance de la face « positive » du principe *ne bis in idem*, l'autorité de la chose jugée : sans doute est-ce là que repose le « pourquoi » de l'eupéanisation et de l'internationalisation de la règle. On peut déplorer l'oubli (relatif) des droits de l'accusé que cela implique, mais la constitution de

⁸⁸ M. VAN DE KERCHOVE, « Introduction » au présent ouvrage, *supra*, p. 1.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ R. ROTH, « *Non bis in idem* transnational : vers de nouveaux paradigmes ? », in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (dir.), Bruxelles, Éd. ULB, 2009, p. 140.

⁹¹ J.A.E. VERVAELE, *op. cit.*, p. 104.

⁹² P. BEAUVAIS, pp. 95 ou 98 ; A. JACOBS, « Le droit à un double degré de juridiction et le principe *ne bis in idem*. Le protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme enfin en vigueur en Belgique », *Revue dr. pén. crim.*, 2013-4, pp 308-318, p. 313.

⁹³ C. KARAKOSTA, « L'article 4 du Protocole 7 : un droit à la portée incertaine », in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (dir.), Bruxelles, Éd. ULB, 2009, p. 111.

⁹⁴ Pour le PIDCP, conformément à la position du Comité des droits de l'homme, depuis l'affaire *AP c. Italie*, C 204/1986, const. 2 novembre 1987, § 7-3.

nouveaux ordres juridiques (européen ou international pénal) en appelle à la justification systémique du principe *ne bis in idem*. Tout comme au sein des États, il se justifie en effet par des impératifs de sécurité juridique : il permet que les procédures aient une fin, et que plusieurs juges ne tranchent pas la même affaire ; il est utile à la cohérence générale du droit pénal. Ce second fondement paraît plus adéquat aux ordres européens et internationaux mais moins originel, plus utilitariste déjà que le droit individuel à n'être pas jugé deux fois. Il faut en outre rappeler que le principe *ne bis in idem* n'est pas un mode idéal de répartition du contentieux, en ce qu'il intervient *a posteriori* et sans considérations quant à la qualité respective des juges saisis *in idem*. En ce sens, on peut considérer que le principe *ne bis in idem* tient davantage de l'outil de bricolage, propre au « bric à brac » plus qu'au « système » de droit⁹⁵. S'il a été nécessaire à la constitution des ordres juridiques nouveaux, sans doute son utilité sera-t-elle moins alléguée lorsque seront adéquatement mises en place la collaboration et la concertation en amont (aux stades de l'enquête ou de décision de l'opportunité des poursuites).

Cette possible évolution nous permet de conclure en soulignant l'importance du facteur « temps » dans l'évaluation et l'évolution (des fondements et objectifs) du principe *ne bis in idem*. Mobilisé dans la constitution de nouveaux espaces que colonise le droit pénal, il est malmené, tordu, tronqué au cœur des tensions propres au droit pénal (droits de l'accusé *vs ius puniendi*), du droit européen (focus sur le citoyen européen *vs* dynamique collective d'intégration) et du droit international (quête de justice *vs* « lutte contre l'impunité »). En des temps plus calmes, peut-être retrouvera-t-il ses racines garantistes.

⁹⁵ Selon l'expression de J. COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », *Arch. phil. dr.*, t. 31 : « Le système juridique », 1986, p. 91.