



Université Paul Cézanne Aix-Marseille III
Faculté de droit et de Science Politique



UNIVERSITÀ
di CATANIA

Università degli Studi di Catania
Dipartimento Seminario Giuridico

Doctorat franco-italien en Politiques Pénales Européennes

Année 2008-2009

***Il principio del « Ne bis in idem » internazionale:
Approccio comparatistico franco-italiano***

Enrico Maria Belgiorno

Sotto la direzione di:

Madame le Professeur Sylvie Cimamonti, Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III ;

Chiar.ma Prof.ssa Vania Patané, Professore Straordinario di Diritto Processuale Penale presso il Dipartimento Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Catania.

*« Les facultés n'entendent donner aucune approbation
ni improbation aux opinions contenues dans cette thèse,
qui doivent être considérées comme propres à leur auteur »*

*“ Le Facoltà non approvano né disapprovano le opinioni contenute in
questa tesi, le quali opinioni devono essere considerate riferibili solamente
all'autore ”*

REMERCIEMENTS

- ❖ *Je tiens d'abord à exprimer ma reconnaissance à Madame le Professeur Sylvie Cimamonti pour sa disponibilité, ses conseils avisés et son aide précieuse.*
- ❖ *En outre, je désire exprimer toute ma gratitude au personnel de la bibliothèque de l'ISPEC pour son accueil chaleureux, sa disponibilité et l'aide qui m'a été apportée pendant mes recherches.*
- ❖ *Un sentito ringraziamento va a chi è riuscito a portarmi a questo traguardo (impresa ardua), spesso tollerando i lati negativi del mio carattere: un grande ringraziamento, quindi, al mio tutor italiano, prof.ssa Vania Patané e ad Angelo Zappulla senza i cui consigli sarei stato realmente “in mezzo al mare”. Grazie a tutti i miei compagni di viaggio (nel vero senso della parola!): Annalisa, Floriana, Emanuele, Giuseppe e Sofian (ormai quasi-naturalizzato).*
- ❖ *Un ringraziamento speciale va a chi, durante questi anni, ha creduto incondizionatamente e ha intravisto delle potenzialità (più o meno reali) in me. Un grazie particolare quindi al prof. Fabrizio Siracusano, Maestro e amico, alla dott.ssa Teresa Procaccianti, con la quale abbiamo sempre intrattenuto amichevoli e piacevolissime conversazioni, giuridiche e noni.*
- ❖ *Un ringraziamento “unico” va a chi mi ha dato la possibilità di fare tutto ciò, senza che chiedessi nulla; a chi ha creduto in me prima degli altri: a chi mi ha insegnato che, a volte, da un litigio può nascere un legame che nulla ha a che vedere con i contrasti. Grazie DINA.*
- ❖ *Non ringrazio di proposito né i miei genitori, né Elena né i miei amici più stretti. Sarete voi a ringraziare me se e quando mi leverò dalle scatole. Quindi.. Buona continuazione!!! Sappiate che ancora ne avrete per molto, molto tempo..*

LISTE DES ABREVIATIONS

Act.	Actualité
AJ Pénal	Actualité Juridique Pénal (Recueil Dalloz)
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
Art.	Article
AUE	Acte unique européen
Bull. civ.	Bulletin des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation
Bull. inf. cass.	Bulletin informatique de la Cour de cassation
c.	contre
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CDPMM	Code disciplinaire et pénal de la marine marchande
CDH	Comité des droits de l'homme
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme ou Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CIC	Code d'instruction criminelle
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes

Comm.	Commentaire
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Const.	Constitution
C. Civ.	Code civil
CPP	Code de procédure pénale
CP	Code pénal
DC	Décision cadre
Déc.	Décision
Dir. Pen. e Proc.	Diritto Penale e Processo
Éd.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JA	(Coopération en matière de) Justice et Affaires Internes
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JCP	Juris Classeur Périodique - La semaine juridique
JCPG	Juris Classeur Périodique - La semaine juridique éd. générale
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MAE	Mandat d'arrêt européen
Obs.	Observations
p.	page
Pacte	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
Rec.	Recueil

RFDA	Revue française droit administratif
RIDP	Revue internationale de droit pénal
Rev. sc. crim.	Revue de sciences criminelles
Suiv.	Suivantes
TUE	Traité sur l'Union Européenne
V.	Voir
Vol.	Volume

IL PRINCIPIO DEL “*NE BIS IN IDEM*” INTERNAZIONALE:

APPROCCIO COMPARATISTICO FRANCO - ITALIANO.

SOMMAIRE Partie Française

INTRODUCTION

PARTIE I : La conception française du principe « *Ne bis in idem* »

CHAPITRE 1 : Le champ d’application du principe

SECTION 1) : Evolution historique

SECTION 2) : Trame des articles fondamentaux : en particulier, l’article 368 du Code de Procédure Pénale

CHAPITRE 2 : Les conditions d’application

SECTION 1) : La tripartition : identité des parties, d’objet et des faits

SECTION 2) : Un jugement définitif rendu par des juridictions compétentes

PARTIE II : La conception européenne du principe « *Ne bis in idem* »

CHAPITRE 1 : La réception textuelle

SECTION 1) : L’article 4 de la CEDH et l’article 50 de la Charte des droits Fondamentaux de L’Union Européenne

SECTION 2) : La CAAS et son article 54

CHAPITRE 2 : La réception jurisprudentielle

SECTION 1) : L’interprétation autonome de la Cour de Justice de la Communauté Européenne

SECTION 2) : L'influence des arrêts de la C.J.C.E. dans le système français

SOMMARIO Parte Italiana

PARTE I : Il principio *ne bis in idem* nel processo italiano.

CAPITOLO I : Analisi dell'articolo 649 c.p.p..

SEZIONE I : *Ratio* della norma.

SEZIONE II : Fondamenti per l'operatività del principio.

CAPITOLO II : I limiti al principio *ne bis in idem*.

SEZIONE I : Le « eccezioni » al principio *ne bis in idem*.

SEZIONE II : Il principio *ne bis in idem* nelle tipologie di reato più importanti.

PARTE II : Il valore del principio del *ne bis in idem* internazionale nell'ordinamento italiano.

CAPITOLO I : L'assenza di previsioni interne e parametri UE di riferimento.

SEZIONE I : L'art. 4 CEDU, l'art. 50 della « Carta » e l'art. 54 della CAAS.

SEZIONE II : Il principio *ne bis in idem* nella giurisprudenza della CGCE.

CAPITOLO II : Prospettive *de jure condendo*.

SEZIONE I : La litispendenza internazionale e la prevenzione dei conflitti.

SEZIONE II : Riflessioni generali.

INTRODUCTION

1. Le *ne bis in idem* entre histoire et philosophie. - Dans le droit romain on utilisait le brocard « *res judicata pro veritate habetur* » pour indiquer que l'arrêt constituait une « *fictio juris* », c'est à dire un instrument adopté afin de résoudre un problème qui était né parmi les hommes et qui pouvait être aussi bien loin de la vérité réelle.

En effet la recherche de la vérité, dans le sens le plus général, a été toujours l'énigme de l'homme : de Diogène et à travers l'enseignement des philosophes les plus connus (Socrate, Platon et Aristote sur tous, seulement pour en citer quelques uns), pendant les siècles jusqu'à l'illuminisme et jusqu'au rationalisme cartésien - ou il y a la recherche des lumières de la raison -, en passant à travers une longue ligne-directrice qui va de Hobbes jusqu'à la foi marxiste et l'après-guerre (ou on voit que la loi doit être l'instrument avec lequel la vérité et l'être humain doivent rejoindre ses buts), l'homme est toujours au centre de l'univers car il est doté de puissance intérieure et il est capable de gouverner la nature en recherchant la vérité des choses.

Mais au-delà des conceptions philosophiques, quelle est l'importance de la vérité dans le domaine du droit ? On a dit de la conception romaine (base de l'évolution du droit moderne) de la clôture d'un procès et de son rapport avec la vérité absolue : mais qu'est-ce que ça veut dire ?

2. La vérité dans un procès. - La valeur d'un arrêt n'est pas ce qu'il va vérifier : plutôt elle est contenue dans le « caractère obligatoire » de ce qu'il est établi et commandé, parce-qu' il naît de l'Etat et pour ça il est absolu. Aujourd'hui aussi, quand on arrive au dernier des degrés du jugement, on a une décision qui va arrêter (d'ou le mot « arrêt ») le cas, mais on ne peut pas dire que la vérité est contenue là. Il y a donc une différence entre la vérité processuelle *stricto sensu* et la vérité réelle des choses : toutefois le caractère obligatoire de la chose jugée doit trouver un fondement qui ne doit pas être simplement un « commandement législatif abstrait », mais qui doit être un *consensus* dérivant de la « foi inébranlable dans la logique juridique »²³⁵.

²³⁵ V. M. de MONTAIGNE, *Essais*, 1580.

Dans le mécanisme de réévaluation de la chose jugée pénale, alors, on va prendre en considération le « moment impératif »²³⁶ constitué par l'irrévocabilité de la décision pour les parties d'un procès : le principe pénal *ne bis in idem*, principe à géométrie variable, susceptible de connaître selon le cas une application horizontale ou verticale dans l'ordre national, international ou régional, s'insère dans ce cadre-ci²³⁷.

3. La maxime : distinctions. - Aujourd'hui ce principe-ci est devenu de plus en plus important : si on peut voir que, comme droit fondamental, la même personne ne doit pas être punie deux fois pour le même délit (en respectant, bien sûr, certains paramètres qu'on verra) et si tout ça est applicable dans le même pays à travers la force obligatoire des arrêts dont on a parlé, il est aussi vrai que l'application du *ne bis in idem* va devenir vraiment fréquente au niveau européen. Mais quels sont les fondements de cette règle, qui interdit de juger et punir deux fois un même fait ? Pour répondre à cette première question, il faut distinguer les fondements idéologiques des principes juridiques.

4. Fondements idéologiques. - Les fondements idéologiques sont au moins trois : la protection de la liberté individuelle, la protection de l'ordre social et de la justice et, enfin, l'équité. Sous le premier aspect, la règle *ne bis in idem* est protectrice de la liberté individuelle soit dans son aspect de règle de fond, soit dans son aspect de règle de procédure. Ainsi, pour ce qui concerne les conflits de qualifications, elle empêche le juge de cumuler les qualifications et par là même les peines en cas de fait unique. Tout ça limite les risques d'atteinte arbitraire et injustifiée à la liberté, qui se caractériserait par un cumul des peines prévues pour les différentes infractions retenues, en respectant - ça va sans dire - les limites imposées par les règles applicables en matière de cumul de peines. Ensuite, pour ce qui concerne l'autorité de la chose jugée, la règle dont on parle se justifie par le droit du délinquant de connaître son sort définitif, de savoir à quoi s'en tenir une fois qu'il a été jugé et, ainsi, de ne pas risquer de subir une sanction pénale pour un fait qui a déjà été l'objet d'une décision de justice, que celle-ci

²³⁶ V. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 36 et suiv.

²³⁷ V. S. CIMAMONTI, *European arrest warrant in practice and "ne bis in idem"*, 2009.

soit de condamnation, d'acquittement ou de relaxe. La protection des libertés individuelles²³⁸ exige en effet que le sort de la personne jugée ne soit pas remis en cause : les garanties de la liberté individuelle ne doivent pas être observées seulement au cours du procès ; elles s'imposent aussi lorsque le procès est parvenu à son terme²³⁹. Et c'est la règle du *ne bis in idem* qui assure leur respect après un procès, c'est la même qui répond à un besoin impérieux de sécurité juridique de la personne poursuivie²⁴⁰ : cette dernière idée de sécurité juridique se retrouve également dans le deuxième fondement (la protection de l'ordre social et de la justice) de cette règle.

En plus, le principe de l'autorité de la chose jugée trouve un de ces fondements idéologiques dans l'équité, parce qu'il n'est ni juste ni équitable de punir plusieurs fois une personne pour un même fait²⁴¹.

5. Principes juridiques. - En vertu de ce qu'on a dit, pour ce qui concerne le deuxième fondement, la protection sociale exige que les décisions de justice ne puissent plus être remises en cause à partir du moment où toutes les garanties procédurales ont été épuisées²⁴². La sécurité juridique, comme la paix sociale, exige donc qu'on sache mettre un terme à un procès et ne le pas reprendre, parce-que la multiplicité des procès mêmes et la longueur des procédures ont pour conséquence d'affaiblir la répression et de faire maintenir le trouble à l'ordre public généré par l'infraction. Cette règle est aussi fondée sur la protection de la justice parce-que l'interdiction de remettre en cause ce qui a été déjà jugé, de rejurer ce qui a déjà fait l'objet d'une décision de justice, assure

²³⁸ V. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Ed. Armand Colin, éd. 6^{ème}, 2006, n. 664, p. 397.

²³⁹ V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure Pénale*, Ed. CUJAS, 5^e éd., 2001, n. 886, p. 1043. Les auteurs écrivent textuellement que le principe de l'autorité de la chose jugée « préserve l'individu dans sa liberté puisque son sort ne peut plus être remis en question. ».

²⁴⁰ V. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Ibidem*.

V. aussi CEDH, 28 octobre 1999, *Brumrescu/Roumanie*, en JPC 2000, I, 203 : dans cette décision, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la sécurité juridique veut que la « solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause. ».

²⁴¹ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Ed. CUJAS, 2000/2001, n. 299, p. 279

²⁴² V. J. PRADEL, *Procédure Pénale*, Ed. CUJAS, éd. 12^{ème}, 2004, n. 958, p. 802 et suiv.

l'autorité de la sentence et, à travers elle, la dignité des juridictions répressives et la confiance dans leur verdict. L'autorité de la chose jugée rassure la société sur la valeur de son système répressif²⁴³ et garantit la dignité de la justice pénale, la confiance qu'on est citoyens d'elle et, donc, qu'elle protège la justice ; en effet, on peut dire que l'idée du principe en question semble reposer sur la conception de « contrat social », la même idée qui est au fond de la conception du principe de la prescription pénale, car ce qui a été jugé conformément aux règles procédurales doit apurer les rapports respectifs de la collectivité et du délinquant²⁴⁴.

6. Problématiques et plan. - Alors, d'un point de vue strictement juridique, qu'est-ce qu'il se passe quand la même personne est punie dans des cas pareil ? Qu'est-ce qu'il se passe quand on doit appliquer deux typologies de procédure assez différents l'une de l'autre au niveau d'un même fait et de la même personne ?

Mais surtout, est-ce qu'on peut réussir à éliminer le problème d'une éventuelle « double condamnation » avant d'arriver à la clôture du procès ?

Et voilà, il convient ensuite étudier les fondements juridiques et les sources du principe *ne bis in idem*, bien sur en distinguant les fondements de droit interne des fondements applicables d'un point de vue international.

Cette étude essayera à résoudre les problèmes qu'on a vus au dessus : en partant d'une analyse (la plus objective possible) des systèmes nationaux, français et italien, en passant par les plus connues et récentes productions législatives et jurisprudentielles des institutions européennes en général, on cherchera de démontrer que dans la moderne Europe unie l'idée d'une même procédure applicable aux mêmes délits n'est pas une idée étrange. Et surtout, on verra que l'ouverture européenne vers l'application générale de ce principe-ci est de plus en plus importante afin d'établir un espace commun, en concordance parfaite avec les fondements du Traité d'Amsterdam du 1997²⁴⁵.

²⁴³ V. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Ibidem*.

²⁴⁴ V. Mme RASSAT, *Traité de procédure pénale*, 2001, éd. 1^{ère} p.285; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *Op. cit.*, p.357

²⁴⁵ On rappelle que le Traité d'Amsterdam a été signé le 2 octobre 1997 et est entré en vigueur le 1er mai 1999. Il a modifié le traité instituant la Communauté européenne (Traité CE) et le Traité sur l'Union

PARTIE I

La conception française du principe « *Ne bis in idem* »

7. Réception. - On ne peut pas commencer à parler d'une chose sans la connaître à fond. C'est pour cette motivation-ci que, en cherchant de traiter une thématique si délicate, on doit forcément bien comprendre la réception interne du principe du *ne bis in idem* : une correcte analyse du champ d'application du principe (*Chapitre 1*) nous aidera à bien comprendre les rapports entre le droit interne et le droit international (toujours en évolution), traité dans la deuxième partie de cette mémoire; par contre, les conditions d'application (*Chapitre 2*) nous pourront nous fournir des indications précieuses sur les aspects pratiques, afin de localiser le domaine sur le quel le juge doit développer ses raisonnements pour la correcte application du 'principe de l'autorité de la chose jugée'.

européenne (ou Traité de Maastricht, Traité UE). Son objectif était de créer un espace de liberté, de justice et de sécurité.

CHAPITRE 1

Le champ d'application du principe « *Ne bis in idem* »

8. Plan. - Cette partie sera dédiée à l'approfondissement de la conception du *ne bis in idem* au niveau du système français, en cherchant d'expliquer les raisons historiques qui ont conduit à la perception unitaire du principe en question (*Section 1*) et en examinant de la façon la plus « neutre » possible les articles principaux du code pénal et du code de procédure pénale françaises qui sont la base de l'esprit « final » contenu dans l'article 368 du code de procédure pénale (*Section 2*), le vrai pilier dans l'ordonnancement interne qui nous donne les paramètres pour vérifier la correcte application du principe, aussi avec un regard au niveau européen.

SECTION 1 - Evolution historique

9. Droit romain. - La règle *Ne bis in idem* est ancienne. Elle était déjà connue en droit romain, et ceci tant dans son aspect de règle de fond que dans celui de règle procédurale : mais selon la fonction considérée, elle n'était pas appliquée avec la même acuité. S'il se passait qu'un même fait était la cause de plusieurs *privata delicta*, les peines devaient se cumuler ; s'il s'agissait de concours de plusieurs *publica* ou *extraordinaria crimina*, on prononçait une peine plus forte que celle prévue pour le délit le plus grave ; en cas de concours entre *crimina* et *delicta*, le cumul entre une peine publique et privée était possible²⁴⁶.

Dans sa fonction processuelle, ensuite, la règle en question était très employée par la jurisprudence, avant d'être reprise par les textes²⁴⁷ : c'est ainsi que l'autorité de la chose jugée, nommée à l'époque romaine *exceptio rei judicatae*, fut consacrée par deux textes

²⁴⁶ V. L. DANAN, *La règle non bis in idem en droit pénal français*, thèse Rennes 1971, p. 5 et suiv.

²⁴⁷ V. MARCO TULLIO CICERONE, lequel invoquait déjà la règle *ne bis in idem* dans ses plaidoiries.

principaux, celui d'Ulpiano²⁴⁸ (« *Si ex eadem causa saepe agatur cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei judicatae apparitur* ») et celui de Gordiano (« *Quid de crimine publico in accusationem deductus est, alio super eodem crimine deferri non potest* ») ; mais malgré tout ça, le droit romain connaissait beaucoup d'exceptions et les décisions étrangères étaient dépourvus d'autorité, en étant tout demandé à la discrétion des magistrats²⁴⁹.

10. Ancien Régime. - Sous l' « Ancien Régime²⁵⁰ » (dans le moyen-âge la maxime dont on parle était forgée pour résumer les brocards d'Ulpiano et de Gordiano²⁵¹) il se développe une conception du respect de la souveraineté territoriale et de l'indépendance réciproque des Etats : la règle *ne bis in idem* était encore vraiment peu appliquée.

La jurisprudence avait tendance à autoriser le cumul des peines lorsque le coupable avait enfreint plusieurs lois pénales par le même fait, mais malgré l'admission de l'autorité de la chose jugée, les juges rendaient (en cas d'insuffisance de preuves) des arrêts qui permettaient de clôturer provisoirement la procédure et de la reprendre ensuite²⁵², en respectant bien sûr le principe selon lequel une nouvelle cause survenue depuis un premier jugement permettait de reprendre l'instance²⁵³.

En se référant à cette période, on doit rappeler des hypothèses particulières. Si le jugement émanait d'une juridiction de type différent, celle de l'Eglise (très connue et développée dans cette période historique) par exemple, la juridiction était libre et avait la possibilité de renouveler l'instance ; si la décision était rendue par un juge inférieur,

²⁴⁸ Le texte d'Ulpiano reproduisait une décision de l'empereur Antonino.

²⁴⁹ V. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, 1922, Ed. Dalloz-Sirey, p. 41.

²⁵⁰ On le rappelle ici : on se réfère à la période immédiatement précédente la Révolution Française.

²⁵¹ V. FAUSTIN HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, éd. 2^e, II, n° 983.

²⁵² V. J. CEDRAS, *Action publique, extinction, autorité de la chose jugée*, en *Juris -classeur procédure pénale*, art. 6, fasc. 2, n° 14.

²⁵³ V. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, 1771, Partie III, Livre III, Titre I, Section III, article 2.

le juge supérieur du même ressort n'était pas lié par cette sentence et il pouvait librement reprendre les poursuites.

11. Droit intermédiaire. - Dans le « Droit intermédiaire²⁵⁴ », le principe de l'autorité de la chose jugée devint de plus en plus important : le juge était obligé à considérer une seule qualification du même fait et il devait se prononcer seulement sur la peine (ou les peines) prévues et prouvées sur la base de la dite qualification.

La spécificité du principe de l'autorité de la chose jugée reposait donc dans cette période, sur des considérations humanitaires de faveur de liberté (la *favor libertatis*). Selon Muyart de Vouglans²⁵⁵, le *ne bis in idem* était fondé sur deux raisons principales, dérivant toutes les deux d'un individualisme exaspéré : l'une de ne pas compromettre la vie d'un citoyen ; l'autre d'empêcher que par le développement de plusieurs accusations la peine ne vienne surpasser le crime.

C'est pour ces raisons que dans ce « droit intermédiaire » se développe l'envie de codifier constitutionnellement et d'établir une règle générale applicable en concret se développe : le *ne bis in idem* vient ainsi cristallisé dans l'article 9 du chapitre 5 du titre 3 de la Constitution du 3 septembre 1791, qui disposait que « Tout homme acquitté par un jury légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait ». Le code pénal du 1791 reprenait tout de suite cette règle.

12. Code d'instruction criminelle. - L'aspect individualiste donc prédomine, comme l'on a vu, jusqu'au Code d'instruction criminelle (CIC) du 1808 : la présomption *res judicata pro veritate habetur* n'intervenait pas à titre de justification ou

²⁵⁴ C'est la période immédiatement successive à la Révolution Française, qui arrive jusqu'à la prise de pouvoir de Napoléon en 1804 : Le mot « intermédiaire » a été choisi pour évoquer l'idée d'une période de transition entre l'Ancien Régime et le système basé sur le Code Civil. On est donc dans le plein Illuminisme.

²⁵⁵ V. FAUSTIN HELIE, *Code d'instruction criminelle*, 1854.

au niveau secondaire ; le *ne bis in idem* devait être interprété simplement comme le « repos du condamné »²⁵⁶.

Les juristes du XIX^{ème} siècle, faute d'indications fondamentales sur la portée d'un principe si basilaire, sont tournés vers l'article 1351 du code civil, qui présentait l'avantage de proposer une construction élaborée des conditions de l'autorité de la chose jugée, bien fondée sur un système de présomptions : la chose jugée devint comme cela l'expression du brocarde²⁵⁷ latin et la trilogie - identité d'objet, de cause et des parties -, appliquée au pénal, a permis de déterminer les conditions de recevabilité de l'exception de la chose jugée (bien sûr, appliquée en cette matière).

Deux critiques principales ont été développées à propos de cette conception : l'une fondée sur le fait que la *favor libertatis*, s'il est vrai qu'il protège une liberté individuelle, dans la matière pénale ne peut pas s'accommoder de la fiction juridique (*fictio juris*); l'autre est due au rattachement de l'autorité de la chose jugée au pénal à la théorie civiliste, en ne reconnaissant pas les rôles respectivement assignés au juge civil et au juge pénal (le premier, comme on le sait, cherche la preuve formelle ; le second, disposant de moyens de recherche de preuve étendus, recherche en effet la vérité matérielle : autrement dit, le juge pénal va chercher l'exacte connaissance des faits²⁵⁸ à travers son pouvoir d'investigation et de recherche).

13. Vingtième siècle. - En suite la doctrine du XX^e siècle devient plus réaliste et pose l'accent sur la finalité sociale du *ne bis in idem* dans le domaine pénal : l'objectif du principe de l'autorité de la chose jugée est d'interdire une reconsidération de ce qui a été déjà jugé en assurant l'autorité de la sentence et, à travers elle, de garantir la dignité vers des juridictions répressives et la confiance dans leur verdict²⁵⁹. Cette autorité doit être dotée d'une force particulière, compte tenu de la gravité des contestations (le

²⁵⁶ V. JOUSSE, *Op.cit.*, T. III, p. 13.

²⁵⁷ On l'a déjà rappelé : "*res judicata pro veritate habetur*".

²⁵⁸ V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure Pénale, Op. cit.*, n. 886.

²⁵⁹ V. GAVALDA, *Aspects actuels de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, JCPG 1957, I, 1372.

trouble à l'ordre public) et en considérant que les vérifications qu'incombent au juge doivent présenter des garanties étendues²⁶⁰.

Donc, doter les décisions pénales d'une autorité incontestable répond à un impératif d'ordre public : garantir l'efficacité de la répression suppose la rapidité du procès en empêchant la multiplication des procédures ; par contre, la certitude de la peine évite qu'une remise en cause des décisions soit aperçue comme le signe de l'incapacité de la juridiction répressive à parvenir à la vérité (en effet, on doit constater que les garanties attachées au respect de la liberté individuelle ne cessent pas à la fin du procès : elles continuent après la clôture avec l'*irrévocabilité* de la décision pénale, qui assure au prévenu le droit à la tranquillité que son sort ne soit pas remis en question²⁶¹).

Ce n'est qu'à caractère exhaustif qu'on doit signaler que le principe de l'autorité de la chose jugée a fait l'objet d'une contestation de part de l'école positiviste²⁶² : en se fondant sur l'unique finalité du droit criminel que constitue « l'amendement du coupable », ses tenants ont prôné l'autorité provisoire et la révocabilité des décisions, soit de condamnation soit d'acquittement. Mais cette opinion est demeurée marginale.

14. Vingt et unième siècle. - Aujourd'hui, sous la pression de nouvelles conceptions sur la fonction de la justice pénale et de la place de plus en plus importante accordée à l'individualisation de la peine, la force du principe semble en déclin. La personnalisation de la sanction occupe une place primordiale qui conduit à ne plus voir dans le procès pénal seulement un acte juridictionnel objectif consistant à juger un délit (à trancher une contestation relative à un acte ou à un comportement), mais à privilégier la personne du délinquant afin d'assurer la réadaptation sociale de celui-ci. Pour certains auteurs, le jugement du délit cède la priorité au jugement de la personne et l'autorité de la chose jugée s'en trouverait altérée. L'atteinte portée au principe se manifeste de la manière la plus évidente pour la partie de la décision relative à la sanction : si certaines peines prononcées demeurent irrévocables (amende, confiscation etc.), la plupart est

²⁶⁰ V. R. MERLE et A. VITU, *Op. cit.*.

²⁶¹ V. J. PRADEL, *Procédure Pénale*, *Op. cit.*, n. 958.

²⁶² V. E. FERRI, *Sociologia criminale*, 1930.

susceptible de modifications après leur prononcé afin d'en adapter l'exécution à l'évolution du délinquant.

Seulement à titre exhaustif, en ce qui concerne les mineurs, il faut dire que cette possibilité de modification est à présent largement appliquée aux majeurs délinquants. Les mesures de sûreté, qui sont - par principe - révisables, en constituent une illustration évidente. Les modifications importantes qui peuvent affecter l'exécution des peines sont également devenues un instrument développé de politique pénale²⁶³.

Toutefois, même s'il apparaît quelque peu affaibli dans son aspect relatif à la sanction, le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal conserve une valeur fondamentale que la jurisprudence, qui en a défini les caractères et les conditions d'application, s'attache à défendre avec rigueur.

15. Un regard à l'Europe. - D'un point de vue international, de plus en plus important surtout dans un espace de droit commun qui essaye à représenter la globalité de l'Union Européenne, une autorité peut considérer que son droit de réexaminer le cas de l'auteur d'un fait déjà jugé et de prononcer par conséquence le cas échéant une deuxième fois, ne lui donne pas celui de fixer la sienne propre sans tenir compte de celle précédemment édictée.

La France, parfois tenue à une telle attitude à cause des conventions internationales (et il convient de relever que le contenu très variable de telles conventions quant au domaine d'application et à la portée de la règle *ne bis in idem*, règle de droit positif²⁶⁴, est un facteur supplémentaire d'hétérogénéité des solutions), se montre fermée à une telle prise

²⁶³ V. R. GASSIN, *Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain*, Rev. sc. crim. 1963, p. 239 et suiv..

²⁶⁴ Par la suite, la loi 27 juin 1866 (reprise de l'article 5 du code d'instruction criminelle) devait étendre le domaine de la règle *ne bis in idem* aux délits commis par un français à l'étranger ; la loi du 3 avril 1903, par contre, aux délits commis par un étranger en France. Cette règle devait être reprise par le code de procédure pénale du 1959 et par le code pénal du 1994, ainsi que par un nombre important de conventions internationales.

de considération lorsqu'elle fixe unilatéralement la compétence de sa loi et de ses juridictions pénales²⁶⁵.

La construction européenne tend lentement à affaiblir les méfiances réciproques parmi les Etats impliqués et leurs justices répressives. Cela se traduit par la création d'un certain nombre de conventions régionales, à géométrie variable, dans lesquelles le *ne bis in idem* est à peu à peu, le plus souvent dans des domaines restreints, parfois non sans réserves, reconnu comme un principe général du droit et consacré comme tel. En s'agissant des communautés européennes, coiffées par l'Union européenne, cela aboutit aussi (comme l'on verra) à l'instauration d'un nouvel ordre, doté de pouvoirs répressifs propres, dont l'usage peut entrer en concurrence avec celui des pouvoirs que les Etats membres²⁶⁶ ont gardés.

SECTION 2 - Trame des articles fondamentaux : en particulier, l'article 368

du code de procédure pénale

§ 1. Le « début » : une analyse procédurale

16. Territorialité. - Le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal est codifié dans l'article 6 du code de procédure pénale, qui dispose que « L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée».

Mais il ne faut pas oublier que, d'un point de vue horizontale²⁶⁷, « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République » : c'est par cette disposition que commence, dans le code pénal, le chapitre consacré à

²⁶⁵ V. M. PRALUS, *Etude en droit International et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis*, Rev. sc. crim. 1996 p. 551 et suiv..

²⁶⁶ V. M. PRALUS, *Ibidem*.

²⁶⁷ V. L. DESESSARD, *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem*, RIDP, vol. 73, 2002/3/4, pp. 913 - 940.

l'application de la loi pénale dans l'espace²⁶⁸⁻²⁶⁹. Par la même, le législateur a entendu affirmer haut et fort le principe de la territorialité de la loi pénale française.

17. Extraterritorialité. - Les risques de conflits de compétence sont d'autant plus importants que la loi française est également applicable à un certain nombre d'infractions commises hors du territoire de la République : sous certaines conditions, la loi pénale française peut en effet s'appliquer aux crimes et délits commis à l'étranger par des Français²⁷⁰ ou contre des Français²⁷¹, à ceux portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation²⁷², à ceux commis à bord ou à l'encontre d'aéronefs non immatriculés en France²⁷³, ainsi qu'à ceux réprouvés par la communauté internationale en application de certaines conventions²⁷⁴. Dans tous ces cas, c'est l'article 689 du code de procédure pénale qui donne alors une compétence exclusive aux juridictions françaises pour juger, bien sur selon la loi française, les auteurs et les complices de ces infractions.

On comprend alors l'importance de reconnaître, au niveau national et surtout international, le principe *ne bis in idem* à cet égard.

18. La dimension transnationale. - Dans une dimension transnationale, le principe de l'autorité de la chose jugée est consacré par les articles 113-9 du code pénal

²⁶⁸ Pour la précision, cette disposition, qui figure à l'article 113-2 alinéa 1 du code pénal est précédée de l'article 113-1 qui prévoit que « pour l'application du présent chapitre le territoire français de la République inclut les espaces maritime et aérien qui lui sont liés ».

²⁶⁹ L'article 113-1 a été ajouté au Code Pénal en décembre 1992.

²⁷⁰ V. article 113-6 du code pénal.

²⁷¹ V. article 113-7 du code pénal.

²⁷² V. article 113-10 du code pénal.

²⁷³ V. article 113-11 du code pénal.

²⁷⁴ V. les articles 689-1 et suiv. du code de procédure pénale. En effet l'article en question dispose que « En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles ».

et 692 du code de procédure pénale. Ce dernier article en particulier prévoit effectivement que, « Dans les cas prévus au chapitre précédent 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 »²⁷⁵.

Tout ça dans certain cas, bien sur, car ce principe-ci n'est affirmé qu'à propos d'infractions commises à l'étranger ; pour les infractions qui sont commises sur le territoire français, l'article auquel il faut s'adresser n'est plus l'article 692 du code de procédure pénale et par conséquent une éventuelle action publique est à bon droit reçue sans qu'il y ait à chercher si le prévenu a été jugé antérieurement à l'étranger²⁷⁶.

19. Les infractions sur le territoire français. - Donc le principe consacré par l'article 692 du code de procédure pénale ne vaut que « dans les cas prévus au chapitre précédent » de ce code, lequel donne compétence aux juridictions françaises pour juger les auteurs ou les complices de certaines infractions commises hors du territoire de la République.

Le renvoi est clair : l'article 689 du code de procédure pénale dispose que « Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre 1^{er} du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction » ; à bien voir, l'article en question semble tout à fait rappeler le développement des articles du code pénal sur la compétence.

Il résulte, alors et définitivement, de l'article 692 du code de procédure pénale, que les décisions rendues par les juridictions étrangères n'ont l'autorité de chose jugée que lorsqu'elles concernent les faits commis en dehors du territoire de la République : et tout ça en obtempérant une réserve émise par le Gouvernement français, selon laquelle l'article 54 de la Convention de Schengen du 19 juin 1990 (on parle de la CAAS),

²⁷⁵ C'est la correcte formulation littérale de l'article 692 du code de procédure pénale.

²⁷⁶ V. Cass. crim., 13 mai 1971, *Bull. crim.* n. 157.

portant application de la Convention de Schengen du 14 juin 1985, n'est pas applicable lorsque l'ensemble des faits poursuivis a lieu dans l'Etat français²⁷⁷.

Il faut de toute façon encore préciser que le principe dont on parle n'est pas prévu pour toutes les infractions commises à l'étranger : l'article 113-9 du code pénal, en effet, ne fait pas référence à l'article 113-10 du même code, qui prévoit la compétence de la loi pénale française pour les infractions commises hors du territoire de la République portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation. On doit considérer que les infractions, relevant de la compétence réelle des juridictions françaises, peuvent toujours être poursuivies en France, même si elles ont déjà été poursuivies et jugées à l'étranger²⁷⁸.

20. Lignes de partage : exceptions. - En conclusion, d'un point de vue technique, la ligne de partage parmi les compétences est loin d'être claire et nette : d'une part on trouve dans le code pénal plusieurs articles consacrés aux conditions d'exercice de la poursuite (art. 113-8 et suiv.) ; de l'autre part l'article 692 du code de procédure pénale, qui va déterminer la compétence pénale dans l'espace, soumise à deux conditions difficilement dissociables, condition d'existence (lieu d'infraction, nationalité des protagonistes, double incrimination etc.) et condition d'exercice (nécessité d'une plainte, absence de condamnation à l'étranger etc.)²⁷⁹.

²⁷⁷ V. Cass. crim., 3 décembre 1998, *Bull. crim.* n. 331, en *Juris-Data* n° 005114. Cette solution est ancienne, mais elle n'a pas toujours existé. Elle était prévue dans le CIC (Code d'instruction criminelle) du 1808, qui ne connaissait l'autorité de la chose jugée qu'aux jugements étrangers concernant des crimes commis hors du Royaume (article 7) ; après des modifications intervenues en 1866, en 1873 la Cour de Cassation, avec sa chambre criminelle, affirme que la maxime *ne bis in idem* doit s'appliquer aux jugements émanés par des tribunaux qui ont la même souveraineté et qu'il est un principe de droit public qu'en France les jugements rendus en pays étrangers ne peuvent ni être exécutés, ni exercer aucune autorité en France. En 1903, une nouvelle loi change radicalement la portée du principe en France : l'article 7 du code d'instruction criminelle vient modifié, attribuant autorité de la chose jugée aux décisions étrangères concernant certaines infractions commises en France ; mais cette disposition disparaîtra avec l'adoption du vieux texte de l'article 692 du code de procédure pénale de 1958.

²⁷⁸ Le principe n'est pas non plus formulé pour les infractions de toute nature commises hors du territoire de la République par les membres des forces armées ou contre les forces armées, infractions relevant de la compétence du tribunal aux armées (articles 59, 65 et 68 du vieux code de justice militaire).

²⁷⁹ V. M. MASSE, *La compétence pénale française dans l'espace depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal*, *Rev. sc. crim.* 1995, p. 856.

Un dernier rappel est nécessaire : le *ne bis in idem* est envisagé en termes plus généraux dans certains cas. L'article 713-8 du code de procédure pénale prévoit qu'« Aucune poursuite pénale ne peut être exercée ou continuée et aucune condamnation ne peut être exécutée à raison des mêmes faits contre le condamné qui exécute en France, en application d'une convention ou d'un accord international, une peine privative de liberté prononcée par une juridiction étrangère ». On est donc dans le domaine de l'exécution des sentences et le principe a vocation à s'appliquer soit aux infractions commises dans le territoire français, soit aux infractions commises à l'étranger. Le rappel aux infractions commises à bord de navires français et aux infractions à la police de la navigation dans les eaux territoriales françaises (article 7 CDPPM²⁸⁰) est clair. Même le rappel à l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France²⁸¹ est clair.

§ 2. L'article 368 dans la procédure

21. Le « pilier » : généralités. - Parallèlement à l'article 692, le vrai pilier du système français sur lequel appuie toute la considération du principe de la chose jugée²⁸² est considéré l'article 368 du code de procédure pénale : « Aucune personne acquittée légalement ne peut être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente. ».

²⁸⁰ Code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Dans son article 7, précisément, il dispose qu'« Aucune poursuite ne peut être exercée, en application des dispositions de la présente loi, lorsque la personne inculpée a été jugée définitivement à l'étranger, pour le même fait, sous réserve, en cas de condamnation, qu'elle ait subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce ». Cette formulation est vieille et dérive d'une loi du 17 décembre 1926, mais on doit rappeler que désormais l'article 113-3 du code pénal prévoit une compétence exclusive de la loi et de la juridiction française.

²⁸¹ Cette ordonnance a été émise pour discipliner l'entrée et le séjour des étrangers en France et pour établir une règle maximale concernant l'entrée et le séjour des Français dans les autres Pays de la Communauté Européenne, en obtempérant la Convention de Schengen du 19 juin 1990 (article 21 I alinéa 3 et 5).

²⁸² On rappelle ici : selon F. HELIE, rappelé par R. MERLE et A. VITU (*Traité de droit criminel*, Editions CUJAS, 5^e éd. 1984, n°290), la maxime *ne bis in idem* appartient au droit universel des nations.

Cet article-ci, successeur de l'article 359 contenu dans le code d'instruction criminelle, consacre un principe fondamental : il est dicté en se référant aux cours d'assises, mais il doit être regardé comme possédant une valeur générale, commune à toutes les juridictions répressives ; il est clair la référence à l'article 6 alinéa 1 du code pénal ; clair est aussi le parallélisme qu'il y a entre l'article en question et l'article 692 du code de procédure pénale qu'on a déjà analysé.

22. Les bases : questions. - L'importance de la disposition de l'article 368 du code de procédure pénale repose en ce que le Président de la cour d'assises doit poser une question subsidiaire lorsqu'il résulte des débats que le fait comporte une qualification différente de celle donnée dans l'arrêt de renvoi ; il doit le faire d'office : le renvoi a l'article 351 du code de procédure pénale²⁸³ est ici clair. Mais si aucune question subsidiaire n'a été posée, il faut considérer que le fait n'était pas susceptible d'une autre qualification différente : on ne peut que le qualifier avec l'attribution donnée par la chambre de l'instruction.

Il faut se poser une question : l'article 368 du code de procédure pénale, peut-il être étendu à des hypothèses différentes de celles que sont prévues dans le même article ? Et en particulier, est-ce qu'on peut appliquer le même article aussi devant les autres juridictions, autres que la cour d'assises ?

On a déjà répondu partiellement à cette question : la doctrine admet une extension aux poursuites engagées devant les tribunaux correctionnels et de police ; toutefois la question n'a pas légalement tranchée.

23. Les faits matériels. - Il n'en demeure pas moins que dans le cas d'espèce, la Cour de cassation²⁸⁴ procède à une analyse similaire à celle prévue dans le même article 368 du code de procédure pénale : pour que l'exception de chose jugée soit valablement invoquée, il faut qu'on soit en présence d'un fait matériel identique. Il ne s'agit pas

²⁸³ L'article 351 du code de procédure pénale récite textuellement : « 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. ».

²⁸⁴ V. Cass. crim., 19 janvier 2005 n. 04-81686.

d'analyser les éléments constitutifs des infractions reprochées, mais le fait objet de l'acte de poursuite. La Cour de cassation prend soin de faire référence aux faits visés par la seconde poursuite pour constater qu'ils sont identiques ; il importe donc peu qu'on soit en présence d'une qualification plus importante et que leurs peines encourues soient différentes : l'identité ne doit pas porter sur les faits juridiques. De même, l'élément moral n'est qu'un élément interne de qualification et il ne peut pas fonder une nouvelle poursuite.

C'est donc sur les faits matériels de l'infraction reprochée, énoncés dans l'acte de poursuite, qu'il convient de se pencher. L'argument lié au mode de la juridiction criminelle n'a pas de réelle incidence : il est vrai que, à la différence des cours d'assises, les tribunaux correctionnels²⁸⁵ n'ont pas à envisager les faits sous toutes les qualifications possibles, mais il est vrai qu'ils peuvent toujours modifier la qualification des faits dont ils sont saisis, logiquement à l'intérieur de leur propre compétence. Et s'ils jugent qu'il s'agit d'une infraction plus grave, pour laquelle pour exemple ils ne sont pas compétents, les juges correctionnels doivent renvoyer le ministère public à se mieux pourvoir, comme prévu par les articles 469 et 540 du code de procédure pénale²⁸⁶.

²⁸⁵ V. toujours l'article 351 du code de procédure pénale.

²⁸⁶ - Article 469 du code de procédure pénale (sous le titre « Du jugement : De la décision sur l'action publique ») : « Si le fait déféré au tribunal correctionnel sous la qualification de délit est de nature à entraîner une peine criminelle, le tribunal renvoie le ministère public à se pourvoir ainsi qu'il avisera.

Il peut, le ministère public entendu, décerner, par la même décision, mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu.

Les dispositions des deux alinéas précédents sont également applicables si le tribunal correctionnel, dans sa composition prévue par le troisième alinéa de l'article 398, estime, au résultat des débats, que le fait qui lui était déféré sous la qualification de l'un des délits visés à l'article 398-1 est de nature à entraîner une peine prévue pour un délit non visé par cet article.

Lorsqu'il est saisi par le renvoi ordonné par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction, le tribunal correctionnel ne peut pas faire application, d'office ou à la demande des parties, des dispositions du premier alinéa, si la victime était constituée partie civile et était assistée d'un avocat lorsque ce renvoi a été ordonné. Toutefois, le tribunal correctionnel saisi de poursuites exercées pour un délit non intentionnel conserve la possibilité de renvoyer le ministère public à se pourvoir s'il résulte des débats que les faits sont de nature à entraîner une peine criminelle parce qu'ils ont été commis de façon intentionnelle.».

- Article 540 du code de procédure pénale (sous le titre « De l'instruction définitive devant le tribunal de police ») : « Si le tribunal de police estime que le fait constitue un crime ou un délit, il se déclare incompétent. Il renvoie le ministère public à se pourvoir ainsi qu'il avisera. ».

Il n'ya pas alors de critique à étendre la disposition applicable à la Cour d'assises. En outre, l'article 4 § 1 du Protocole additionnel n. 7 à la Convention européenne de droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁸⁷ (comme le relève la Cour) et l'article 14 § 7 du Pacte des Nations Unies interdisent de poursuivre à nouveau une personne qui a été acquittée par un jugement définitif.

24. Poursuites après une première condamnation. - En ce qui concerne les poursuites qui seraient engagées, non plus après un acquittement, mais après une première hypothèse de condamnation, pour faire condamner l'intéressé à une peine plus lourde, hypothèse non prévue par l'article 368 du code de procédure pénale, la Cour de cassation semble s'opposer (conformément aux engagements internationaux) à la reprise des poursuites, que la personne ait été relaxée, acquittée ou condamnée²⁸⁸.

On peut donc et à la fin affirmer que la doctrine admet l'extension de tout ce qui a été prévu à propos de la cour d'assises aussi aux poursuites engagées devant les tribunaux correctionnels et de police²⁸⁹.

Mais on doit rappeler que : si l'on est en présence de faits matériels distincts, bien sûr, l'exception de la chose jugée ne peut plus être invoquée ; si l'on est en présence d'accusations multiples devant la même cour d'assises, une accusation définitivement purgée par une déclaration de non culpabilité (qui est acquise à l'accusé) ne peut plus servir de base à une nouvelle poursuite devant la cour d'assises de renvoi (après naturellement une cassation de l'arrêt de condamnation)²⁹⁰ ; et, en concluant, il faut dire

²⁸⁷ On rappelle ici que la loi qui a autorisé la ratification par la France de la CEDH a été promulguée le 30 décembre 1973. Le décret du 3 mai 1974 a publié les textes de la Convention et des Protocoles de 1 à 4 au Journal Officiel. Le protocole additionnel n. 7 a été ratifié par la France le jour même de son entrée en vigueur, ça veut dire le 1^{er} novembre 1988.

²⁸⁸ V. Cass. crim., 8 octobre 1959, en JPC 1959, II, 11324, sous la note de LARGUIER.

²⁸⁹ V. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Ed. Litec, 2000, p. 830 et suiv..

²⁹⁰ V. Cass. crim., 1 avril 1998, *Bull. crim.* n. 123.

que, si des éléments nouveaux apparaissent après la première condamnation²⁹¹, le principe de l'autorité de la chose jugée ne peut pas fonctionner.

25. Conflits (ou concours) d'infractions. - Pour bien voir, enfin, une application pratique du principe de l'autorité de la chose jugée, il faut signaler le domaine des conflits (ou concours) d'infractions.

Il y a conflit ou concours²⁹² de qualifications quand un même fait matériel est susceptible d'être réprimé en application de deux ou plusieurs textes²⁹³, quand il est susceptible de tomber sous de plusieurs textes répressifs qui portent des incriminations et des peines différentes. On parle également, dans cette situation, de concours idéal, ou encore de concours intellectuel ou formel²⁹⁴.

Le conflit de qualifications se rencontre d'abord lorsqu'un fait matériel unique²⁹⁵ provoque un préjudice chez plusieurs personnes ou contrevient à plusieurs textes (il en est ainsi, par exemple, en cas de viol commis en public ; le même fait matériel contrevient à la fois à l'article 222-23 du code pénal qui réprime le viol, et à l'article 222-32 du même code, texte relatif à l'exhibition sexuelle). On le retrouve en présence de deux faits matériels liés l'un à l'autre quand un acte constitutif d'une infraction est également soit une circonstance aggravante d'une autre, soit constitutif d'une autre, soit encore quand cet acte est commis afin de permettre la réalisation d'une autre infraction.

Naturellement le conflit doit être réel.

²⁹¹ V. J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Ed. Dalloz, éd. 3^e, 2001, n. 43 p. 368.

²⁹² V. J. C. SOYER, *Droit pénal e procédure pénale*, Ed. Lextenso, éd. 20^{ème}, 2008, n. 125, p. 76. L'auteur rappelle qu'il y a des décisions de la Cour de cassation qui qualifient l'idée du concours d'infractions ; il y a concours d'infractions, cumul d'infractions, quand il y a « deux incriminations qui se peuvent cumuler, les deux infractions coexistent ».

L'article 132-2 du code pénal dispose : « Il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction. ».

²⁹³ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, *Op. cit.*, n. 298, p. 278.

²⁹⁴ V. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *Op. cit.*, n. 232, p. 129.

²⁹⁵ V. encore J. PRADEL, *Droit pénal général*, *Op. cit.*, *ibidem*.

26. Les réponses aux conflits. - On peut donner deux réponses à la question de la résolution des conflits de qualifications.

Il est d'abord possible de faire application du brocard *tot delicta quod leges lesae* et de considérer que le fait unique est constitutif d'autant d'infractions qu'il y a de lois violées²⁹⁶. La déclaration de culpabilité visera alors toutes les qualifications et toutes les peines prévues pour les infractions retenues pourront être prononcées²⁹⁷.

Il est ensuite possible d'appliquer la règle *ne bis in idem* et de considérer que le même fait ne peut être puni qu'une fois. Ainsi, la déclaration de culpabilité ne pourra viser qu'une seule infraction et on pourra prononcer seulement les peines prévues pour l'infraction retenue²⁹⁸.

La méthode de résolution des conflits de qualifications, puisqu'elle n'est codifiée par aucun texte (le code pénal, en effet, ne traite que du concours réel d'infractions, et non du concours idéal), nous conduit à concentrer les efforts vers la jurisprudence, afin de savoir s'il y a lieu de déterminer une ou plusieurs infractions. Il semble alors que les juridictions distinguent selon que le fait unique porte atteinte à une ou à plusieurs valeurs sociales protégées²⁹⁹. Ainsi, lorsque les différentes qualifications en concours protègent la même valeur, la règle *ne bis in idem* reçoit application et la déclaration de culpabilité ne peut viser qu'une seule infraction ; en revanche, lorsque ces qualifications ne protègent pas les mêmes valeurs, l'application de cette règle est écartée.

Il convient alors de viser autant d'infractions dans la déclaration de culpabilité qu'il y a des valeurs transgressées et d'appliquer les règles du concours réel d'infractions.

²⁹⁶ V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Op. cit..

²⁹⁷ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Op. cit., n. 300 et suiv., p. 278 et suiv..

²⁹⁸ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Op. cit., Ibidem.

²⁹⁹ V. encore R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Op. cit..

CHAPITRE 2

Les conditions d'application

27. La maxime comme règle procédurale. - La règle *ne bis in idem* est à la fois une règle de droit pénal de fond et une règle de droit pénal de procédure. Sous ce dernier aspect, elle interdit de juger et de punir deux ou plusieurs fois, par deux ou plusieurs décisions différentes, un même individu pour un même fait. Elle est donc l'expression de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel.³⁰⁰

L'étude de la règle *ne bis in idem* doit relever sous l'aspect d'une constante interrogation sur les fondements d'application : en dérivant de plusieurs textes nationaux et internationaux, on ira tout de suite examiner d'une part les conditions d'application, sous la forme de la « tripartition » (*Section 1*) ; de l'autre côté, on verra l'aspect relatif à la présence d'un jugement définitif (*Section 2*).

SECTION 1 - La tripartition : identité des parties, d'objet et des faits

28. La correcte application de la maxime. - La jurisprudence exige, pour la correcte application de la règle *ne bis in idem*, qu'il y ait entre le premier jugement définitif et la deuxième poursuite, une triple identité : de parties, de cause et d'objet³⁰¹. Une partie de la doctrine³⁰² considère qu'elle transpose ainsi en droit pénal la règle posée par l'article 1351 du code civil à propos de l'autorité de la chose jugée en matière civile³⁰³. Cette analyse semble contestable pour deux raisons principales : d'une part, il

³⁰⁰ V. G. STEFANI - G. LEVASSEUR - B. BOULOC, *Procédure pénale*, Ed. Dalloz, éd. 20^e, 2006, n. 971 et suiv., p. 897 et suiv.

³⁰¹ V. Cass. crim., 2 avril 1990, *Bull. crim.* n. 141.

³⁰² V. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, éd. 6^e, 2006 n. 665.

³⁰³ 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. ».

n'est ni logique ni cohérent de rechercher dans des règles de droit civil (et de fonder sur telles règles) les conditions d'application de la loi pénale ; de l'autre part, l'analyse est contestable parce que les conditions d'application du principe découlent de sa définition et de son sens. En effet, en interdisant de sanctionner pénalement deux fois une même personne pour un même fait, la règle exige évidemment qu'il y ait l'identité des parties (c'est-à-dire de poursuivant et de poursuivi), d'objet (c'est-à-dire l'application d'une sanction pénale) et enfin de cause (c'est-à-dire du fait générateur de la responsabilité pénale).

§ 1. Identité de parties

29. Poursuivant et poursuivi. - Les deux premières conditions d'application de la règle *ne bis in idem* (et on se réfère à l'identité des parties et d'objet), ne posent pas beaucoup de difficultés.

L'identité de partie doit être entendue comme identité de partie poursuivante et de partie poursuivie. En droit pénal, la partie poursuivante est toujours le Ministère public qui représente la société, même si l'action publique est engagée par la victime et après une plainte ; quant à la partie poursuivie, il y a identité si la même personne est poursuivie en la même qualité, soit d'auteur, soit de complice, soit enfin de civilement responsable.

Ainsi, la règle *ne bis in idem* n'empêche pas de poursuivre pour le même fait un autre individu que celui qui à déjà été acquitté ou condamné pour ce fait.³⁰⁴ Egalement, pour exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que cette règle ne met pas d'obstacle à une nouvelle citation du représentant légal d'une personne morale poursuivie pénalement, alors que celui-ci avait déjà été poursuivi pénalement en son nom personnel et relaxé³⁰⁵.

§ 2. Identité d'objet

³⁰⁴ V. Cass. crim., 13 novembre 1973, *Bull. crim.* n. 414.

³⁰⁵ V. Cass. crim., 30 mai 2000, *Bull. crim.* n. 206.

30. Le respect de la présomption d'innocence. - En ce qui concerne ensuite l'objet, celui-ci est toujours le même en cas de poursuites pénales. Il s'agit en effet de vérifier la pertinence de la présomption d'innocence³⁰⁶ (l'application de l'article 9-1 du code civil pose le principe du « *habeas corpus* » dans le système français ; il récite textuellement : « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. »)³⁰⁷, en vue d'une déclaration de culpabilité et de l'application d'une peine³⁰⁸.

§ 3. Identité de cause

31. Mêmes faits. - La condition d'application de la règle *ne bis in idem* qui pose plus de difficultés est sans doute l'identité de cause. En droit pénal, la cause est le fait délictueux générateur de responsabilité pénale, le fait qui permet la mise en mouvement de l'action publique³⁰⁹. Cette condition est exprimée dans l'article 368 du code de procédure pénale, qui interdit des nouvelles poursuites « à raison des mêmes faits ». On

³⁰⁶ V. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Op. cit.*

³⁰⁷ « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence ». C'est un principe de droit positif, qui se fonde sur l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; la présomption d'innocence représente une évolution dans l'éthique du droit qui considère que mieux vaut, pour la santé de la société, un coupable en liberté qu'un innocent condamné injustement. D'un point de vue pénal (V. soit les articles préliminaires au code de procédure pénale, soit l'article 304 du même code), l'application de la présomption d'innocence suppose une instruction. Au cours de cette procédure, on examine les faits à charge et à décharge et l'on confronte les preuves réunies par les deux parties. Cette instruction peut s'achever par une ordonnance de non-lieu ; d'un point de vue civil, c'est en effet à la personne qui s'estime victime de la violation de l'article 9-1 de citer son adversaire devant le tribunal et d'apporter tous les éléments de preuve à l'appui de sa demande de réparations.

³⁰⁸ V. J. PRADEL, *Procédure pénale*, *Op. cit.* ; V. aussi G. STEFANI - G. LEVASSEUR - B. BOULOC, *Procédure pénale*, *Op. Cit.*, n. 974.

³⁰⁹ V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure Pénale*, *Op. cit.*, n. 893, p. 1049.

à déjà vu cet article-ci, au niveau technique, dans la première section : maintenant on doit le voir du point de vue des principes de fond qu'il contient. La première question concerne l'interprétation de l'expression « mêmes faits » : est-ce qu'il faut avoir une identité des faits matériels ou juridiques ? En outre, la règle de l'autorité de la chose jugée doit-elle recevoir application lorsque les faits qui fondent les poursuites successives ne diffèrent que partiellement ?

32. Faits matériels et faits juridiques. - La question de savoir si l'identité de faits exigée concerne les faits matériels ou les faits juridiques, c'est-à-dire les qualifications, a été à l'origine d'une opposition qui a duré plus d'un siècle entre la doctrine et la Cour de cassation. La quasi-totalité de l'autorité doctrinale³¹⁰ soutenait la nécessité de l'identité des faits matériels (solution plus protectrice de la liberté individuelle) ; par contre, la Cour de cassation (en se fondant sur la rédaction de l'article 360 du code d'instruction criminelle)³¹¹ se contentait d'une identité de qualification.

Une loi du 25 novembre 1941, relative à la Cour d'assises, a mis fin à la controverse en introduisant dans le code d'instruction criminelle deux nouveaux articles : le nouvel texte de l'article 339 du code d'instruction criminelle obligeait le président de la cour d'assises à poser des questions subsidiaires lorsque plusieurs qualifications étaient susceptibles d'entrer en concours ; par contre, le nouvel article 359 du code d'instruction criminelle modifiait la rédaction de l'article 360 en interdisant de nouvelles poursuites à raison des « mêmes faits ». La Cour de cassation semble reprendre l'orientation exprimée par cette loi dans un arrêt³¹² de principe du 20 mars 1956, consacrant ainsi la thèse de l'identité des faits matériels. Depuis le code de procédure pénale du 1958, la règle consacrée dans le code d'instruction criminelle reste

³¹⁰ V. FAUSTIN HELIE, *Op. cit.* ; B. PERREAU, *De la qualification en matière criminelle*, 1926, p. 60 et suiv. ; J.M. VERDIER, note au JCP, 1954, II, 8272.

³¹¹ L'art. 360 CIC disposait : « Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ou accusée à raison du même fait. ».

Sur le même thème, V. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, T. VI, n. 2286 et J.A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, T. II, p. 210 ; tous les deux appuyaient la théorie soutenue par la Cour de cassation.

³¹² V. Cass. crim, 20 mars 1956, Chevalot. L'arrêt se réfère à un cas particulier : un acquittement pour meurtre ne permet pas une nouvelle poursuite pour homicide par imprudence.

la même : l'article 368 vise également à « des nouvelles poursuites à raison des mêmes faits ».

Le principe *ne bis in idem*, donc, est subordonné à l'existence d'une identité de faits matériels. Ainsi, il est inapplicable lorsque les faits poursuivis sont distincts les uns des autres, tant dans leurs éléments légaux que matériels³¹³. Il est quand même inapplicable en cas de réitération d'un fait identique à celui qui a déjà fait l'objet d'une condamnation postérieure, ou dans la persistance d'une infraction continue après une première décision de justice³¹⁴.

33. Poursuites successives. - La deuxième difficulté (relative à l'identité de cause) apparaît lorsque les faits qui fondent des poursuites successives ne diffèrent entre eux que partiellement. Dans cette hypothèse, les faits nouveaux qui servent de base à la seconde poursuite ne constituent pas à eux seuls une infraction distincte. Toutefois, s'ils sont combinés avec les éléments sur lesquels la première décision de justice est fondée, il semble qu'une nouvelle infraction (susceptible de recevoir une qualification qui ne pouvait être retenue lors de la première instance) est constituée³¹⁵.

On peut se référer par exemple à des faits sanctionnés une première fois comme homicide non intentionnel (après le premier jugement et en raison de la découverte d'éléments nouveaux) qui s'avèrent constituer en réalité un meurtre ou un assassinat, leur auteur ayant agi intentionnellement ou avec préméditation. Une telle situation a donné lieu à l'arrêt Thibaud, dans lequel la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis le renouvellement des poursuites³¹⁶.

La Haute Juridiction fonde sa décision sur le motif selon lequel « le crime d'homicide qui se commet par la détermination de la volonté et le délit d'imprudence qui l'exclut sont deux infractions distinctes en leurs éléments de fait aussi bien qu'en leurs éléments

³¹³ V. Cass. crim., 20 février 1931. Ici la Cour de cassation a jugé qu'une personne déjà condamnée pour escroquerie peut être poursuivie une autre fois pour faux, étant la confection d'un faux et son usage deux choses différents.

³¹⁴ V. Cass. crim., 5 octobre 1972.

³¹⁵ V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure Pénale, Op. cit.*, n. 894, p. 1050.

³¹⁶ V. Cass. crim., 25 mars 1954, Thibaud, en *Bull. crim.* n. 121.

de droit ». Cette jurisprudence, qui a été confirmée par plusieurs arrêts³¹⁷ et qui est critiquée par certains³¹⁸, mérite l'approbation.

En effet, si les faits matériels ne sont pas exactement les mêmes, on doit conclure que l'identité de cause est absente et, par conséquence, la règle de l'autorité de la chose jugée doit être forcément écartée. De plus, il ne faut pas que le manque de chance des organes de poursuite et d'instruction profite au délinquant, ce qui rend la possibilité d'un deuxième procès moralement satisfaisant.³¹⁹ Toutefois, l'équité exige que la peine déjà subie par le condamné en raison de la première infraction retenue soit prise en considération dans la détermination de la sanction infligée au titre de la deuxième infraction, comme l'impose le Conseil Constitutionnel en matière de cumul de sanctions pénales et extra - pénales³²⁰.

34. Conclusion. - En concluant, dès lors que ses conditions d'applications sont réunies, la règle *ne bis in idem* peut s'appliquer et, donc, elle peut produire ses effets. Aucune poursuite nouvelle, même sous le couvert d'une qualification autre, n'est possible à la présence de ces conditions : c'est ici que se va développer la garantie pour le prévenu de n'être pas jugé deux fois sur la même question ; c'est ici que la maxime *res judicata pro veritate habetur* peut expliquer sa force en se référant à l'autorité du criminel sur le criminel (qui constitue l'aspect « négatif » de la chose jugée)³²¹. Mais

³¹⁷ V. Cass. crim., 19 mars 1983, Laurent, *Bull. crim.* n. 149 ; JCP 1985, II, 20385, avec note de JEANDIDIER ; Gaz. Pal., 3 décembre 1983 avec note DOUCET (dans cette espèce, un individu qui avait été condamné pour homicide par imprudence sur la personne de son épouse est à nouveau poursuivi et condamné pour l'assassinat de cette dernière) ; Cass. crim., 22 juin 1994, *Bull. crim.* n. 248 à propos de l'affaire dite du sang contaminé (dans cette espèce, la Cour de cassation a estimé, sur un moyen relevé d'office, que la prévention de tromperie, qui a été appliquée, est différente de celle d'empoisonnement, qui pourrait être envisagée).

³¹⁸ V. notamment D. HUGUENEY, qui estime que la distinction opérée entre la faute volontaire et la faute d'imprudence (qui ne concerne que l'élément moral) n'est qu'un « facteur interne de qualification » et ne peut pas donc servir de base à une nouvelle poursuite s'il change.

³¹⁹ V. J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, T. II, Ed. Dalloz, éd.2^e, 1997, n. 38.

³²⁰ V. Cons. Const., Déc. du 28 juillet 1989 n. 89-260. V. notamment le commentaire à tel propos de B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse*, en RFDA juillet-août 1989, p. 671.

³²¹ V. J. PRADEL, *Procédure pénale*, *Op. Cit.*, p. 801 et suiv..

afin que le cadre pour la correcte application du principe soit complet, il faut considérer que la triple identité dont on a parlé est solidement liée au principe que les décisions sur lesquelles lui-même il intervient doivent être le résultat d'un jugement définitif.

SECTION 2 - Un jugement définitif rendu par des juridictions compétentes

§ 1. Jugement définitif

35. Voies de recours. - La nécessité d'un jugement définitif (c'est-à-dire la nécessité d'un jugement qui soit insusceptible de recours, soit que ceux-ci aient été exercés, soit que leur délai d'exercice ait expiré³²²) est doté d'une importance première pour notre recherche sur les aspects techniques du *ne bis in idem*³²³. Cette règle ne saurait donc faire d'obstacle à ce qu'une juridiction d'appel ou de cassation connaisse des faits qui ont déjà été jugés par une juridiction de premier degré.

L'exigence relative aux voies de recours n'est pas formulée expressément par l'article 6 du code de procédure pénale, mais elle est consacrée par la jurisprudence³²⁴ ; et surtout par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Le Pacte

³²² V. Cass. crim., 14 décembre 1903.

³²³ On le rappelle ici : le présent titre est consacré à l'analyse du *ne bis in idem* dans l'ordre interne. On ne doit donc s'occuper que de l'hypothèse de l'autorité de la chose jugée d'un jugement rendu en France pour un ou plusieurs faits qui ont été commis en France. L'analyse de la règle dont on parle au niveau européen sera objet de la tractation de la deuxième partie de cet écrit, sous le titre « La conception européenne du principe *ne bis in idem* ».

³²⁴ V. S. GUINCHARD et J. BOISSON, *Procédure pénale*, *Op. cit.*. Ces auteurs notent que l'autorité de la chose jugée s'exprime généralement dans les arrêts avec la formule suivante : « Ce principe met obstacle, fut-ce en méconnaissance de la loi, à ce que des poursuites soient reprises devant une juridiction qui a précédemment épuisé sa saisine par une décision définitive ». Pour exemple, V. notamment Cass. crim., 18 décembre 1989, *Bull. crim.* n. 483 ; ou encore Cass. crim., 2 juin 1999 en *Droit pénal 2000*, Comm. n. 24, Obs. MARON.

de New-York³²⁵ : tous les deux, en effet, exigent, pour l'application du principe en question, que la personne ait été acquittée ou condamnée « par un jugement définitif ».

Cette décision définitive doit être un jugement, c'est-à-dire une décision de justice qui statue sur le fond³²⁶, sur la matérialité des faits et la culpabilité de la personne poursuivie.

On doit voir ce qu'il se passe dans certains cas particuliers ; il faut examiner ce qu'il se passe quand l'autorité des décisions est antérieure à la décision sur le fond : en particulier, on se réfère aux décisions de non-lieu et de renvoi.

36. Décisions de non-lieu. - Dans le premier cas, il faut distinguer deux diverses hypothèses : si l'ordonnance ou arrêt de non-lieu est motivé en droit³²⁷, de nouvelles poursuites sont en principe impossibles. Il en va cependant autrement si des circonstances nouvelles permettent une qualification nouvelle : ainsi, après un non-lieu pour prescription, on découvre une charge nouvelle qui change la nature de l'infraction, par exemple une circonstance aggravante qui fait du vol simple (prescription prévue de trois ans) un vol qualifié (prescription prévue de dix ans) ; la réouverture de l'information est alors possible dans les limites de la prescription criminelle³²⁸. Il s'agit d'un cas très particulier examiné par la doctrine³²⁹. Une telle décision, bien que rendue par une juridiction d'instruction, statue sur le fond en indiquant que la poursuite n'est pas possible et rend ainsi la règle *ne bis in idem* applicable. Il en est de même pour les décisions de refus d'informer qui sont fondées sur la circonstance que les faits dénoncés ne peuvent recevoir aucune qualification pénale et qui, d'après la Cour de cassation,

³²⁵ Le Pacte de New-York est entré en vigueur en France le 4 février 1981.

³²⁶ V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, procédure pénale*, *Op. cit.*, n.888, p.1045 et suiv..

³²⁷ Avec cette expression, on va se référer, à titre exemplificatif, aux faits justificatifs, à l'amnistie, à la prescription etc..

³²⁸ V. Cass. crim., 16 juillet 1932.

³²⁹ V. notamment R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel procédure pénale*, *Op. cit.* . Les auteurs posent l'accent sur l'hypothèse dont on a parlé : le non-lieu fondé sur la prescription lorsque le délit correctionnel poursuivi s'avère être un crime suite à la découverte d'une circonstance aggravante. Par conséquent il change le délai de la prescription.

s'opposent (à raison de l'autorité de la chose jugée qui s'y attache) à toute nouvelle poursuite à raison des mêmes faits sous quelque qualification que ce soit³³⁰.

Si, par contre, l'ordonnance ou arrêt de non-lieu est motivée en fait³³¹, son autorité n'est que provisoire : la survenance des éléments nouveaux permet en effet au Ministère public³³² de requérir la réouverture de l'information.³³³ Dans ce cas alors l'application du principe *ne bis in idem* n'est pas permise ; des nouvelles poursuites ne sont possibles qu'en cas d'apparition d'éléments nouveaux.

37. Décisions de renvoi. - En ce qui concerne la deuxième hypothèse, les ordonnances et les arrêts de renvoi n'ont pas autorité de chose jugée, parce que s'ils obligent la juridiction de jugement à statuer, ils la laissent libre de statuer à sa guise. Cette liberté d'appréciation se comprend parfaitement puisque les juridictions d'instruction apprécient des charges, c'est-à-dire le bien-fondé apparent d'une mise en examen, alors que les juridictions de jugement statuent sur la culpabilité. Les juridictions de jugement peuvent donc contredire les décisions d'instruction en affirmant que l'action publique est irrecevable ou éteinte, ou encore en modifiant la qualification, en écartant des circonstances aggravantes ou causes d'exemption ou de réduction de peine, en se déclarant incompétente³³⁴⁻³³⁵⁻³³⁶.

Ce sont donc les décisions rendues par les juridictions de jugement qui statuent sur le fond qui sont dotées de l'autorité de la chose jugée dans le sens le plus fort du terme et

³³⁰ V. Cass. crim., 3 février 1998, *Bull. crim.* n. 38 ; Procédures 1998, Comm. 123, *Obs.* BUISSON.

³³¹ Ici on se réfère, pour exemple, à l'insuffisance des charges actuelles.

³³² Cette prérogative est concédée seulement au Ministère public ; la partie civile ne pourra pas faire ça en vertu de la correcte application de l'article 190 du code de procédure pénale qui récite textuellement : « Il appartient au ministère public seul de décider s'il y a lieu de requérir la réouverture de l'information sur charges nouvelles. ».

³³³ V. J. PRADEL, *Procédure pénale, Op. Cit.*, p. 805.

³³⁴ Sauf la cour d'assises, selon l'article 594 du code de procédure pénale.

³³⁵ L'article 594 du code de procédure pénale récite textuellement : « En matière criminelle, l'arrêt de renvoi de la chambre de l'instruction, devenu définitif, fixe la compétence de la cour d'assises et couvre, s'il en existe, les vices de la procédure antérieure. ».

³³⁶ V. J. PRADEL, *Procédure pénale, Ibidem*.

qui interdisent ainsi le renouvellement des poursuites à l'encontre d'une même personne pour les pour les mêmes faits³³⁷. La règle *ne bis in idem* ne s'oppose pas, donc, à ce qu'un jugement sur le fond soit rendu après un classement sans suite³³⁸ ou une décision intervenant au cours de l'instruction ou de la procédure de jugement qui ordonne des mesures préparatoires comme un supplément d'information³³⁹, après la déclaration d'incompétence rendue par une juridiction de jugement³⁴⁰, ou encore après une décision de donné acte³⁴¹. La solution est la même pour les décisions de renvoi rendues par les juridictions d'instruction : comme l'on a vu, elles ne comportent aucun jugement au fond et elles ne prononcent pas une peine à l'encontre de la personne poursuivie. La règle *ne bis in idem* ne saurait donc empêcher qu'une juridiction de jugement statue par la suite³⁴².

38. Autres décisions. - En ce qui concerne en fin des autres décisions, qui sont de nature à entraîner l'application de la règle *ne bis in idem*, elles doivent être assimilées à un jugement définitif. Il en est ainsi des amendes forfaitaires prévues pour certaines contraventions de police. Le juge doit alors déclarer l'action publique éteinte lorsque la personne poursuivie justifie avoir payé cette amende³⁴³. Il en est de même en présence d'une transaction proposée par certaines administrations auxquelles la loi accorde le droit de transiger à propos de certaines infractions³⁴⁴, telle une transaction douanière qui éteint l'action publique³⁴⁵.

³³⁷ V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, procédure pénale*, *Op. cit.*, n.891, p.1047.

³³⁸ V. Cass. crim., 5 décembre 1972, *Bull. crim.* n. 375.

³³⁹ V. Cass. crim., 4 juin 1964, *Bull. crim.* n. 192.

³⁴⁰ V. Cass. crim., 1 octobre 1975, *Bull. crim.* n. 197.

³⁴¹ V. Cass. crim., 9 novembre 1976, *Bull. crim.* n. 319.

³⁴² V. encore J. PRADEL, *Procédure pénale*, *Op. cit.*, n. 962, p. 805.

³⁴³ V. Cass. crim. 8 décembre 1992, *Bull. inf. cass.*, 15 mars 1993.

³⁴⁴ V. J. PRADEL, *Procédure pénale*, *Op. cit.*, n. 237, p. 205; l'auteur indique que la transaction empêche une poursuite ultérieure de l'infraction, même sous une qualification différente, en application de la règle *ne bis in idem*.

³⁴⁵ V. Cass. crim., 7 mars 1984, *Bull. crim.* n. 96.

39. Décisions au fond - Et qu'est-ce qu'il se passe alors quand on se réfère aux décisions au fond ? La réponse ne peut être que la suivante : dès lors qu'un jugement définitif est rendu, la règle *ne bis in idem* reçoit application pour mettre obstacle à une deuxième poursuite engagée, naturellement, entre les mêmes parties, pour la même cause et ayant le même objet³⁴⁶.

Le cercle va ainsi à se clôturer : lorsque les conditions d'applications sont réunies, la règle *ne bis in idem* a pour effet d'éteindre l'action publique³⁴⁷. Ceci a pour conséquence d'interdire que l'individu soit poursuivi à nouveau pour les faits qui sont l'objet de la décision définitive et ceci même s'ils sont envisagés sous une qualification différente³⁴⁸.

§ 2. Le « ne bis », règle de fond

40. Le *ne bis in idem* : l'obstacle au cumul de qualifications. - La fonction de règle de fond du principe de l'autorité de la chose jugée peut alors rejoindre sa fonction de règle de procédure. En effet, cette dernière interdit (en présence d'un concours idéal d'infractions) que le fait qui a été déjà jugé soit repris sous une autre qualification par une juridiction différente. Elle met donc obstacle au cumul de qualifications qui serait prononcé par deux juridictions distinctes, comme elle empêche à une même juridiction de procéder à un tel cumul en cas d'atteinte à une seule valeur sociale par un fait unique.

³⁴⁶ On a parlé exhaustivement de la « tripartition » dans la *SECTION 1*) du présent Chapitre.

³⁴⁷ V. l'article 6 du code de procédure pénale, lequel dispose que l'action publique s'éteint par la chose jugée.

³⁴⁸ V. l'article 368 du code de procédure pénale, plusieurs fois déjà rappelé dans cette partie et déjà examiné dans la *SECTION 2*) du Chapitre 1.

41. Pourvoi en révision. - Toutefois, le principe du *ne bis in idem* ne saurait faire obstacle à ce que, dans certaines circonstances, la chose définitivement jugée soit à nouveau reprise avec une nouvelle poursuite : on parle ici d'une hypothèse très particulière. Conformément à l'article 4 § 2 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, lorsque des faits nouveaux ou nouvellement révélés, ou un vice fondamental dans la première procédure sont de nature à affecter le jugement intervenu : les articles 622 - 626 du code de procédure pénale organisent un pourvoi en révision à l'égard d'une décision définitive, qui n'est pas susceptible d'aucune autre voie de recours et qui est erronée.

Cette procédure a pour objet la réparation d'une erreur judiciaire, qui se manifeste par la condamnation d'un innocent. En effet, il n'est pas admissible que la règle *ne bis in idem* soit d'obstacle à ce que soit rejugée l'affaire qui a donné lieu à une décision de condamnation d'un innocent. La présomption de vérité³⁴⁹ accordée aux décisions de justice qui la fonde doit être écartée ; toutefois, en raison de l'autorité des décisions de justice irrévocables, en vertu de la force du principe du jugé pénal, les conditions d'admission du pourvoi sont strictes³⁵⁰.

Ce pourvoi est alors ouvert dans quatre cas au bénéfice de toutes les personnes qui sont reconnues coupables de crimes ou de délits : lorsque, après une condamnation pour homicide, des pièces de nature à faire naître des indices suffisants de l'existence de la prétendue victime sont représentées ; lorsque, après une condamnation pour un crime ou un délit, une décision de justice qui a condamné postérieurement une autre personne pour les mêmes faits apparaît inconciliable avec la première décision de condamnation, démontrant ainsi l'innocence d'un des condamnés ; lorsque, après une condamnation,

³⁴⁹ V. surtout Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ.* n. 103. La vérité et la justice furent associées par le Procureur général Baudoin lors de l'affaire Dreyfus, ce fut le triomphe de la vérité et de la justice. Il existe un lien très fort dans le droit français entre ces deux notions. Une présomption de vérité s'attache à la chose jugée : le jugement doit être tenu pour vrai. Mais ce n'est qu'une présomption et l'article 1350 du code civil ne pose qu'une présomption légale, ce qui souligne les limites des rapports entre la vérité et la justice. Ces limites tiennent à différentes raisons notamment aux preuves : la vérité n'est pas nécessairement la même selon l'angle sous laquelle on l'envisage. Vérité ou Liberté a opposé en droit pénal la vérité à découvrir du magistrat et la vérité judiciaire à construire de l'avocat : chacun voit la vérité où il souhaite la voir. La notion de vérité peut être abordée sous l'angle de la vérité et du droit, la vérité juridique. On peut y rattacher la bonne foi, la conscience, la sagesse, l'équité, la recherche du bien, la loyauté.

³⁵⁰ V. J. PRADEL, *Procédure pénale*, *Op. cit.*, n. 946, p. 790 ; V. aussi J. C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, éd. 15^{ème}, 2000, en LGDJ n. 922 p. 402.

un des témoins entendu est condamné pour faux témoignage contre l'accusé ou le prévenu ; lorsque, enfin, un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès (qui est de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné) vient à révéler³⁵¹.

La *règle ne bis in idem*, fondée sur la protection des libertés individuelles et des considérations de justice et d'équité, est alors mise en échec afin de protéger les libertés individuelles.

En effet, l'autorité de la chose jugée ne saurait aller jusqu'à permettre la condamnation définitive et irrévocable d'un innocent.

³⁵¹ Tout ça est textuellement disposé par l'article 622 du code de procédure pénale, sous le titre « Des demandes en révision ».

CONCLUSION PARTIE I

42. La valeur de la chose jugée. - Le droit pénal est le domaine privilégié de la règle *ne bis in idem*, comprise tant dans sa fonction de règle de fond, tant dans sa fonction de règle de procédure : d'une part on a la gémation de la peine, de l'autre coté nous avons la pluralité des poursuites.

Conçue comme règle de fond, elle interdit au juge (lorsque un même fait est susceptible de recevoir plusieurs qualifications) d'en retenir deux ou plusieurs dans la déclaration de culpabilité, commandant ainsi la résolution de ces concours ; comme règle de procédure, elle est l'expression de l'autorité de la chose jugée et interdit, à partir du moment dans lequel un fait a été l'objet d'une décision du juge pénal, de le rejuger et de le sanctionner une nouvelle fois.

Mais quelle est la valeur réelle du principe dont on parle ? Au niveau des sources primaires, est-ce qu'il s'agit d'une règle de valeur constitutionnelle, de valeur supra-législative ou simplement législative ?

Le Conseil d'Etat s'était déjà intéressé à la question en 1958, quand il avait érigé le *ne bis in idem* au rang de principe général de droit, avec l'arrêt Commune de Petit-Quevilly du 23 avril 1958 : selon le Conseil d'Etat, cette règle est même de valeur législative, étant consacrée dans certains domaines par des textes de loi³⁵².

Selon la lettre de l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et selon l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH, la règle *ne bis in idem* a une valeur supra-législative : il s'agit de deux instruments ratifiés par la France qui, en vertu de l'article 55 de la Constitution³⁵³, obtiennent une valeur supérieure à celle des lois interne.

³⁵² Le Conseil d'Etat se réfère notamment aux articles 113-9 du code pénal et 6, 368, 392 du code de procédure pénale.

³⁵³ L'art. 55 de la Constitution récite textuellement : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application pour l'autre partie. ».

En outre, dans une première décision rendue le 28 juillet 1989³⁵⁴, le Conseil constitutionnel a refusé de consacrer la valeur constitutionnelle du principe ; mais par une décision du 23 juillet 1996³⁵⁵, le même Conseil a jugé qu'une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale³⁵⁶ (donc, il n'est pas possible de cumuler les sanctions pénales avec celles extra-pénales); par conséquent, on peut considérer que le principe *ne bis in idem* a aussi une valeur constitutionnelle.

Mais alors, quelle est la valeur du principe ? Il faut affirmer que le *ne bis in idem* a une portée absolument générale : il est en même temps un principe qui a valeur législatif, supra-législatif et constitutionnel ; il est un principe absolu.

La substance, de toute façon, est qu'une personne définitivement jugée pour un certain fait ne peut plus être poursuivie à raison du même fait. Que la personne ait été condamnée ou pas, toute nouvelle action contre elle se heurterait à l'exception de chose jugée, qui est donc d'ordre public. La nouvelle action publique n'est interdite, évidemment, que si elle est dirigée contre la même personne à raison du même fait, car une nouvelle poursuite contre une autre personne à raison du même fait (coauteur ou complice) est bien sur permise. De même, une nouvelle poursuite est conçue contre la même personne si la cause est une infraction totalement distincte de la première.

Tout ça est bien exprimé et condensé, l'on a dit plusieurs fois, dans l'adage *ne bis in idem*.

³⁵⁴ Déc. n. 89-260, relative à la Commission des opérations de bourse.

³⁵⁵ Déc. n. 96-378, relative aux télécommunications.

³⁵⁶ On a déjà examiné le cas dans la *SECTION 1*) du Chapitre 2, lorsqu'on a parlé de cumul des sanctions pénales et extra-pénales.

PARTIE II

La conception européenne du principe « *Ne bis in idem* »

43. Plan. - La deuxième partie de ce mémoire sera consacrée à l'approfondissement des thématiques qui concernent le *ne bis in idem* au niveau européen : dans le *Chapitre 1* on parlera de la réception textuelle de ce principe-ci, avec un regard particulier aux articles qui sont à la base du développement de la « chose jugée », cette fois vue d'un angle plus international par rapport à ce qu'on a vu dans la première partie (on examinera donc les dispositions normatives les plus importantes, comme l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore l'article 54 de la CAAS³⁵⁷) et en cherchant à établir les influences qu'elles ont eu sur le système français; ensuite on verra comme la réception jurisprudentielle du brocard peut avoir une influence fondamentale sur l'interprétation (toujours en évolution) du principe (*Chapitre 2*), sur la base des arrêts qui ont été rendus par les juridictions françaises et italiennes et surtout sur la base de l'interprétation que nous a donnée la Cour de Justice de la Communauté Européenne, vue naturellement par rapport à la juridiction de référence (celle française).

³⁵⁷ Convention d'Application de l'Accord de Schengen.

CHAPITRE 1

La réception textuelle

44. Questions préliminaires. - Dans ce chapitre on parlera exclusivement de la réception textuelle du principe de l'autorité de la chose jugée : en particulier on verra que les bases d'où on doit partir pour une compréhension totale du même principe, vu au niveau européen, doivent être forcément retrouvées dans les articles 4 du protocole 7 à la Convention EDH et dans l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, tous les deux sur un même plan (*Section 1*) ; ensuite on concentrera l'attention sur la compréhension de l'article 54 de la CAAS, acquis de l'accord de Schengen devenu désormais le vrai pilier sur lequel toute la jurisprudence de la CJCE a développé (et continue à développer) toute la série d'arrêts qui sont la base réelle de la conception du *ne bis in idem* (*Section 2*). Bien sûr, soit la section 1) soit la section 2), seront prises en considération en cherchant de découvrir les rapports qu'il y a entre les compétences éventuellement concurrentes des juridictions européennes et françaises, en essayant de déterminer les compétences des juridictions par rapport à ce qu'affirme la doctrine.

SECTION 1 - L'article 4 de la CEDH et l'article 50 de la Charte des droits

fondamentaux de L'Union Européenne

45. Aspects internationaux. - Après avoir vu ce qu'il se passe avec l'application du principe *ne bis in idem* au niveau de la législation française, et avant de commencer à parler des articles de référence dans le domaine européen, il faut se poser des questions de base : la règle de l'autorité de la chose jugée s'oppose-t-elle à la poursuite en France de l'auteur d'une infraction qui a déjà été jugée à l'étranger ? Et donc, une décision étrangère (soit elle de condamnation, d'acquiescement de relaxe ou encore de non-lieu) a-t-elle en France l'autorité de la chose jugée au criminel sur le

criminel ? Cette décision met-elle obstacle à une nouvelle poursuite intentée en France contre la même personne pour les mêmes faits ?

Dans l'absolu, la réponse ne peut être que positive. C'est proprement dans la définition de *ne bis in idem* que son domaine vient déterminé dans son aspect de règle de procédure, qui ne doit pas être cantonné au territoire d'un Etat et ne connaît pas donc de restrictions géographiques. Toutefois, les choses ne sont pas si simples : il faut forcément tenir compte des intérêts fondamentaux des Etats mêmes qui entrent en conflit avec la protection de la personne poursuivie (qui se trouve plusieurs fois poursuivie). Ainsi, l'exercice par l'Etat de la souveraineté pour les infractions commises sur son territoire, la méfiance envers les systèmes de certains pays, la crainte d'un jugement étranger complaisant à l'auteur d'un fait illicite³⁵⁸ ou la protection des intérêts juridiques retenus supérieurs³⁵⁹, peuvent écarter la règle *ne bis in idem* lorsqu'un fait déjà jugé à l'étranger est une autre fois poursuivi en France.

Quelle est alors la réponse aux questions qu'on a posées ? Comment concilier les exigences multiples qu'en hypothèse peuvent entrer en conflit entre elles-mêmes ? La réponse ne peut que dériver de l'interprétation des textes les plus importants, qui ont des origines différentes et parfois contradictoires et imprécises. On a examiné la législation interne dans la première partie ; ici on va faire référence aux aspects internationaux.

§1. La CEDH: son article 4

46. Evolution et fondements. - Le processus d'intégration européenne a commencé en 1950 et initialement il avait une connotation strictement économique : dans cette période historique (une période très importante, à bien voir, pour comprendre les évolutions sociales qui nous ont conduit jusqu'aujourd'hui) il y avait beaucoup de préoccupations sociales, liées à l'après-guerre, et on essayait à projeter une reprise économique bien liée à l'efficacité des mécanismes de compétition. On avait donc une

³⁵⁸ V. M. PRALUS, *Etude en droit International et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis*, en Rev. sc. crim. 1996 p. 551 et suiv.

³⁵⁹ On parle surtout des intérêts fondamentaux de la Nation.

perception des libertés fondamentales connectées à une reprise économique qui devait, en théorie, favoriser le développement de la concurrence dans un espace ouvert et libre. L'intention initiale était de relier l'ordonnancement communautaire aux fonctions de directive : même les Pères-fondeurs du Traité de Rome attribuaient à la Communauté des compétences exclusives assez limitées, en cherchant à favoriser la réception des Etats-membres dans le domaine des compétences eux-mêmes réservées. Toutefois, ce n'était pas possible de développer un mécanisme si complexe sans donner la juste attention aux principes de tutelle des droits fondamentaux : le secret c'était l'harmonisation des principes fondamentaux qui sont à la base du développement de l'être humain avec les principes économiques qui auraient pu permettre le correct développement économique du même être humain, en cherchant à mélanger les deux.

D'un point de vue juridique *stricto sensu*, la naissance d'un système de tutelle des droits fondamentaux dérive aussi de l'activité juridique de la Cour de Justice Européenne³⁶⁰ qui à partir de l'arrêt *Stauder*³⁶¹ affirme que «... Les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit dont la Cour établit garantit l'observance dans le domaine communautaire.». La loi qui a autorisé la ratification par la France de la CEDH a été promulguée le 30 décembre 1973. Le décret du 3 mai 1974 a publié les textes de la Convention et des Protocoles de 1 à 4 au Journal Officiel. Par contre, le protocole additionnel n° 7 à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales³⁶² (signée précisément à Rome le 4 novembre 1950) a été ratifié par la France le jour même de son entrée en vigueur, c'est à dire le 1^{er} novembre 1988³⁶³ ; on se retrouve donc dans une période historique très différente. Le Protocole dont on parle est résolu à prendre de nouvelles mesures propres à assurer la garantie de certains droits et libertés sur la base des développements du Traité de référence. L'article 4, en particulier, sous le titre « Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois » déclare textuellement :

³⁶⁰ D'or en avant CJCE.

³⁶¹ V. Aff. *Stauder c/ Ville de Ulm*, 12 novembre 1969, n. 29/69.

³⁶² D'or en avant CEDH.

³⁶³ La ratification n'a pas été effectuée par tous les Pays en même temps : pour exemple, en Lituanie la Convention a été signée le 14 mai 1993 et la ratification a été effectuée le 27 avril 1995, donc bien 45 ans après la première signature à Rome. A ce propos, V. D. JOČIENE', *European Convention of human rights: aims, the rights, application in Lithuania*.

« Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat 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 cet Etat.

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.

Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15³⁶⁴ de la Convention.».

47. Doutes interprétatifs. - C'est clair, déjà après l'énonciation de l'article en question, comment à partir du 1988, il y a dans l'ordonnement international une considération globale du principe du *ne bis in idem*. Toutefois, à bien voir, l'article 4 § 1 du Protocole à la CEDH ne se réfère qu'aux hypothèses des punitions émises «...par les juridictions du même Etat...»: ça signifie substantiellement que le Traité (et par conséquence), dans la partie qui se réfère au principe de l'autorité de la chose jugée, limite ses effets aux juridictions d'un même Etat, n'en considérant pas les éventuels rapports avec les autres pays.

En effet, l'article 14 § 7 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques³⁶⁵ (dit communément Convention de New-York) reconnaît littéralement l'autorité négative

³⁶⁴ L'article 15 de la CEDH dispose textuellement: « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (§ 1) et 7.

Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application. ».

³⁶⁵ Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été adopté à New-York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A. Il est entré en vigueur après

de la chose jugée à tous les jugements pénaux définitifs, n'en prenant pas en considération les éventuelles restrictions géographiques du domaine de la règle qu'il énonce. En ce qui concerne ce problème, le Comité des droits de l'homme a émis une recommandation (qui ne lie pas les Etats) dans laquelle il indique que l'article 14 § 7 de la convention de New-York n'a pas une portée internationale et « n'interdit les doubles condamnations pour un même fait que dans les cas des personnes jugées dans un Etat donné³⁶⁶ » ; c'est aussi cette interprétation qui fait naître des doutes sur la portée de l'application de ce texte.

Quelque ultérieure spécification d'ordre jurisprudentiel est opportune. En ce qui concerne l'interdiction de la double punition, la CEDH a précisé (dans un cas d'homicide par imprudence commis en cas d'ébriété)³⁶⁷ que la même personne ne peut pas être punie deux fois par deux instances différentes : en faisant sauf le principe du cumul des infractions, il y a eu deux comportements illicites, mais les deux condamnations se fondent sur le même comportement. S'il est interdit de juger deux fois une même infraction, il est en revanche possible de juger deux infractions provenant d'un même fait ; ça veut dire que l'identité du fait matériel ne peut pas être chevauchée au critère de l'identité de l'infraction : c'est l'expression de la CEDH à propos d'un cas d'absence de maîtrise du véhicule et commission, par négligence, de lésions corporelles³⁶⁸ (dans ce cas, au contraire du premier, il n'y a pas une violation de l'article 4 du Protocole 7 à la Convention EDH). Encore, le refus de juges internes de prononcer la confusion des deux peines de prison semble porter atteinte à l'article 4 du Protocole 7 : mais dans une telle hypothèse (la Cour s'est exprimée sur le cas de l'application de la contrainte par corps, en exécution du paiement des amendes douanières infligées parallèlement à des peines de prison successives en punition des

la ratification par 35 Etats le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49, et en France le 4 février 1981. Il est en principe applicable directement par les juridictions des Etats signataires.

L'article 14 § 7 du Pacte déclare textuellement : « 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. ».

³⁶⁶ V. CEDH, 2 novembre 1987, Aff. *P. c/Italie*, n. 204/1986 et CDH, 18 juillet 1994, Aff. *Glaziou c/France*.

³⁶⁷ V. CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche* en JCP 1996, I, 3910, n. 43.

³⁶⁸ V. CEDH, 30 juillet 1998, *Oliveira c. Suisse*, en JCP1999, I, 105, n- 58.

mêmes faits délictueux)³⁶⁹, en fondant sa décision sur le principe que le système de la contrainte par corps est archaïque, elle a jugé qu'il n'y avait pas violation du même article³⁷⁰. Enfin il faut préciser que, pour que les conditions du *ne bis in idem* soient remplies, un arrêt doit être définitif³⁷¹, donc il doit empêcher un autre jugement ou une autre condamnation : la décision doit être conçue, forcément, comme ayant acquis la force de *res judicata*³⁷²⁻³⁷³.

§ 2. La Charte des droits Fondamentaux de L'Union européenne et son article 50

48. Histoire, adhésions. - La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne a été approuvée et signée à Nice le 7 décembre 2000, a été publiée dans le JOCE³⁷⁴ n. 364 du 18 décembre 2000 et est entrée en vigueur le 1^{er} février 2003 après la ratification des 15 Etats-membres, donc presque cinquante ans après la signature de la CEDH, quand l'intégration économique des Etats-membres est désormais presque complétée : il manque simplement encore le sens de société civile, l'identité des personnes par rapport à la reconnaissance des valeurs largement reconnues. La Charte de Nice (développée sous les principes fondamentaux de la dignité, de la liberté, de l'égalité, de la solidarité, de la citoyenneté et de la justice) apporte des éléments de discontinuité qu'on les peut classer en trois typologies : de méthode, de substance et de temps. La première typologie de discontinuité fait référence à la création d'un mécanisme de totale innovation pour la rédaction de la Charte-même ; la deuxième se

³⁶⁹ V. CEDH, 2 juillet 2002, *Goktan c. France*.

³⁷⁰ V. J. F. RENUCCI, *Le principe "non bis in idem" et les juridictions nationales*, en *Bull. crim.* n. 25, AJ Pénal 2005.196, obs. C. Porteron.

³⁷¹ L'on verra mieux dans le Chapitre 2 quand on parlera des arrêts de la CJCE rendus à propos de l'interprétation des articles de la CAAS.

³⁷² V. CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitin c. Russie*.

³⁷³ En ce qui concerne la conception de l'« *idem factum* », rendue par la CJCE, V. Partie II, Chapitre 2, *Section 1*, § 2, n. 57 et suiv..

³⁷⁴ Journal Officiel des Communautés Européennes.

réfère à la possibilité que le citoyen puisse récupérer son rôle central par rapport au développement de la Communauté ; la troisième fait référence au temps, entendu comme une accélération incroyable par rapport à la création de la nouvelle « Table des droits ». Sous ce dernier aspect, en effet, il ne passe que dix-huit mois de la décision prise et suite au mandat délivré par le Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999. La Convention, constituée sur la base des conclusions du Conseil européen de Tampere³⁷⁵ des 15 et 16 octobre 1999, a commencé ses travaux en décembre 1999 et a adopté le projet de Charte le 2 octobre 2000. Après une approbation par le Conseil européen de Biarritz des 13 et 14 octobre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été solennellement proclamée et signée, comme l'on a dit, à Nice le 7 décembre 2000 par les Présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, en marge de l'adoption du nouveau traité dit "Traité de Nice". Mais il ne faut pas oublier que, avant d'établir tout ça sous la Présidence chargée dans cette période, on a vu la progressive introduction des droits fondamentaux parmi les principes généraux de l'ordonnement communautaire par la CJCE ; en ce sens, il faut considérer le préambule à l'Acte Unique européen³⁷⁶, où les Etats-membres affirment être prêts et « décidés à la promotion de la démocratie en se basant sur les droits fondamentaux ». Et c'est dans le Traité sur l'Union européenne³⁷⁷, notamment dans les

³⁷⁵ Le Conseil européen, sous la direction de Madame Nicole Fontaine, Président du Parlement européen dans la même année, s'est réuni extraordinairement à Tampere les 15 et 16 octobre 1999 pour la création d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne.

³⁷⁶ L'Acte unique européen (AUE) a été signé à Luxembourg en février 1986 et est entré en vigueur le 1er juillet 1987. Il se nomme l'Acte unique européen car c'est la première fois que l'on retrouve dans un traité des dispositions communautaires (supranational) et des dispositions intergouvernementales (international). Il est dû en grande partie à Jacques Delors qui a souhaité relancer le processus d'intégration européenne après la période d'« euroscepticisme » qui avait suivi les chocs pétroliers des années 1970. L'acte unique a modifié le traité de Rome de 1957 qui instituait la Communauté économique européenne, en a approfondi les objectifs et a ouvert la voie à la réalisation du marché unique. Les quatre libertés mentionnées sont : libre circulation des marchandises et des services ; libre prestation (banques assurances, finances, transports du pays d'accueil) et liberté pour une entreprise de s'installer dans le pays de son choix ; libre circulation des personnes ; libre circulation des capitaux. L'AUE enfin a ouvert le chemin au Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht en 1992.

³⁷⁷ Le traité sur l'Union européenne (TUE), aussi appelé traité de Maastricht, est le traité constitutif de l'Union européenne. Il affirme les objectifs de l'Union, définit les trois « piliers » (CE - Communauté Européenne -, PESD - Politique étrangère et de sécurité commune - et UEM - Union économique et monétaire -) de son action et donne un cadre institutionnel au Conseil européen ainsi qu'à la procédure de coopération renforcée. Les autres institutions et règles communautaires relèvent du traité instituant la Communauté européenne ou traité de Rome, modifié par le traité de Maastricht. Le traité de Maastricht a été signé par l'ensemble des Etats membres de la Communauté économique européenne (Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Danemark, Irlande, Royaume-Uni, Grèce, Espagne,

articles 6³⁷⁸ et 7³⁷⁹, qu'on peut voir l'affirmation des droits fondamentaux dont on a parlé, en établissant le même Traité des sanctions pour les pays qui violent les dispositions ici contenues.

Portugal) à Maastricht (Pays-Bas), le 7 février 1992, après un accord conclu lors du Conseil européen de Maastricht, en décembre 1991. Il a été modifié ultérieurement par les traités d'Amsterdam (signé le 2 octobre 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999) et de Nice, qui ont introduit des dispositions nouvelles et ont modifié les numéros de l'ensemble des articles. Le principe d'un nouveau traité modificatif a été adopté lors du Conseil européen de Bruxelles du 23 juin 2007. Ce traité modificatif a été signé lors du Conseil européen de Lisbonne du 13 décembre 2007 et entrera en vigueur s'il est ratifié par les Etats membres.

³⁷⁸ L'article 6 du Traité de Maastricht affirme : « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres.

L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.

L'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres.

L'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et pour mener à bien ses politiques. ».

³⁷⁹ L'article 7 du Traité de Maastricht récite : « Le Conseil, réuni au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement et statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des Etats membres ou de la Commission et après avis conforme du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un Etat membre de principes énoncés par l'article 6, § 1, après avoir invité le gouvernement de cet Etat membre à présenter toute observation en la matière.

Lorsqu'une telle constatation a été faite, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application du présent traité à l'Etat-membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet Etat-membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales. Les obligations qui incombent à l'Etat membre en question au titre du présent traité restent en tout état de cause contraignante pour cet Etat.

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider par la suite de modifier les mesures qu'il a prises au titre du § 2 ou d'y mettre fin pour répondre à des changements de la situation qui l'a conduit à imposer ces mesures.

Aux fins du présent article, le Conseil statue sans tenir compte du vote du représentant du gouvernement de l'Etat membre en question. Les abstentions des membres présents ou représentés ne font pas obstacle à l'adoption des décisions visées au § 1. La majorité qualifiée est définie comme la même proportion des voix pondérées des membres du Conseil concernés que celle fixée à l'article 205, § 2, du traité instituant la Communauté européenne. Le présent paragraphe est également applicable en cas de suspension des droits de vote conformément au § 2.

49. La portée générale de l'article 50. - L'article 50 de la Charte de Nice est clair dans sa portée générale, plus large que les deux traités pris en considération (la CEDH et le Pacte de New-York) précédemment. Il dispose textuellement :

« 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. ».

Comme l'on peut voir, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne étend l'application de la règle *ne bis in idem* aux jugements pénaux rendus dans les Etats de l'Union européenne. Donc on passe des jugements rendus par les juridictions d'un Etat-membre contenus dans la prévision de la CEDH à la prévision contenue dans la Charte de Nice ; le domaine n'est plus circonscrit, mais par contre il est étendu aux « juridictions européennes » : le principe de l'autorité de la chose jugée est finalement considéré comme un droit fondamental, qui ne peut faire l'objet de dérogation (même en cas de guerre ou d'insurrection)³⁸⁰. Mais, à l'état actuel du droit positif, ce texte ne permet pas encore d'imposer aux Etats de reconnaître l'autorité de la chose jugée aux décisions pénales étrangères rendues par les juridictions des Etats-membres de la Communauté : en effet, il faut dire que la Charte de Nice n'est pas encore totalement intégrée dans les traités communautaires, mais elle nécessite encore un développement juridique additionnel pour devenir effective³⁸¹.

Et alors, pour que la règle *ne bis in idem* fasse obstacle à la poursuite en France d'une infraction qui a déjà été jugée à l'étranger, est nécessaire la réunion de plusieurs conditions, relatives soit à l'infraction, soit à la décision étrangère, vues d'un point de vue national et transnational. L'on verra dans la deuxième section qui va suivre.

Aux fins du présent article, le Parlement européen statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées, représentant une majorité de ses membres. ».

³⁸⁰ V. J. L. DE LA CUESTA, "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem* : rapport général » en RIDP, vol. 73, p.685.

³⁸¹ V. J. L. DE LA CUESTA, "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem* : rapport général », *Op. cit.*, p. 687.

SECTION 2 - La CAAS et son article 54

50. Les progrès. - Entre la Convention EDH et la Charte de Nice, dans ces cinquante ans de développement, l'Europe a fait beaucoup de passes en avant au niveau économique, social et juridique. Sous ce dernier aspect, on n'a pas encore parlé du texte le plus important en ce qui concerne le *ne bis in idem*, celui qui est la base vraie des considérations de la CJCE qui se sont développées surtout dans les derniers quinze ans : on parle de l'Accord de Schengen et, surtout, de la CAAS. Pour bien comprendre les aspects fondamentaux de l'accord et avant de parler de son domaine juridique, il est fondamental de tracer les contours socio-historiques dans lesquels le même accord est né et il s'est développé.

51. La nouveauté européenne de Schengen. - L'Accord de Schengen promulgue l'ouverture des frontières entre les pays signataires. Le territoire ainsi créé est communément appelé «espace Schengen», d'après le nom du village luxembourgeois de Schengen, où l'accord a été signé le 14 juin 1985. Si la première convention de Schengen a été promulguée en 1985, l'espace Schengen a été institutionnalisé au niveau européen par le traité d'Amsterdam du 1997 : le suivant Traité de Lisbonne modifie les règles juridiques concernant l'espace Schengen, en renforçant la notion d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice »³⁸². Celui-ci fait intervenir davantage de coopération policière et judiciaire, et vise à une mise en commun des politiques de visas, d'asile et d'immigration, notamment par le remplacement de la méthode intergouvernementale par la méthode communautaire. Les pays signataires pratiquent une politique commune en ce qui concerne les visas et ont renforcé les contrôles aux frontières limitrophes de pays extérieurs à l'espace. Bien qu'il n'y ait en théorie plus de contrôles aux frontières internes à l'espace Schengen, celles-ci peuvent être mises en place de manière temporaire s'il s'avère nécessaire au maintien de l'ordre public ou de la sécurité nationale. Désormais, les citoyens étrangers qui disposent d'un visa de longue durée pour l'un des pays membres peuvent circuler librement à l'intérieur de la zone.

³⁸² Principes déjà vus et qui sont à la base du suivant Conseil de Tampere du 1999.

Le premier accord de Schengen a été signé le 14 juin 1985 par cinq des membres de la communauté européenne d'alors : la République fédérale d'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas. Après l'accord, sera signée la convention de Schengen en 1990 (la CAAS) ; celle-ci entra en application en 1995. La CAAS a été ratifiée par l'Allemagne, la France (19 juin 1990), l'Italie (27 novembre 1990), l'Espagne et le Portugal (25 juin 1991), la Grèce (6 novembre 1992) et l'Autriche (28 avril 1995) et elle a été signée par le Danemark, la Finlande, la Suède, la Norvège et l'Islande le 19 décembre 1996. L'Italie applique la convention depuis le 1^{er} juillet 1997, l'Autriche et la Grèce l'appliquent depuis le 1^{er} décembre 1997 ; cependant, la levée totale des contrôles des personnes aux frontières intérieures aériennes et maritimes n'est intervenue en Grèce que le 26 mars 2000, alors que l'Italie les levait le 26 octobre 1997 et l'Autriche le 1^{er} décembre 1997. La Norvège et l'Islande, par ailleurs signataires de la Convention de Dublin³⁸³, ont signé un accord de coopération avec les Etats-membres qui ont ratifié l'accord de Schengen en même temps que l'accord signé avec le Danemark, la Finlande et la Suède, compte tenu du fait que ces trois derniers, membres de l'Union européenne, formaient déjà un espace intégré de libre circulation des personnes avec la Norvège et l'Islande avec l'Union nordique des passeports.

L'accord de Schengen fait aujourd'hui partie intégrante des traités de l'Union européenne. L'Irlande et le Royaume-Uni n'ont toutefois pas signé la Convention ; mais Londres a bien signé la Convention de Dublin à propos du droit d'asile. En effet, des difficultés sont survenues à propos du contrôle aux frontières de Gibraltar et de la coopération avec l'Espagne.

La France, en application de la clause de sauvegarde, maintient le dispositif de surveillance de ses frontières terrestres avec la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg, en raison de difficultés dans la lutte contre les trafics.

³⁸³ Signée le 15 juin 1990, la Convention de Dublin détermine les compétences en matière d'asile entre chaque pays. Elle fixe les critères relatifs au pays compétent pour traiter la demande et évite qu'un requérant débouté ne dépose une autre demande d'asile dans un autre Etat de l'Union européenne. Cette convention, remplacée le 1^{er} septembre 2003 par un règlement européen (Dublin II), s'est substituée aux dispositions pertinentes de la Convention d'application de l'Accord de Schengen. D'une manière informelle, on continue de parler de convention de Dublin lorsque l'on parle du règlement Dublin II. La convention est complétée par la base de données « Eurodac » contenant les données biométriques (empreintes digitales) des requérants déjà enregistrés de tous les pays membres et permettant de détecter ceux ayant déjà déposé une demande.

Les négociations avec la Suisse pour sa participation à l'espace Schengen ont abouti le 13 mai 2004. La plupart des votants a approuvé cette adhésion par vote populaire le 5 juin 2005. La Suisse devient ainsi membre de l'espace Schengen, aux mêmes conditions que les autres pays non-membres de l'Union européenne parties à cet accord, l'Islande et la Norvège. Cette adhésion fut effective dès que tous les pays membres ont ratifié l'accord passé avec la Suisse, en février 2008. Puis la procédure d'évaluation a abouti en novembre 2008. Le 12 décembre 2008 la Confédération helvétique a intégré l'espace Schengen. Cependant, les marchandises continuent à être contrôlées car la Suisse n'a pas conclu l'union douanière avec l'Union européenne. Le Liechtenstein est aussi concerné car la Suisse s'occupe depuis 1924 du contrôle de la frontière entre le Liechtenstein et l'Autriche ; en plus, le Liechtenstein a également signé le 28 février 2008 un accord pour son intégration formelle dans l'espace Schengen³⁸⁴.

La Roumanie et la Bulgarie restent hors de l'espace Schengen : peut être, ils commenceront à faire partie de l'espace Schengen à partir du 2011³⁸⁵.

52. Les articles fondamentaux. - En ce qui concerne le *ne bis in idem*, la Convention de Schengen contient une prévision explicite. Les articles 54 - 58 de la CAAS font partie du chapitre 3 de la même Convention, chapitre entièrement (et littéralement) dédié à l'« Application du principe *ne bis in idem* » ; ils constituent la dimension européenne la plus développée dans le domaine de l'Union³⁸⁶ au regard du principe de l'autorité de la chose jugée. En particulier, l'article 54 (par rapport aux autres articles)³⁸⁷ représente l'expression d'un principe fondamental fondé sur deux

³⁸⁴ Donc, définitivement, jusqu'aujourd'hui les pays qui ont ratifié l'accord de Schengen sont : l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas ; l'Italie ; l'Espagne et le Portugal ; la Grèce ; l'Autriche ; Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède ; l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, l'île de Malte, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie, la République Tchèque et la Suisse.

³⁸⁵ V. aussi www.corriere.it.

³⁸⁶ V. J. L. DE LA CUESTA, « *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem : rapport général* », *Op. cit.*, p. 686.

³⁸⁷ - Article 55 de la CAAS : « 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 :

pilastres qui doivent être la base de chaque système juridique : la sécurité juridique et l'équité³⁸⁸. Il énonce textuellement :

« 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

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.

Une Partie Contractante qui a fait une déclaration concernant l'exception mentionnée au § 1, point b), précisera les catégories d'infractions auxquelles cette exception peut s'appliquer.

Une Partie Contractante pourra, à tout moment, retirer une telle déclaration relative à l'une ou plusieurs des exceptions mentionnées au § 1.

Les exceptions qui ont fait l'objet d'une déclaration au titre du § 1 ne s'appliquent pas lorsque la Partie Contractante concernée a, pour les mêmes faits, demandé la poursuite à l'autre Partie Contractante ou accordé l'extradition de la personne concernée. ».

- Article 56 de la CAAS : « 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. ».

- Article 57 de la CAAS : « Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction par une Partie Contractante et que les autorités compétentes de cette Partie Contractante ont des raisons de croire que l'accusation concerne les mêmes faits que ceux pour lesquels elle a déjà été définitivement jugée par une autre Partie Contractante, ces autorités demanderont, si elles l'estiment nécessaire, les renseignements pertinents aux autorités compétentes de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle une décision a déjà été rendue.

Les informations demandées seront données aussitôt que possible et seront prises en considération pour la suite à réserver à la procédure en cours.

Chaque Partie Contractante désignera, au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de la présente Convention, les autorités qui seront habilitées à demander et à recevoir les informations prévues au présent article. ».

- Article 58 de la CAAS : « Les dispositions précédentes ne font pas obstacle à l'application de dispositions nationales plus larges concernant l'effet *Ne bis in idem* attaché aux décisions judiciaires prises à l'étranger. ».

³⁸⁸ V. M. M. PISANI, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e ne bis in idem: recenti orientamenti della Corte di Giustizia sulla nozione di idem factum*, en www.federalismi.it n.10/2006.

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. ».

Autrement dit, cet article nous dit qu'un arrêt définitif rendu par une juridiction d'un Etat-membre peut produire un effet de « blocage » semblable à celui qui est produit par un arrêt rendu par un juge national à l'intérieur de la Nation d'appartenance. L'article 54 de la CAAS vise donc à éviter qu'une personne qui exerce son droit de libre circulation dans l'espace Schengen ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs Etat contractants. Le droit à la libre circulation ne serait pas garanti si l'auteur d'un acte, alors même qu'il a déjà été condamné une fois et purgé sa peine, voire qu'il ait été acquitté dans un Etat-partie, ne pouvait se déplacer à l'intérieur de l'espace Schengen sans craindre d'être poursuivi dans un autre Etat contractant du fait que, par exemple, son acte constitue une infraction distincte dans l'ordre juridique de ce dernier Etat³⁸⁹. L'article 54 CAAS intervient pour essayer à régler cet aspect ; toutefois le même article n'indique pas exactement la signification qu'on doit donner aux notions de « mêmes faits » et « arrêts définitifs » : ces notions sont fondamentales pour bien comprendre (et définitivement établir) le domaine d'application du *ne bis in idem*, car elles sont susceptibles d'être interprétées d'une façon différente selon qu'on se trouve dans un Etat plutôt que dans un autre Etat, parallèlement à la considération de « chose jugée » qui appartient à chaque ordonnancement³⁹⁰.

53. La réunion des conditions pour le *ne bis*. - Mais alors, dans cette incertitude, pour que la règle *ne bis in idem* soit correctement appliquée en France et donc pour qu'elle fasse (ou moins) obstacle à la poursuite en France d'une infraction qui a déjà été jugée à l'étranger, qu'est-ce qu'il faut faire ?

³⁸⁹ V. S. GASTALDI, *Ne bis in idem ou la libre circulation des personnes ayant purgé leur peine*, en www.unige.ch/ceje, Act. n. 296 du 22 mars 2006.

³⁹⁰ V. A. FABBRICATORE, *Il ne bis in idem e Corte di Giustizia: ancora un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva"*, en Dir. Pen. e Proc. n. 9/2005

Est nécessaire la réunion de plusieurs conditions, relatives soit à l'infraction, soit à la décision, naturellement vues d'une façon parallèle des points de vue national et transnational.

CHAPITRE 2

La réception jurisprudentielle

54. Prononces et influences. - On a déjà examiné plusieurs fois et on a fixé comme principe d'ordre général que la maxime *nemo bis in idem debet vexari* est garante de la sûreté juridique des citoyens, en empêchant le double procès et la double sanction imposée à la même personne, en raison du même fait et avec un fondement identique³⁹¹. Toutefois, s'il est vrai qu'on a vu le domaine doctrinal de plusieurs points de vue (on a délimité une ligne imaginaire entre les arrêts de la CEDH - traités dans le Chapitre 1 - et ceux de la CJCE, qui concernent notamment l'identité des faits éventuellement à poursuivre et le « *ne bis* »), il est aussi vrai que notre étude pour devenir complète doit procéder soit à travers l'examen des arrêts qui se sont développées pendant les années (et en particulier dans les derniers dix ans), rendues spécifiquement par la Cour de Justice de Communautés Européennes (*Section 1*), soit à travers les influences que les mêmes arrêts ont eu sur les systèmes internationaux et notamment sur le système français (*Section 2*).

SECTION 1 - L'interprétation autonome de la Cour de Justice de la Communauté européenne

§ 1. La nécessité d'un examen

55. Un principe général et garanti. - La consécration du principe *ne bis in idem* est forte en droit européen pour deux ordres de motivations : il s'agit d'un principe d'ordre général, qui va protéger des intérêts généraux et qui est souhaitable de revêtir les décisions pénales d'une autorité incontestable ; mais aussi il s'agit d'un principe qui

³⁹¹ V. M. C. BASSIOUNI, *International extradition and world public order*, Ed. Leyden, 1974.

va s'adresser au justiciable, puisqu'il est important que sa situation ne soit pas remise en cause.³⁹² La jurisprudence européenne relative à l'autorité de la chose jugée, toutefois, n'est pas très fournie³⁹³, même si sa force est certaine. N'en examinant que les arrêts de la CJCE, qui concernent notamment la conception de l'« *idem factum* » (mais pas seulement : on verra que les efforts ont été concentrés aussi sur la notion de « *ne bis* » !), jusqu'à 2007 sept décisions ont été rendues par cette Institution européenne : l'on se réfère aux arrêts Gözütok/ Brügge, Miraglia, Van Esbroeck, Van Straaten, Gasparini, Kretzinger et Kraaijenbrink³⁹⁴. Après 2007, deux arrêts méritent d'être examinés : les arrêts Bourquain et Turansky. Toutes les décisions dont on parle se réfèrent à l'interprétation des articles de la CAAS : on rappelle que nous avons déjà traité des décisions de la CEDH, à propos de l'article 4 Protocole n° 7, dans le Chapitre 1, en ayant individué une sorte de ligne de frontière entre ces deux typologies d'interprétation qui, toutefois, ne sont pas indépendantes ; mais au contraire, elles doivent être considérées comme dépendantes et chevauchées, car elles tendent à une qualification la plus complète du même principe.

56. Les problèmes à résoudre. - Comment l'on sait, en France (comme en Italie, aux Pays-Bas ou en Allemagne) on parle de « mêmes faits » en se référant à la conduite ; mais la conduite doit être entendue d'un point de vue matériel ou juridique ? L'article 54 de la CAAS nous donne une interprétation très libre, n'en spécifiant pas quelle interprétation doit être préférée. En se référant à la conception d'« arrêt définitif », par contre, il est un concept très large, puisqu'il n'a pas des contours bien délimités, surtout à cause des diverses conceptions qu'on peut examiner dans les Pays-membres. Sur cette argumentation intervient la CJCE avec le premier des arrêts qu'on doit examiner, l'arrêt Gözütok/Brügge³⁹⁵ de 2003, par lequel la même Cour est appelée à donner une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 54 de la CAAS.

³⁹² V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure Pénale*, Op. cit., n. 760.

³⁹³ V. J. F. RENUCCI, *Le principe "non bis in idem" et les juridictions nationales*, Op. cit. .

³⁹⁴ V. S. CIMAMONTI, *European arrest warrant in practice and "ne bis in idem"*, Op. cit.

³⁹⁵ Arrêt de 11 février 2003 sur les affaires réunis *Gözütok c. Allemagne* (C-187/01) et *Brügge c. Belgique* (C-385/01). Les conclusions générales ont été présentées par l'Avocat Colomer en 19 septembre 2002.

§ 2. Les faits, les arrêts

57. Les affaires réunis *Gözütok c. Allemagne* et *Brügge c. Belgique*. - Monsieur Gözütok est un ressortissant turc résidant aux Pays-Bas depuis plusieurs années. Il y exploite un commerce de restauration rapide. Dans le cadre de deux perquisitions effectuées dans l'établissement où il exerce son activité, la police néerlandaise découvre certaines quantités de cannabis. Il résulte du dossier que les poursuites pénales engagées aux Pays-Bas à l'encontre de Monsieur Gözütok au titre des saisies ont été abandonnées après que ce dernier a accepté les offres faites par le ministère public dans le cadre d'une procédure d'extinction de l'action publique (et après qu'il a payé les sommes requises par celui-ci dans ce contexte). A cet égard, on a appliqué l'article 74 § 1 du code pénal néerlandais. L'attention des autorités allemandes a été attirée sur la personne de Monsieur Gözütok par une banque allemande qui leur a signalé d'importants mouvements sur le compte bancaire de celui-ci. Après qu'elle se fut renseignée sur les agissements de M. Gözütok auprès des autorités néerlandaises, la police allemande a procédé à son arrestation en Allemagne et en suite le ministère public d'Aix-la-Chapelle (Allemagne) a inculqué Monsieur Gözütok au motif qu'il s'était dédié, en allant plusieurs fois aux Pays-Bas, au commerce de stupéfiants. Condamné en première instance à une peine privative de liberté d'une durée totale d'un an et cinq mois, avec mise à l'épreuve, Monsieur Gözütok et le ministère public proposent appel de ce jugement. Le *Landgericht Aachen* (Allemagne) a mis alors un terme à la procédure pénale engagée contre le condamné au motif, notamment, que, conformément à l'article 54 de la CAAS, l'abandon définitif des poursuites pénales par les autorités néerlandaises liait les autorités pénales allemandes : selon ladite juridiction, la clôture des poursuites pénales est intervenue à la suite d'une transaction proposée par le ministère public procédure de droit néerlandais qui est assimilable à une condamnation définitive, au sens de la version allemande de l'article 54 de la CAAS, bien qu'une telle transaction ne comporte pas la participation d'un juge et ne prenne pas la forme d'un jugement. Le ministère public a introduit un recours contre cette ordonnance du *Landgericht Aachen* devant l'*Oberlandesgericht Köln* qui, en considérant que la solution du litige nécessitait d'une interprétation de l'article 54 de la CAAS, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour une question préjudicielle.

Monsieur Brügge, un ressortissant allemand, était poursuivi par le ministère public belge pour avoir porté à Mme Leliaert, en violation du code pénal belge, des coups et blessures volontaires ayant entraîné une maladie ou une incapacité de travail. Mme Leliaert se constitue partie civile et demande réparation du dommage moral subi : sa requête est proposée devant le Tribunal de Furnes. Dans le cadre de l'enquête qu'elle avait ordonnée à l'encontre de Monsieur Brügge, la *Staatsanwaltschaft Bonn* (ministère public de Bonn, Allemagne) lui a proposé un règlement amiable moyennant le paiement d'une somme déterminée (règle procédurale prévue par le code de procédure pénale allemand). Monsieur Brügge ayant accepté le paiement du montant proposé, le ministère public a mis fin aux poursuites pénales. Estimant que la solution du litige dont il est saisi dépend de l'interprétation de l'article 54 de la CAAS, le Tribunal de Furnes a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour une question préjudicielle. Les deux questions préjudicielles ont été réunies : « L'article 54 de la CAAS entraîne-t-il l'extinction de l'action publique dans la République fédérale d'Allemagne lorsque, en droit néerlandais, cette action est éteinte au royaume des Pays-Bas pour les mêmes faits? En outre, le même article permet-il encore au ministère public belge de citer un ressortissant allemand à comparaître devant le juge pénal belge et de l'y faire condamner alors qu'à ce ressortissant allemand a été proposé, pour les mêmes faits, un règlement amiable par le ministère public allemand et qu'il a versé le montant qui lui était ainsi proposé? ».

La solution prospectée par la CJCE est claire dans sa maxime : « Le principe *ne bis in idem*, consacré par l'article 54 de la CAAS... s'applique également à des procédures d'extinction de l'action publique, telles que celles en cause dans les affaires au principal, par lesquelles le ministère public d'un Etat membre met fin, sans l'intervention d'une juridiction, à la procédure pénale engagée dans cet Etat, après que le prévenu a satisfait à certaines obligations et, notamment, a acquitté une certaine somme d'argent fixée par le ministère public. ». La conclusion³⁹⁶ est particulièrement importante, car finalement on arrive à fixer le principe qu'une décision qui vient d'un des Etats-membres (de laquelle descend l'extinction définitive de l'action pénale) doit être considérée semblable à un arrêt définitif, même si le recours au droit national peut conduire à des solutions différentes. Dans ces catégories, donc, on trouve beaucoup de

³⁹⁶ On se réfère au *MEDIATED SETTLEMENT IN CRIMINAL MATTERS* qui provient des Pays de common-law.

décisions qui promènent de plusieurs Etats : en France le *ne bis in idem* constitue un aspect essentiel du principe de confiance mutuelle et il doit être appliqué aux « décisions finales »³⁹⁷. Sans vouloir anticiper l'objet de la seconde partie de la thèse, dans ce contexte on peut rappeler qu'en Italie le principe consacré par la CJCE dans l'arrêt Gözütok/Brügge peut s'appliquer aussi aux procédures de « *Patteggiamento* »³⁹⁸ devant le ministère public, donc sans l'intervention d'un juge et par conséquence aussi que dans les cas de « médiation pénale » (mais cette dernière avec le caractère de définition) ; *a contrario*, on doit exclure l'application de cette règle pour ce qui concerne les arrêts d'acquiescement ou de non-lieu (même si en Italie on parle de « *ne bis in idem attenuato* »).

58. L'affaire *Miraglia c. Italie*. - Le second des arrêts qu'on va examiner, l'arrêt *Miraglia*³⁹⁹, concerne, lui aussi, des questions qui sont fondamentales pour bien comprendre la signification de l'article 54 de la CAAS.

Dans le cadre d'une enquête menée en collaboration entre les autorités italiennes et néerlandaises, Monsieur Miraglia a été arrêté en Italie en vertu d'une ordonnance de détention préventive rendue par le juge des enquêtes préliminaires du Tribunal di Bologna. Il était reproché à Monsieur Miraglia d'avoir organisé avec d'autres personnes le transport d'héroïne à partir des Pays-Bas vers Bologna. Le GUP⁴⁰⁰ du Tribunal de Bologna a prononcé le renvoi de Monsieur Miraglia pour ledit délit : il a décidé de remplacer sa détention préventive par une mesure d'assignation à résidence ; ensuite de la remplacer avec une obligation de séjourner ; enfin il a révoqué toute mesure préventive, de sorte que le prévenu n'est plus détenu. Parallèlement, et pour les mêmes faits délictueux, une procédure pénale a été engagée à l'encontre de Monsieur Miraglia devant les autorités judiciaires néerlandaises pour le même délit. La procédure pénale à l'encontre du prévenu a été clôturée sans condamnation de celui-ci à une peine ou à une

³⁹⁷ V. F. MASSIAS, *Immunités parlementaires et transaction pénales, droit à un Tribunal et ne bis in idem*, en Réc. Dalloz 2006, p.589.

³⁹⁸ Le «*Patteggiamento*» est prévu par les articles 444 et suiv. du Code de Procédure Pénale italien.

³⁹⁹ Arrêt du 10 mars 2005 sur l'Aff. *Miraglia c. Italie* (C-469/03).

⁴⁰⁰ GUP, juge de l'audience préliminaire, dans le système italien.

autre sanction. Dans le cadre de cette procédure, le procureur de la Reine néerlandais n'a pas engagé d'action pénale contre le prévenu : il ressort du dossier que cette décision a été prise au motif qu'une action pénale avait été engagée, pour les mêmes faits, en Italie. Par lettre du novembre 2002, le parquet du *Rechtbank d'Amsterdam* a rejeté la demande d'entraide judiciaire émanant du parquet du Tribunal de Bologne, en se fondant sur la réserve formulée par le royaume des Pays-Bas en ce qui concerne la convention européenne d'entraide judiciaire, dès lors que ledit *Rechtbank* avait «clôturé l'affaire sans infliger aucune peine». En avril 2003, le ministère public italien a adressé aux autorités judiciaires néerlandaises une demande de renseignements portant sur l'issue de la procédure pénale engagée contre Monsieur Miraglia et sur le mode de règlement de cette procédure afin d'en apprécier la pertinence au regard de l'article 54 de la CAAS : en répondant, le parquet néerlandais a informé son homologue italien de la suspension des poursuites pénales à l'encontre de Monsieur Miraglia, sans toutefois donner d'indications jugées suffisantes par la juridiction de renvoi concernant la mesure adoptée et son contenu. Le parquet néerlandais a indiqué qu'il s'agissait «d'une décision finale d'un juge» interdisant, en vertu de l'article 255 du code de procédure pénale néerlandais, toute poursuite pour les mêmes faits délictueux et toute coopération judiciaire avec des autorités étrangères, à moins qu'il n'y ait de nouvelles preuves à l'encontre de Monsieur Miraglia. Selon la juridiction de renvoi, les autorités néerlandaises ont décidé de ne pas engager de poursuites à l'encontre de l'accusé, au motif qu'une procédure pénale avait été engagée, entre-temps, en Italie à l'encontre du prévenu pour les mêmes faits délictueux. Une telle appréciation s'expliquerait par une application «à titre préventif» du principe *non bis in idem*. Or, selon le Tribunal de Bologne, cette interprétation de l'article 54 de la CAAS est erronée, car elle prive les deux Etats concernés de toute possibilité concrète de faire en sorte que les responsabilités du prévenu soient effectivement examinées.

En effet, l'article 54 de la CAAS (ainsi interprété) empêcherait à la fois les autorités néerlandaises de poursuivre Monsieur Miraglia au pénal, au motif qu'une procédure est en cours en Italie pour les mêmes faits, ainsi que les autorités italiennes d'apprécier la culpabilité du prévenu. C'est dans ces conditions que le Tribunal de Bologne décide de surseoir à statuer et de poser à la Cour une question préjudicielle : l'art. 54 de la CAAS peut-il s'appliquer lorsque la décision judiciaire adoptée dans le premier Etat se traduit

dans une renonciation à poursuivre l'action pénale (donc sans aucun jugement sur le fond), sur la base que des poursuites ont déjà été engagées dans un autre Etat?».

La décision dont on parle semble être une spécification ultérieure de l'arrêt Gözütok/Brügge ; la décision de la CJCE ne se fait pas attendre : le *ne bis in idem*, comme consacré par l'article 54 de la CAAS, « ... ne trouve pas à s'appliquer à une décision des autorités judiciaires d'un Etat membre déclarant qu'une affaire est clôturée, après que le ministère public a décidé de ne pas poursuivre l'action publique au seul motif que des poursuites pénales ont été engagées dans un autre Etat membre à l'encontre du même prévenu et pour les mêmes faits, et ce en l'absence de toute appréciation sur le fond. ». Autrement dit, le principe dont on parle ne peut pas trouver application lorsqu'il n'y a pas eu une évaluation effective sur la responsabilité pénale de l'accusé : comme l'on a dit, s'il est vrai (dans le premier arrêt de la CJCE qu'on a examiné) qu'une décision qui vient d'un des Etats-membres doit être considérée semblable à un arrêt définitif, même si le recours au droit national peut conduire à des solutions différentes, il est autrement vrai que cet arrêt va augmenter (dans une certaine manière) la portée de la conception d'« arrêt définitif », en incluant aussi les décisions qui ne statuent pas proprement sur le fond.

59. L'affaire *Van Esbroek c. Belgique*. - Après avoir établi la portée réelle de ce qu'on appelle « arrêt définitif », avec l'arrêt Van Esbroeck⁴⁰¹, la CJCE prend en considération la notion de « mêmes faits », à la lumière de l'entrée en vigueur (et toujours lue par rapport) de l'article 54 de la CAAS.

Monsieur Van Esbroeck, de nationalité belge, a été condamné par jugement du Tribunal de première instance de Bergen (Norvège) à une peine d'emprisonnement de cinq ans pour importation illicite en Norvège de produits stupéfiants. Après avoir purgé une partie de la peine qui lui avait été infligée, Monsieur Van Esbroeck a été libéré conditionnellement et ramené en Belgique. Ensuite, une procédure a été engagée dans ce dernier Etat contre Monsieur Van Esbroeck, qui a abouti à une condamnation par le Tribunal Correctionnel belge à une peine d'emprisonnement d'un an (toujours pour

⁴⁰¹ Arrêt du 9 mars 2006 sur l'Aff. *Van Esbroek c. Belgique* (C-436/04). Les conclusions générales ont été présentées par l'Avocat Colomer le 20 octobre 2005.

exportation illicite, hors de Belgique, des mêmes produits stupéfiants). Ce jugement a été confirmé en appel : ces deux juridictions ont fait application de l'article 36, § 2 sous a) de la Convention Unique en matière de stupéfiants, en vertu duquel chacune des infractions visées à celle-ci (parmi lesquelles figurent l'importation et l'exportation de stupéfiants) sera considérée comme une infraction distincte si elles ont été commises dans des pays différents. Contre cet arrêt, l'intéressé a formé un pourvoi en cassation en invoquant la violation du principe *ne bis in idem*, énoncé par l'article 54 de la CAAS. C'est dans ces conditions que la Cour de cassation belge a décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJCE des questions préjudicielles : « L'article 54 de la CAAS doit-il être interprété en ce sens qu'il peut être appliqué par une juridiction belge à l'égard d'une personne qui est poursuivie en Belgique après le 25 mars 2001 devant un Tribunal correctionnel pour les mêmes faits que ceux pour lesquels il a été jugé et condamné par jugement d'un Tribunal Correctionnel norvégien le 2 octobre 2000 et lorsque la sanction ou la mesure a déjà été subie, alors que... la CAAS notamment ne sera mis en œuvre et appliqué par la Norvège qu'à partir du 25 mars 2001? » ; et dans la mesure où la réponse à la première question est affirmative : « L'article 54 de la CAAS, lu en combinaison avec l'article 71 de cette même convention, doit-il par conséquent être interprété en ce sens que les faits punissables de détention destinée à l'exportation et à l'importation concernant ces mêmes stupéfiants et les substances psychotropes de toute nature, le cannabis inclus, et qui sont poursuivis dans différents Etats ayant signé la CAAS ou ayant mis en œuvre et appliqué l'acquis de Schengen, doivent être considérés en tant qu'exportation ou importation comme 'les mêmes faits' au sens de l'article 54 précité? ».

La réponse de la CJCE est claire : le principe *ne bis in idem* « doit trouver à s'appliquer à une procédure pénale engagée dans un Etat contractant pour des faits qui ont déjà donné lieu à la condamnation de l'intéressé dans un autre Etat contractant, alors même que ladite convention n'était pas encore en vigueur dans ce dernier Etat au moment du prononcé de ladite condamnation, pour autant qu'elle était en vigueur dans les Etats contractants en cause au moment de l'appréciation des conditions d'application du principe *ne bis in idem* par l'instance saisie d'une seconde procédure. ». En outre, « l'article 54 de la même convention doit être interprété en ce sens que: 1) le critère pertinent aux fins de l'application dudit article est constitué par celui de l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de faits indissociablement

liés entre eux, indépendamment de la qualification juridique de ces faits ou de l'intérêt juridique protégé; 2) les faits punissables consistant en l'exportation et en l'importation des mêmes stupéfiants et poursuivis dans différents Etats contractants à cette convention sont, en principe, à considérer comme «les mêmes faits» au sens de cet article 54, l'appréciation définitive à cet égard appartenant aux instances nationales compétentes. ». La Cour donc s'est principalement concentrée sur le « temps » d'adoption de la CAAS, en affirmant que l'acquis de Schengen ne comporte aucune disposition spécifique concernant l'entrée en vigueur de l'article 54 de la CAAS ou ses effets dans le temps ; mais ce n'est pas la seule conclusion : la même Institution, comme l'on a anticipé, parle ensuite de la notion de « mêmes faits » en faisant référence aux faits matériels (qui doivent forcément être liés entre eux-mêmes) et en affirmant d'une façon très claire qu'il ne faut pas considérer le *nomen juris* du fait⁴⁰². Donc une évaluation de la conduite matérielle doit se substituer à une simple qualification juridique.

60. L'affaire *Van Straaten c. Pays-Bas et Italie*. - Deux autres décisions méritent d'être examinées, décisions qui se développent sur la même ligne que l'arrêt Van Esbroeck : on parle des affaires Van Straaten⁴⁰³ et Gasparini⁴⁰⁴, qui n'ont pas été réunis mais qui ont donné lieu à deux décisions (rendues le même jour) qui se réfèrent toujours à la notion de « mêmes faits ».

Monsieur Van Straaten possédait en Italie un lot de drogue et cette drogue a été acheminée de l'Italie aux Pays-Bas. L'intéressé a été poursuivi aux Pays-Bas pour avoir importé d'Italie aux Pays-Bas une quantité très élevée de stupéfiants ; deuxièmement pour avoir disposé d'une haute quantité de drogue aux Pays-Bas ; troisièmement pour avoir détenu des armes à feu et des munitions aux Pays-Bas. Par jugement, l'*Arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch* (Pays-Bas) a relaxé Monsieur Van

⁴⁰² V. aussi M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, en RIDP 2006/1-2, vol. 77, p. 126.

⁴⁰³ Arrêt du 28 septembre 2006 sur l'Aff. *Van Straaten c. Pays-Bas et Italie* (C-150/05). Les conclusions générales ont été présentées par l'Avocat Colomer le 8 juin 2006.

⁴⁰⁴ Arrêt du 28 septembre 2006 sur l'Aff. *Gasparini c. Espagne* (C-467/04). Les conclusions générales ont été présentées par l'Avocat Sharpston le 15 juin 2006.

Straaten des fins de la poursuite engagée contre lui du chef d'importation d'héroïne, estimant ce fait non établi de manière légale et convaincante, et l'a condamné pour les deux autres faits à une peine privative de liberté de vingt mois. En Italie, Monsieur Van Straaten a été poursuivi, pour avoir détenu et avoir exporté aux Pays-Bas (à plusieurs reprises) une quantité importante de drogue. Par arrêt rendu par le Tribunal « *ordinario* » de Milan, Monsieur Van Straaten a été condamné à ce titre à une peine de prison de dix ans, à une amende de cinquante millions de liras italiennes et aux frais de procédure. Le litige au principal oppose Monsieur Van Straaten aux Pays-Bas et à la République d'Italie. Devant la juridiction de renvoi, l'Italie a écarté les allégations selon lesquelles Monsieur Van Straaten n'aurait pas dû être poursuivi par ou au nom de l'Etat italien et que tous les actes liés à cette poursuite sont illégaux. Selon la République italienne (pour autant que celui-ci concerne le chef d'accusation d'importation d'héroïne), il n'a pas été statué sur la culpabilité de Monsieur Van Straaten puisque l'intéressé a été relaxé des fins de la poursuite engagée à ce titre. D'après le gouvernement néerlandais, le jugement de l'*Arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch* a été confirmé par un arrêt qui a modifié la qualification du deuxième chef d'accusation retenu à l'encontre de Monsieur Van Straaten. Le pourvoi en cassation que Monsieur Van Straaten a introduit contre cet arrêt a été rejeté par un arrêt qui a acquis force de chose jugée ; c'est pour ça que Monsieur Van Straaten a purgé la peine qui lui a été infligée (selon le gouvernement néerlandais, à la demande des autorités judiciaires italiennes, un signalement a été introduit dans le SIS visant à l'arrestation de Monsieur Van Straaten aux fins de son extradition, sur la base d'un mandat d'arrêt du ministère public de Milan du 11 septembre 2001). C'est dans ce cadre que le *Rechtbank 's-Hertogenbosch* a décidé de poser à la Cour des questions préjudicielles : « Que faut-il entendre pour 'mêmes faits', au sens de l'article 54 de la CAAS (L'ensemble des actes consistant en la possession en Italie, l'exportation d'Italie, l'importation aux Pays-Bas et la disposition aux Pays-Bas de l'héroïne en question constituent-ils des 'mêmes faits') ? ; peut-on dire qu'une personne est 'jugée' au sens de l'article 54 de la CAAS si les charges retenues contre cette personne ont été déclarées non établies de manière légale et convaincante et que cette personne a été relaxée par jugement ? ».

La décision de la CJCE ne se fait pas attendre : la Cour, en affirmant que le critère pertinent aux fins de l'application de l'article 54 de la CAAS est constitué par celui de

« l'identité des faits » matériels, conçue comme l'existence d'un ensemble de faits indissociablement liés entre eux et indépendamment de la qualification juridique de ces faits, développe une nouvelle argumentation en disposant que le principe *ne bis in idem* «... trouve à s'appliquer à une décision des autorités judiciaires d'un Etat contractant par laquelle un prévenu est définitivement acquitté pour insuffisance de preuves. ». Donc on voit une vision encore plus large soit de la notion de « mêmes faits », soit de la considération qu'on a à propos de l'identité matérielle des faits (il y a substantiellement une spécification ultérieure : même l'insuffisance de preuves peut configurer autorité de la chose jugée).

61. L'affaire *Gasparini c.Espagne*. - Dans l'arrêt *Gasparini*, une ultérieure spécification est considérée par la CJCE : l'article 54 de la CAAS s'applique à une décision d'une juridiction d'un Etat contractant aussi si le prévenu est définitivement acquitté en raison de la prescription du délit.

Selon l'*Audiencia Provincial* de Málaga, à une date non déterminée de l'année 1993 les actionnaires et gestionnaires de la société « Minerva » ont décidé d'introduire par le Portugal de l'huile d'olive raffinée originaire de Tunisie et de Turquie, qui n'avait pas été déclarée aux autorités douanières. La marchandise aurait par la suite été transportée par camions de Setúbal à Málaga (Espagne). Les prévenus auraient conçu un mécanisme de fausses factures tendant à faire croire que l'huile était originaire de la Suisse. D'après la juridiction de renvoi, le *Supremo Tribunal de Justiça* (Portugal), dans son arrêt rendu sur l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal de Setúbal, a jugé que l'huile d'olive raffinée introduite au Portugal provenait de la Tunisie et de la Turquie et que des quantités inférieures à celles réellement introduites avaient été déclarées aux autorités douanières portugaises. Le *Supremo Tribunal de Justiça* a acquitté, en raison de la prescription, deux des prévenus dans le litige dont il était saisi, lesquels sont également poursuivis dans le litige au principal. L'*Audiencia Provincial* de Málaga explique qu'elle doit se prononcer sur la question de savoir s'il existe un délit de contrebande ou si, au contraire, un tel délit est inexistant eu égard à l'autorité de la chose jugée dont est revêtu l'arrêt du *Supremo Tribunal de Justiça* ou au fait que les marchandises sont en libre pratique sur le territoire communautaire ; c'est pour ça que le Tribunal espagnol décide de poser à la Cour des questions préjudicielles dont les plus

importantes sont les suivantes : « La constatation par les juridictions d'un Etat membre qu'un délit est prescrit lie-t-elle les juridictions des autres Etats membres? L'acquittement d'une personne accusée d'un délit, en raison de l'existence d'une prescription, bénéficie-t-elle, par extension, aux personnes poursuivies dans un autre Etat membre, lorsque les faits imputés sont identiques ou, ce qui revient au même, peut-on considérer que la prescription favorise également les personnes poursuivies dans un autre Etat membre sur la base de faits identiques ? ».

La solution à laquelle parvient la CJCE est encore une fois très spécifique : ne pas appliquer l'article 54 de la CAAS dans l'hypothèse d'un acquittement définitif (en raison de la prescription du délit) compromettrait la mise en œuvre de l'objectif de la même disposition, qui vise à éviter qu'une personne, par le fait qu'elle exerce son droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs Etats contractants⁴⁰⁵. Une telle personne doit donc être considérée comme définitivement jugée au sens de la disposition en question. Certes, afin d'éviter des problèmes en matière de délais de prescription, une harmonisation des législations des Etats contractants est toujours souhaitable.

62. L'affaire *Kretzinger c. Allemagne*. - Jusqu'en 2007, les derniers arrêts qu'on va examiner sont les arrêts *Kretzinger*⁴⁰⁶ et *Kraaijenbrink*⁴⁰⁷ qui, comme les derniers (même s'ils n'ont pas été réunis), ont été prononcés le même jour. Cette fois, l'attention de la Cour est adressée à la notion d'emprisonnement et aux rapports que cette notion a avec les principes établis dans l'article 54 de la CAAS.

A deux reprises, Monsieur Kretzinger a transporté par camion, de Grèce à destination du Royaume-Uni en passant par l'Italie et l'Allemagne, des cigarettes provenant de pays non membres de l'Union européenne et qui avaient été préalablement introduites en contrebande en Grèce par des tiers. Elles n'ont été déclarées à aucune douane. Durant le

⁴⁰⁵ V. encore M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, *Op. cit*, *Ibidem*..

⁴⁰⁶ Arrêt du 18 juillet 2007 sur l'Aff. *Kretzinger c. Allemagne* (C-288/05). Les conclusions générales ont été présentées par l'Avocat Sharpston le 5 décembre 2006.

⁴⁰⁷ Arrêt du 18 juillet 2007 sur l'Aff. *Kraaijenbrink c. Belgique* (C-367/05). Les conclusions générales ont été présentées par l'Avocat Sharpston le 5 décembre 2006.

premier transport, le camion a été saisi en Italie par la *Guardia di Finanza* ; à la suite d'un interrogatoire, Monsieur Kretzinger a été remis en liberté. La Cour d'appel de Venise, faisant droit à l'appel du parquet contre la relaxe décidée en première instance, a condamné Monsieur Kretzinger à une peine d'emprisonnement d'un an et huit mois assortie d'un sursis : en droit italien, ce jugement a acquis force de chose jugée et la peine a été inscrite au casier judiciaire. Lors du second transport, Monsieur Kretzinger a de nouveau été arrêté par la *Guardia di Finanza*. Il a été brièvement mis en garde à vue et/ou en détention provisoire en Italie, puis a rejoint l'Allemagne. Ensuite le Tribunal de Ancône l'a condamné, sur le fondement des mêmes dispositions du droit italien, à une peine d'emprisonnement de deux ans non assortie de sursis. Ce jugement a lui aussi acquis force de chose jugée, mais la peine d'emprisonnement, qui n'a pas été exécutée, a également été inscrite au casier judiciaire du condamné. La juridiction de renvoi relève que, en dépit de plusieurs tentatives de clarification de ces jugements, elle n'a pas pu déterminer avec certitude sur quels droits de douane ils portaient précisément et, notamment, si au moins l'un d'entre eux avait statué sur des charges de fraude douanière ou prononcé des condamnations à ce titre. En connaissance de ces décisions italiennes, le *Landgericht Augsburg* a condamné Monsieur Kretzinger à un an et dix mois d'emprisonnement pour le premier transport et à un an pour le second. Ce faisant, le *Landgericht* a fondé la culpabilité de Monsieur Kretzinger sur l'art. 374 du code des impôts. Le *Landgericht Augsburg*, tout en indiquant que les deux condamnations définitives prononcées en Italie n'avaient pas encore été exécutées, n'a pas retenu l'existence d'un obstacle procédural en vertu de l'article 54 de la CAAS. Monsieur Kretzinger a saisi alors le *Bundesgerichtshof*, qui a émis des doutes quant à la conformité du raisonnement adopté par le *Landgericht Augsburg* avec l'article 54 de la CAAS, en s'interrogeant sur l'interprétation de la notion de «mêmes faits». Ensuite le *Bundesgerichtshof* se demande si une brève détention provisoire suffit à entraîner une extinction des poursuites. C'est dans ces conditions que le *Bundesgerichtshof* a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour des questions préjudicielles, dont les plus importantes sont les suivantes : « Les poursuites pénales portent-elles sur 'les mêmes faits', au sens de l'article 54 de la CAAS, lorsqu'un prévenu a été condamné par un tribunal italien pour importation et possession en Italie de tabac étranger de contrebande ainsi que pour défaut de paiement de la taxe à la frontière et que, ensuite, il est condamné par un tribunal allemand, au regard de la prise de possession de la marchandise en cause intervenue antérieurement en Grèce, pour recel des droits de

douanes (formellement grecs) à l'importation, nés de l'importation préalablement effectuée par des tiers, dans la mesure où le prévenu avait dès le départ l'intention, après en avoir pris possession en Grèce, de transporter la marchandise au Royaume-Uni en passant par l'Italie? Est-ce qu'une sanction, au sens de l'article 54 de la CAAS, 'a été subie' ou bien est-elle 'actuellement en cours d'exécution' : a) lorsque le prévenu a été condamné à une peine d'emprisonnement dont l'exécution a été, conformément au droit de l'État de condamnation, assortie du sursis; b) lorsque le prévenu a été brièvement en garde à vue et/ou en détention provisoire et que, selon le droit de l'Etat de condamnation, cette privation de liberté devra être imputée sur l'exécution ultérieure de la peine d'emprisonnement? ».

Les questions sont très importantes afin d'établir encore une fois la correcte interprétation de la notion de « mêmes faits ». La CJCE juge qu'aux sens de l'article 54 de la CAAS « ... la sanction prononcée par une juridiction d'un Etat contractant ne doit pas être considérée comme «ayant été subie» ou «actuellement en cours d'exécution» lorsque le prévenu a été brièvement mis en garde à vue et/ou en détention provisoire et lorsque, selon le droit de l'État de condamnation, cette privation de liberté doit être imputée sur l'exécution ultérieure de la peine d'emprisonnement. ». Cette fois on est devant une exclusion (contrairement aux décisions qu'on vient d'examiner, dans lesquelles on a étendu le domaine de la CAAS) : l'éventuelle garde à vue ou l'éventuelle détention provisoire ne doivent pas donc être considérés comme « chose jugée », car le *ne bis in idem* ne se développe que lorsqu'il s'agit de décisions définitives ; en ce cadre, la garde à vue ou la détention provisoire sont simplement anticipatoires d'un arrêt définitif, et pour ça elles ne peuvent pas former l'objet d'interprétation sur la base de l'article 54 de la CAAS.

63. L'affaire *Kraaijenbrink c. Belgique*. - Dans l'arrêt *Kraaijenbrink* on assiste encore une fois à l'interprétation de la notion de « mêmes faits », cette fois examinée sous les aspects du degré d'identité et de connexité entre toutes les circonstances factuelles.

Mme *Kraaijenbrink*, ressortissante néerlandaise, a été condamnée par l'*Arrondissementsrechtbank te Middelburg* (Pays-Bas) à une peine d'emprisonnement de six mois avec sursis pour des faits de recel de sommes d'argent provenant du trafic

de stupéfiants, faits commis à plusieurs reprises aux Pays-Bas en violation de l'article 416 du code pénal néerlandais. Ensuite le *Rechtbank van eerste aanleg* de Gent a condamné Mme Kraaijenbrink à une peine d'emprisonnement de deux ans pour différentes violations de l'article 505 du code pénal belge, en raison de certaines transactions de change effectuées en Belgique.

Ce jugement a été confirmé par la Chambre correctionnelle belge. Ces deux juridictions ont considéré que Mme Kraaijenbrink ne pouvait se prévaloir de l'article 54 de la CAAS : en effet, elles ont estimé que les délits de recel de sommes d'argent provenant d'un trafic de stupéfiants commis aux Pays-Bas et les opérations de blanchiment de l'argent provenant de ce trafic réalisées en Belgique devaient être considérés dans ce dernier Etat comme des faits distincts nonobstant l'unité d'intention entre les délits de recel commis aux Pays-Bas et ceux de blanchiment d'argent commis en Belgique. Mme Kraaijenbrink a alors introduit un pourvoi en Cassation, invoquant, notamment, la violation du principe *ne bis in idem*. Le *Hof van Cassatie* observe tout d'abord que, contrairement à ce que prétend Mme Kraaijenbrink, le constat qu'il existe une «unité d'intention» entre les comportements illicites aux Pays-Bas et l'infraction de blanchiment d'argent commise en Belgique n'implique pas nécessairement la constatation que les sommes d'argent qui ont fait l'objet d'opérations de blanchiment en Belgique sont les sommes d'argent provenant du trafic de stupéfiants pour le recel duquel Mme Kraaijenbrink avait déjà été condamnée aux Pays-Bas. En revanche, il résulte de l'arrêt du *Hof van beroep* de Gent (contre lequel le pourvoi en Cassation a été introduit) qu'il s'agit, dans les deux Etats contractants, de faits différents qui sont néanmoins la manifestation successive et continue d'une même intention criminelle, de sorte que, s'ils avaient tous été commis en Belgique, ils seraient considérés comme un seul fait juridique qui aurait été jugé conformément à l'article 65 du code pénal belge. Le *Hof van Cassatie* estime que la question se pose de savoir si la notion de «mêmes faits» au sens de l'article 54 de la CAAS doit être interprétée en ce sens qu'elle couvre des faits différents consistant, d'une part, à détenir dans un Etat contractant des sommes d'argent provenant d'un trafic de stupéfiants et, d'autre part, à écouler dans des bureaux de change situés dans un autre Etat contractant des sommes d'argent de même provenance.

A cette question la CJCE répond: l'article 54 de la CAAS doit être interprété dans le sens que «... des faits différents consistant, notamment, d'une part, à détenir dans un

Etat contractant des sommes d'argent provenant d'un trafic de stupéfiants et, d'autre part, à écouler dans des bureaux de change situés dans un autre Etat contractant des sommes d'argent provenant également d'un tel trafic, ne doivent pas être considérés comme des «mêmes faits» au sens de l'article 54 de la CAAS en raison du seul fait que l'instance nationale compétente constate que lesdits faits sont reliés par la même intention criminelle; il appartient à ladite instance nationale d'apprécier si le degré d'identité et de connexité entre toutes les circonstances factuelles à comparer est tel qu'il est possible, au vu du critère pertinent susmentionné, de constater qu'il s'agit des «mêmes faits» au sens de l'article 54 de la CAAS. ». Ici on voit encore une explication ultérieure de la maxime *ne bis in idem* : les « mêmes faits » (même s'ils sont en concours dans plusieurs pays), conditions indispensables pour l'application de l'article 54 de la CAAS, doivent être évalués à la lumière des mêmes degrés d'identité et de circonstance. N'en voulant rien anticiper sur ce que sera la deuxième partie de la thèse, il faut rappeler que les articles 649 et suiv. du code de procédure pénale italien poursuivent les intentions du *ne bis in idem* en évaluant la notion de « mêmes faits » sans besoin de procéder à l'analyse du titre (*nomen juris*), degré (variation de l'offense par rapport à la *res judicata*) et circonstances (éventuelle application d'atténuantes ou d'aggravantes)⁴⁰⁸.

64. L'affaire *Bourquain c. Allemagne*. - Les derniers arrêts qu'on doit examiner sont plus récents : ils sont l'arrêt Bourquain⁴⁰⁹ et l'arrêt Turansky⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ L'article 649 du code de procédure pénale italien récite: " L'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345.

Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo."

⁴⁰⁹ Arrêt du 11 décembre 2008 sur l'Aff. *Bourquain c. Allemagne* (C-297/07). Les conclusions générales ont été présentées par l'Avocat Colomer le 8 avril 2008.

⁴¹⁰ Arrêt du 22 décembre 2008 sur l'Aff. *Turansky c. Autriche* (C-491/07). Les conclusions générales ont été présentées par l'Avocat Bot le 27 avril 2008.

Le 26 janvier 1961, à Bône (Algérie), Monsieur Bourquain, engagé dans la légion étrangère française, a été condamné à la peine de mort par contumace par le tribunal permanent des forces armées, pour s'être rendu coupable de désertion et d'homicide volontaire d'un allemand. Réfugié en Allemagne, Monsieur Bourquain n'aurait pas pris connaissance de la notification du jugement par contumace et la peine infligée par le jugement n'a pas pu être exécutée : il n'y a pas eu ensuite, ni en Algérie ni en France, d'autres poursuites pénales à son encontre. Il faut adjoindre qu'en France, toutes les infractions commises en relation avec la guerre d'Algérie ont été amnistiées ; par contre, en République fédérale d'Allemagne, une enquête a été ouverte à l'encontre de Monsieur Bourquain pour les mêmes faits et, en 1962, un mandat d'arrêt a été adressé aux autorités de l'ancienne République démocratique allemande qui l'ont rejeté. À la fin de l'année 2001, il a été découvert que M. Bourquain habitait dans la région de Regensburg (Allemagne). En 2002 la *Staatsanwaltschaft Regensburg* (le parquet de Ratisbonne) l'a accusé d'assassinat, pour les mêmes faits, devant la juridiction de renvoi, en vertu de l'article 211 du code pénal allemand. Dans ces circonstances, la juridiction de renvoi a demandé des informations au ministère de la Justice français, afin de savoir si le jugement du tribunal permanent des forces armées s'opposait à l'ouverture d'une procédure pénale en Allemagne pour ces mêmes faits, en raison de l'interdiction des doubles poursuites visée à l'article 54 de la CAAS. Le procureur du tribunal aux armées de Paris a répondu en relevant notamment que le jugement par contumace prononcé contre Monsieur Bourquain était passé en force de chose jugée ; la décision de condamnation à la peine capitale était devenue irrévocable en 1981 ; en outre, étant la prescription de la peine de vingt ans, le jugement ne pouvait plus être exécuté en France. En outre, la juridiction de renvoi interdisait aux institutions allemandes l'ouverture d'un nouveau procès pénal. Le *Landgericht Regensburg*, estimant que l'article 54 de la CAAS pourrait être interprété en ce sens que la première condamnation par un Etat contractant doit avoir été exécutable à un moment quelconque dans le passé afin de pouvoir s'opposer à de nouvelles poursuites dans un second Etat contractant, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante: «Une personne définitivement jugée par une Partie contractante peut-elle être poursuivie par une autre Partie contractante pour le même fait lorsque, en vertu du droit de l'Etat de condamnation, la peine qui a été prononcée à l'encontre de cette personne n'a jamais pu être exécutée?».

En se référant expressément à l'arrêt Gözütok/ Brügge, la CJCE statue : le principe *ne bis in idem*, prévu par l'article 54 de la CAAS, « s'applique à une procédure pénale engagée dans un Etat contractant en raison de faits pour lesquels le prévenu a déjà été définitivement jugé dans un autre Etat contractant, alors même que, en vertu du droit de l'Etat dans lequel il a été condamné, la peine qui lui a été infligée n'a jamais pu, en raison de particularités procédurales telles que celles visées dans la procédure au principal, être exécutée directement. ». Autrement dit, l'efficacité du principe de l'autorité de la chose jugée intervient ainsi sur les décisions qui sont devenue définitives mais qui n'ont pas réussies à être exécutées : cette fois la Cour ne reprend pas la notion de « mêmes faits », comme il s'est passé dans la plupart des arrêts que l'on a examiné, mais elle retourne sur le principe de la définition du procès et de la comparaison des arrêts définitifs, en rappelant que l'application de l'art. 54 de la CAAS n'est pas subordonnée à l'harmonisation ou au rapprochement des législations pénales des Etats contractants dans le domaine des jugements rendus par contumace ou par défaut.

65. L'affaire *Turansky c. Autriche*. - L'arrêt Turansky va spécifier de plus en plus la portée de l'arrêt Bourquain, en se concentrant sur la suspension de la procédure pénale dans une phase précédente à l'incrimination du suspect.

Monsieur Turansky est soupçonné d'avoir dérobé, au domicile d'une personne à Vienne (Autriche), une somme d'argent lui appartenant, et tout ça après l'avoir grièvement blessée. La *Staatsanwaltschaft Wien* (le parquet de Vienne) a alors demandé au juge d'instruction de la juridiction de renvoi l'ouverture d'une enquête préliminaire concernant Monsieur Turansky, fortement soupçonné de vol aggravé au sens du code pénal autrichien, ainsi que la délivrance d'un mandat d'arrêt et un signalement aux fins de son arrestation. Ensuite la République d'Autriche a, conformément à l'article 21 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, demandé à la République slovaque de reprendre les poursuites pénales à l'encontre de ladite personne. Les autorités slovaques ayant donné suite à cette demande, le juge d'instruction de la juridiction de renvoi a provisoirement suspendu la procédure pénale jusqu'à la décision définitive desdites autorités. En 2004, l'officier du corps de police de Prievidza (Slovaquie) a lancé des poursuites pénales pour les faits dénoncés sans toutefois incriminer une personne déterminée: dans le cadre de cette enquête,

Monsieur Turansky a été entendu en qualité de témoin. En 2006, le parquet général de la République slovaque a communiqué aux autorités autrichiennes une décision ordonnant la suspension (en application de l'article 215 §1, sous b) du code de procédure pénale) des poursuites pénales portant sur l'accusation de vol. Une réclamation, ayant un effet suspensif, pouvait être introduite contre cette décision dans un délai de trois jours à compter du prononcé de cette dernière; mais aucune réclamation de ce type n'a été introduite. Le *Landesgericht für Strafsachen* de Vienne émet des doutes quant au fait que la décision de suspendre des poursuites pénales puisse entraîner l'application de l'article 54 de la CAAS et, partant, constituer un obstacle à la poursuite de la procédure pendante. La juridiction de renvoi a décidé donc de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante: «L'interdiction de la double peine prévue à l'art. 54 de la CAAS doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle fait obstacle à des poursuites pénales contre un prévenu en République d'Autriche, lorsque les poursuites pénales initiées en République slovaque pour les mêmes faits, postérieurement à l'adhésion de ce pays à l'Union européenne, ont été abandonnées après qu'une autorité de police a, au terme d'un examen au fond et sans autre sanction, mis fin de manière exécutoire à la procédure en ordonnant son interruption?».

Après une attention particulière donnée par la Cour aux arrêts Gözütok/ Brügge, Van Straaten et Van Esbroeck, la CJCE arrive à cette conclusion: le *ne bis in idem* «... ne trouve pas à s'appliquer à une décision par laquelle une autorité d'un Etat contractant, au terme d'un examen au fond de l'affaire qui lui est soumise, ordonne, à un stade préalable à l'incrimination d'une personne soupçonnée d'un délit, la suspension des poursuites pénales, lorsque cette décision de suspension, selon le droit national de cet Etat, n'éteint pas définitivement l'action publique et ne constitue ainsi pas un obstacle à de nouvelles poursuites pénales, pour les mêmes faits, dans cet Etat. ». La Cour donc, *a contrario*, permet qu'il y ait une suspension des poursuites pénales seulement lorsque la décision de suspension intervient d'une façon définitive (selon le droit de chacun Etat) en étendant l'action publique : l'extinction de l'action publique, autrement dit, doit être définitive pour bloquer, définitivement, une nouvelle poursuite et pour permettre l'application du principe établi par l'article 54 de la CAAS ; une suspension préalable, qui n'est pas définitive, ce n'est pas capable à produire les effets typiques de perclusion du *ne bis in idem*.

SECTION 2 - L'influence des arrêts de la C.J.C.E. dans le système

français

66. Les conclusions : *ne bis* et *idem*. - Avant d'examiner les incidences des décisions de la CJCE dans le système français, on va examiner, en résumant et en synthèse, quelles sont les conclusions auxquelles Elle parvient. Il faut dire que la plupart de la doctrine fragmente le *ne bis in idem* en deux parties grandes parties : celle qui s'occupe du « *ne bis* » (la double poursuite) et celle qui s'occupe des mêmes faits (« *in idem* »)⁴¹¹.

67. *Ne bis*. - En ce qui concerne le « *ne bis* », la Cour de Luxembourg affirme que l'article 54 de la CAAS ne peut s'appliquer qu'aux personnes qui ont été jugées dans un Etat contractant⁴¹² : ce principe est aussi en accord avec la disposition de la Décision-Cadre sur le mandat d'arrêt européen⁴¹³. Mais quelle est-elle la portée réelle du concept de « décision » ? La réponse est toujours dans les arrêts de la CJCE : le *ne bis in idem* peut s'appliquer à toutes « décisions définitives » ; en ce domaine il faut comprendre les procédures d'extinction de l'action publique par lesquelles le ministère public a mis fin à la procédure pénale (après que le prévenu a satisfait certaines obligations)⁴¹⁴ ; encore, le principe *ne bis in idem* peut s'étendre aux décisions d'acquittement pour insuffisance de preuves⁴¹⁵ et prescription du délit qui ont donné lieu aux poursuites⁴¹⁶. D'un point de vue différent, la clôture de la procédure pénale due

⁴¹¹ V. notamment S. CIMAMONTI, *European arrest warrant in practice and "ne bis in idem"*, *Op. cit.*

⁴¹² V. l'arrêt *Gasparini* précité.

⁴¹³ DC du Conseil de l'Union Européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats-membres (2002/584/JAI).

⁴¹⁴ V. l'arrêt *Gözütok/ Brügge* déjà examiné.

⁴¹⁵ V. l'arrêt *Van Straaten*.

⁴¹⁶ V. encore l'arrêt *Gasparini*.

à la décision de la procédure par le ministère public, car la même autorité a retenu qu'il ne faut pas procéder au seul motif que d'autres poursuites ont déjà été engagées dans un autre Etat-membre⁴¹⁷, ne peut pas donner lieu à l'application de l'article 54 de la CAAS ; en outre, une période de privation de la liberté personnelle (soit garde à vue, soit détention provisoire) ne peut pas donner lieu à l'autorité de chose jugée, car ces mesures peuvent ne pas être suivies d'une décision de condamnation⁴¹⁸ et donc elles ne peuvent pas être considérées comme définitives de la procédure⁴¹⁹. La CJCE, substantiellement, fonde toutes ses considérations sur le concept de « définition », même pour une simple décision de suspension⁴²⁰, même si la peine qui a été infligée au condamné n'a jamais pu être exécutée directement⁴²¹.

68. *Idem.* - En ce qui concerne l' « *idem factum* », la Cour considère comme prévalente la notion d' « identité des faits matériels », compris comme l'existence de circonstances qui doivent forcément être bien liées entre eux⁴²² ; tels faits matériels doivent en outre être pris en considération globalement, dans le sens qu'il faut chercher des comportements illicites de base bien liés entre eux (pour exemple, on peut prendre comme critère objectif celui de l'intention criminelle⁴²³).

69. *Influences.* - Quelle sont alors les influences des arrêts de la CJCE sur le système français ? Comme l'on a vu plusieurs fois, les conditions de réception du principe *ne bis in idem* dans le système français sont les mêmes conditions générales du même principe : il faut que la décision soit émise par une juridiction qui puisse rendre justice (on parle d'une juridiction compétente à juger); il faut que la procédure suivie

⁴¹⁷ V. l'arrêt *Miraglia*.

⁴¹⁸ V. encore S. CIMAMONTI, *European arrest warrant in practice and "ne bis in idem"*, *Op. cit.*

⁴¹⁹ V. l'arrêt *Kretzinger* déjà examiné.

⁴²⁰ V. aussi l'arrêt *Turansky*.

⁴²¹ V. l'arrêt *Burquain*.

⁴²² V. l'arrêt *Van Esbroeck*.

⁴²³ V. l'arrêt *Kraaijenbrink*.

soit respectueuse des droits à la défense ; il faut enfin que la décision étrangère soit définitive, et qu'elle donc n'est plus passible de recours ordinaires ou extraordinaires.

Ces conditions remplies, une décision étrangère peut faire obstacle à une nouvelle poursuite en France.

Comme l'on a dit, à la présence de ces conditions il faut tout de suite distinguer deux situations à la fin de la correcte application du *ne bis in idem* : la première est celle relative aux infractions commises (ou réputées commises) en France ; la deuxième se réfère à la décision prononcée à l'étranger.

§ 1. Rapports entre les infractions commises en France / à l'étranger

70. La triple identité et la CAAS. - La réunion de la triple identité (des parties, de cause et d'objet) est nécessaire pour que la règle *ne bis in idem* fasse obstacle à la poursuite en France de la chose jugée à l'étranger : en effet, c'est la même personne qui doit être poursuivie devant une juridiction pénale pour l'application d'une peine. L'identité d'objet ne pose pas de difficultés, étant toujours l'application d'une sanction pénale ; quant à l'identité de parties, lorsque on parle d'un domaine international, il faut forcément considérer que la partie poursuivante est le parquet, sans distinction de nationalité ; quant à l'identité de cause, la question qui se pose est de savoir s'il y a lieu de prendre en considération l'identité des faits matériels ou des faits juridiques. A ce propos, la plupart de la doctrine retient qu'il faut considérer l'article 54 de la CAAS, l'on a vu, comme exigeant une identité de faits matériels, et non une identité de qualifications juridiques⁴²⁴.

Et alors c'est pour ça que, en ayant rempli la condition de la « triple identité », pour une correcte application du principe du *ne bis in idem* il faut distinguer si l'infraction est commise (ou réputée commise) en France ou si l'infraction est commise à l'étranger.

⁴²⁴ V. J. PRADEL et G. CORTENS, *Droit Pénal européen*, Ed. Dalloz, 1999.

71. Infraction commise (ou réputée commise) en France. - En ligne de principe, lorsque l'infraction déjà jugée à l'étranger est commise (ou réputée commise) en France, le principe de la compétence territoriale de la loi pénale française fait obstacle à l'application de la règle *ne bis in idem*. Il existe toutefois quelques dérogations.

Lorsqu'une infraction est commise ou réputée commise en France, la règle *ne bis in idem* ne peut en principe empêcher les nouvelles poursuites exercées par les autorités nationales à l'encontre d'un individu qui a déjà été jugé à l'étranger pour les mêmes faits (il faut rappeler à ce propos que le principe de la compétence territoriale est fondé sur la présomption que l'infraction commise en France est celle qui a lieu sur le territoire de la République⁴²⁵, territoire qui est composé non seulement du territoire terrestre, mais également des espaces maritimes et aériens qui lui sont liés⁴²⁶ : lorsque un élément constitutif a eu lieu sur ce territoire, l'infraction est réputée commise en France et ce principe-ci est valable tant en ligne générale, quant au niveau de l'application du principe de l'autorité de la chose jugée). L'exclusion de la règle dans le cas dont on parle est due à l'interprétation *a contrario* de l'article 113-9 du code pénal et de l'art. 692 du code de procédure pénale⁴²⁷ : ces textes ne permettent l'application du *ne bis in idem* que dans l'hypothèse de l'infraction commise à l'étranger. Donc, cette solution est générée par le principe de territorialité de la loi pénale, qui confère une compétence générale et exclusive à la loi pénale française ainsi qu'aux juridictions répressives françaises pour toutes les infractions commises sur le territoire de la République ; et c'est l'exercice de cette compétence exclusive qui a pour conséquence l'exclusion de la règle *ne bis in idem* et la privation de l'autorité de la chose jugée à l'étranger, quand l'infraction est commise en France. Tout ça n'est que l'expression du plus large principe de souveraineté de l'Etat sur son territoire (en effet, il faut considérer que chaque Etat doit faire respecter sa conception de l'ordre public à l'intérieur de ses frontières)⁴²⁸.

⁴²⁵ V. l'article 113-2 du code pénal.

⁴²⁶ V. l'article 113-1 du code pénal.

⁴²⁷ V. Première Partie, Ch. 1, sect. 2, § 1, n. 18 et suiv..

⁴²⁸ En effet, cette exclusion du principe *ne bis in idem* dans ces cas est aussi l'expression de la souveraineté de l'Etat qui conduit à assimiler les infractions commise à bord ou à l'encontre d'un navire

Au-delà du plan interne, cette conception du principe *ne bis in idem* est de plus conforme aux dispositions dictées par les articles 54 - 58 de la CAAS, qui (comme l'on a vu) consacrent le principe de l'autorité de la chose jugée à l'étranger sans distinction à raison du lieu de commission de l'infraction ; la France en effet a formulé une réserve⁴²⁹, concernant les cas dans lesquels les faits qui fondent le jugement étranger ont eu lieu tout sur le territoire français, ou en partie sur le territoire français (et en ce cas le fait il est jugé par les juridictions de ce dernier). En outre, et encore, on peut voir un rappel au plus récent article 50 de la Charte de Nice.

Il y a des exceptions au principe général de l'exclusion du *ne bis in idem* dont on a parlé, qui méritent d'être signalées.

Les premières dérivent des textes nationaux : on se réfère en particulier à l'article 7 du Code Disciplinaire de la Marine Marchande⁴³⁰, qui interdit toute nouvelle poursuite fondée sur une de ses dispositions à partir du moment que la personne inculpée a été jugée définitivement à l'étranger pour le même fait (même si ce dernier est commis sur le territoire français)⁴³¹. Cette disposition s'étend quand même aux infractions à la

de la marine nationale en quelque lieu qu'il se trouve (article 113-3 du code pénal), ainsi que celles commises à bord ou à l'encontre d'un aéronef militaire français en quelque lieu qu'il se trouve (article 113-4 du code pénal) aux infractions commises en France et qui a pour effet de les exclure du domaine de la règle dont on parle (pour ces infractions, l'on répète, la loi pénale française est dotée d'une compétence exclusive ; toutefois on ne sait pas ce qu'il se passe quand on parle des infractions commises à bord des navires et des aéronefs qui ne sont pas militaires : la solution la plus probable nous conduit à exclure la compétence exclusive française dans ces hypothèses).

⁴²⁹ La réserve a été aussi formulée sur la base des articles 1 et 2 de la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987 relative à l'application du principe *ne bis in idem* ; après l'article 1, qui détermine l'applicabilité de l'interdiction d'ouvrir un nouveau procès "pour les mêmes faits" (le jugement, dans un autre Etat-membre, avec décision définitive et ses conditions relatives) "à condition que, en cas de condamnation, la peine ait été purgée ou qu'elle ait été effectivement en cours d'exécution actuellement ou, selon la loi de l'Etat de condamnation, qu'elle ne puisse plus être exécutée", le suivant article 2 permet à un Etat de se soustraire à la règle dictée par l'article 1 «... quand les faits visés par le jugement étranger ont lieu soit en tout, soit en partie sur son territoire à moins que ces faits n'aient lieu en partie sur le territoire de l'Etat où le jugement a été rendu et lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une infraction contre la sûreté ou d'autres intérêts également essentiels.».

⁴³⁰ L'article 7 du CDPMM récite textuellement: « Aucune poursuite ne peut être exercée, en application des dispositions de la présente loi, lorsque la personne inculpée a été jugée définitivement à l'étranger, pour le même fait, sous réserve, en cas de condamnation, qu'elle ait subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. ».

⁴³¹ V. M. PRALUS, *Etude en droit International et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis, Op. cit.*, n. 15.

police de navigation commises dans les eaux territoriales françaises par des navires français ou étrangers, en vertu de l'article 63 du même CDPMM.

Les autres exceptions au principe général de l'exclusion du *ne bis in idem* dérivent de certaines conventions internationales. L'article 36, § 2 sous a), n. 4 de la Convention de New-York du 1961 relative au trafic de stupéfiants dispose : « Les infractions graves précitées, qu'elles soient commises par des nationaux ou des étrangers, seront poursuivies par la Partie sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise, ou par la Partie sur le territoire de laquelle le délinquant se trouvera si son extradition n'est pas acceptable conformément à la législation de la Partie à laquelle la demande est adressée, et si ledit délinquant n'a pas été déjà poursuivi et jugé. ». Cet article a été interprété par la doctrine comme dérogoire du principe de droit interne qui se réfère à l'article 3 alinéa 1 du code civil⁴³² sur la compétence des lois et des tribunaux français pour les infractions commises sur le territoire ; il donne donc l'autorité de chose jugée à une décision étrangère quand même un trafic de stupéfiants aurait eu lieu en France. A bien voir, les articles 54 et 55 de la CAAS et l'article 2 de la Convention de Bruxelles du 1987⁴³³ posent la même règle : l'infraction réputée commise en France (dont un élément constitutif a eu lieu sur le territoire de la République) n'est pas alors assimilée à l'infraction commise en France (dont toute la conduite a eu lieu sur le même territoire) lorsqu'elle a déjà été jugée par les juridictions d'un Etat sur le territoire duquel certains de ses éléments constitutifs ont été accomplis.

72. Infraction commise à l'étranger. - Lorsque l'infraction est commise à l'étranger, les règles de l'application du principe de l'autorité de la chose jugée sont littéralement inversées par rapport à celles qui concernent les hypothèses (l'on se réfère au principe et à l'exception dont on a déjà parlé) de l'infraction commise (ou réputée commise) dans le territoire français : il s'ensuit que l'application du *ne bis in idem* devient « le principe » et l'exclusion (fondée sur la compétence réelle de la loi pénale française) devient l'« exception ».

⁴³² L'art. 3 alinéa 1 Cod. Civ. récite textuellement : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent sur le territoire. ».

⁴³³ V. note n. 149.

L'article 113-9 du code pénal interdit l'exercice d'une poursuite en France du chef du crime (ou du délit) commis à l'étranger à l'encontre d'une personne qui justifie qu'elle a déjà été jugée définitivement pour les mêmes faits : ce texte, en même temps, démontre le caractère subsidiaire⁴³⁴ des compétences active⁴³⁵ et passive⁴³⁶ de la loi française (ce dernier est la base de laquelle dérive le principe de protection) et consacre, comme l'on a vu, l'autorité de la chose jugée à l'étranger. L'article 692 du code de procédure pénale⁴³⁷ pose la même règle pour la personne qui est soit complice d'une infraction commise à l'étranger (quand l'acte de complicité a eu lieu en France), soit auteur d'une infraction commise à l'étranger qui relève de la compétence universelle des tribunaux français⁴³⁸. La CAAS et la Convention de Bruxelles du 1987, interprétées *a contrario*, confirment cette idée : en cas d'infraction commise à l'étranger, ni les dispositions conventionnelles relatives aux réserves, ni les réserves françaises ne prévoient la mise à l'écart de la règle *ne bis in idem*.

73. Dérogations : hypothèses. - Mais par dérogation à ce principe, la règle peut être exclue aussi en cas d'infraction commise à l'étranger dans deux hypothèse

⁴³⁴ V. L. DESESSARD, « *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem* ».

⁴³⁵ Le principe de la compétence personnelle active de la loi en France est réglée par l'article 113-6 du code pénal : « La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République.

Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis.

Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé. ».

⁴³⁶ La règle de la compétence personnelle passive de la loi française est dictée par l'article 113-7 du code pénal : « La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction. ».

⁴³⁷ V. encore Première Partie, Ch. 1, sect. 2, n. 18 et suiv..

⁴³⁸ Le système de la compétence universelle, qui a caractère subsidiaire, établit qu'une infraction doit être jugée par les tribunaux de l'Etat sur le territoire où la personne qui a commis le crime ou le délit a été arrêté ou se trouve même passagèrement, et ceci quelque soit le lieu de commission de l'infraction et quelques soient les nationalités de l'auteur et de la victime.

principales (et ces cas sont l' « exception » : l'infraction commise à l'étranger peut être poursuivie par les juridictions françaises).

La première hypothèse est celle dans laquelle l'infraction commise à l'étranger porte atteinte à des intérêts français tellement importants que la France ne peut abandonner son droit de poursuite à l'Etat du lieu de commission, en vertu du principe de territorialité⁴³⁹. Tout ça signifie que la loi pénale française et les juridictions nationales bénéficient d'une compétence réelle exclusive : le cas est discipliné par l'article 113-10 du code pénal, qui prévoit que la loi pénale française est applicable aux crimes et aux délits (lorsqu'ils sont commis à l'étranger) qualifiés d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, à la falsification et à la contrefaçon du sceau de l'Etat, de pièces de monnaie, de billets de banque ou d'effets publics⁴⁴⁰, ainsi qu'à tout crime ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français. Et c'est quand même cette compétence réelle qui va exclure l'application du *ne bis in idem* quand l'infraction est poursuivie en France après avoir été jugée à l'étranger. Cette solution est encore une fois conforme aux prévisions de la CAAS et de la Convention de Bruxelles du 1987, qui donnent la possibilité aux Etats-parties d'écarter la règle du *ne bis in idem* lorsque les faits visés par le jugement étranger sont constitutifs d'une infraction contre la sûreté de l'Etat ou d'autres intérêts également essentiels⁴⁴¹.

La deuxième hypothèse dans laquelle le principe d'autorité de la chose jugée doit être écarté c'est le cas où (quand bien sûr l'infraction est commise à l'étranger) on doit forcément protéger l'armée française et par conséquent la souveraineté de la France.

§ 2. Conditions relatives à la décision étrangère

74. Double partition. - Les conditions d'application de la règle *ne bis in idem*, en effet, ne sont pas complètes : pour une correcte individuation du domaine d'opération de ce principe, il faut encore parler des conditions relatives à la décision étrangère. Ici

⁴³⁹ V. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit Pénal International*, 2^{ème} édition, 2001, n. 153

⁴⁴⁰ Réprimées par les articles 442-1, 442-2, 442-5, 442-15, 443-1 et 444-1 du code pénal.

⁴⁴¹ V. notamment l'article 55 de la CAAS et l'article 2 de la Convention de Bruxelles du 1987.

aussi on peut faire une « bipartition » : d'une coté on a des décisions de caractère générale, qui concernent soit la condamnation, soit l'acquittement, soit le relaxe ; d'une autre coté il y a par contre des conditions supplémentaires spécifiques, qui ne concernent que les décisions de condamnation.

75. Conditions de caractère général. - Pour que *le ne bis in idem* ne fasse pas obstacle à la poursuite en France de l'infraction jugée à l'étranger, il faut vérifier la présence de trois conditions, réunies entre elles.

La première se réfère au fait que la décision doit parvenir d'une juridiction qui doit être chargée de rendre la justice : un simple classement sans suite, pour exemple, ne suffit pas à mettre obstacle à une poursuite en France. La question se pose sur l'assimilation de la transaction, notamment une cause d'extinction de l'action publique en droit interne, à un jugement : la Chambre criminelle, même si la jurisprudence n'est pas claire sur ce point, semble être très réticente à admettre que ce mécanisme puisse faire obstacle à une nouvelle poursuite en France⁴⁴².

Ensuite, cette décision doit être rendue à l'issue d'une procédure régulière et respectueuse des droits de la défense : la procédure régulière implique que la décision soit émise par une juridiction répressive étrangère retenue internationalement compétente (naturellement par rapport aux règles de compétence établies par les droits international et français interne) ; en outre, cette procédure doit être respectueuse des droits de la défense tels qu'ils sont entendus en droit français.

Enfin, cette décision doit être définitive. La décision ne doit plus être frappée d'une voie de recours ordinaire ou extraordinaire : cette exigence est expressément prévue soit par des textes nationaux (les articles 113-9 du code pénal et 692 du code de procédure pénale), soit par des textes internationaux (les articles 54 de la CAAS et 1^{er} de la Convention de Bruxelles du 1987) ; ça va sans dire, le caractère définitif doit être apprécié au regard de la loi étrangère. Toutefois, il se passe qu'en France les juridictions se réfèrent souvent à la loi nationale : tout ça, en effet, va limiter la portée en France de l'autorité de la chose jugée étrangère ; mais il faut penser que seule une décision qui

⁴⁴² V. Cass. crim., 3 juin 1991.

provient d'une juridiction de jugement peut avoir un caractère définitif, même si elle provient des juridictions d'instruction (notamment de non-lieu)⁴⁴³⁻⁴⁴⁴.

76. Conditions supplémentaires spécifiques. - Lorsque le jugement étranger a reconnu coupable et condamné la personne poursuivie, d'autres conditions doivent être respectées en vue de la complète et correcte application du ne bis in idem : l'on se réfère aux conditions supplémentaires spécifiques aux décisions de condamnation.

A ce propos, les articles 113-9 du code pénal et 692 du code de procédure pénale, comme les articles 54 de la CAAS ou 1^{er} de la Convention de Bruxelles, exigent que la peine principale prononcée par le jugement étranger⁴⁴⁵ ne soit pas nécessairement bien qualifiée, en pouvant être une peine d'amende ou d'emprisonnement. Mais la peine, si elle doit être subie, ça implique qu'elle doit être intégralement exécutée. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi estimé qu'une personne jugée et condamnée à l'étranger qui, après avoir purgé une partie de sa peine à l'étranger, s'évade et revient en France, peut être rejugée par les juridictions françaises pour les mêmes faits que ceux qui ont motivé la décision étrangère⁴⁴⁶. De toute façon, il faut noter que l'article 54 de la CAAS, comme l'article 1 de la Convention de Bruxelles, assimilent la peine en cours d'exécution à la peine déjà exécutée⁴⁴⁷, en interdisant de nouvelles poursuites dans une telle hypothèse : cette règle doit prévaloir dans les rapports de la France avec les Etats-parties sur celle des articles 113-9 du code pénal et 692 du code de procédure pénale, qui ne prévoient pas cette solution, même si les conventions précitées ont été ratifiées. Il faut rappeler que si la peine n'est pas exécutée, les articles 113-9 du code pénal et 692 du code de procédure pénale exigent que la peine soit prescrite, par rapport évidemment

⁴⁴³ V. aussi l'arrêt *Miraglia*.

⁴⁴⁴ Le non-lieu motivé en droit interne éteint l'action publique : la loi étrangère est la seule qui peut dire si une décision de non-lieu, motivée ou moins, est capable de devenir définitive. A tel propos, V. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Op. cit.

⁴⁴⁵ V. A HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 2^{ème} édition, 2001.

⁴⁴⁶ V. Cass. crim. 26 octobre 1993, *Bull. crim.* n. 315.

⁴⁴⁷ L'on a plusieurs fois déjà vu dans les nombreux arrêts de la CJCE.

aux Etats dont les juridictions ont prononcé la condamnation⁴⁴⁸ : ces textes n'assimilent pas la grâce et l'amnistie à l'exécution de la condamnation. En ce qui concerne tout d'abord la grâce, la loi française refuse de lui conférer le rôle d'obstacle à de nouvelles poursuites, parce qu'elle peut être accordée pour des motifs de pure opportunité⁴⁴⁹. Toutefois, cette assimilation est opérée par la CAAS et la Convention de Bruxelles, qui prévoient toutes les deux que la règle *ne bis in idem* doit jouer lorsque la sanction ne peut plus être exécutée « selon les lois de la partie contractante de condamnation »⁴⁵⁰ : cette solution doit donc prévaloir lorsque l'Etat de condamnation est partie à l'un de ces traités. En ce qui concerne l'amnistie, ce sont également les deux Conventions précitées qui rendent irrecevable toute nouvelle poursuite si la peine prononcée est éteinte pour cette cause, postérieurement à la condamnation⁴⁵¹.

§ 3. Effets de l'application des conditions

77. L'exception de chose jugée. - Lorsque les conditions d'application de la règle *ne bis in idem* sont réunies, celle-ci met obstacle à ce que le fait déjà jugé à l'étranger fasse l'objet d'une nouvelle poursuite en France. En revanche, lorsqu'il n'y a pas la réunion de ces conditions, les juridictions nationales doivent retrouver leur compétence et se pose la question de savoir quels sont les effets de la décision étrangère antérieure sur la décision française quant à la détermination de la peine.

Les conditions précitées réunies, relatives tant aux infractions, qu'à la décision étrangère, aucune nouvelle poursuite en France n'est possible à raison des mêmes faits que ceux qui ont été déjà jugés à l'étranger : sur un plan pratique, cette règle confère donc au prévenu la possibilité de soulever l'exception de chose jugée, sans qu'il soit nécessaire que la décision étrangère ait été préalablement exécutée (*aexequatur*) par une

⁴⁴⁸ V. A HOUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, *Op. cit.*.

⁴⁴⁹ V. *Circ.* 14 mai 1993 : «L'article 113-9 écarte le jeu de la règle *ne bis in idem* lorsque le coupable a obtenu sa grâce à l'étranger. ».

⁴⁵⁰ V. les articles 54 de la CAAS et 1^{er} de la Convention de Bruxelles.

⁴⁵¹ V. encore A HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, *Op. cit.*.

juridiction française ; il suffit que celle-ci soit invoquée au cours de l'instance engagée devant un tribunal répressif français. Mais encore deux questions se posent à ce propos.

78. *Exceptio* : ordre public. - La première est celle du caractère d'ordre public de l'exception de chose jugée : celle-ci, doit-elle être nécessairement invoquée par la personne poursuivie ou peut être soulevée d'office par le juge ou par le ministère public ? Les textes des articles 113-9 du code pénal et 692 du code de procédure pénale ne donnent aucune réponse sur ce point. Une partie de la doctrine a soutenu que l'autorité de la chose jugée à l'étranger n'est pas d'ordre public et qu'il appartient pour cela à la personne poursuivie de soulever l'exception de chose jugée⁴⁵² ; certains arrêts de la Chambre criminelle semblent aller dans ce sens, en décidant qu'il appartient à la personne poursuivie de faire état de l'exception de chose jugée et d'apporter la preuve de la réunion des conditions d'application de la règle *ne bis in idem*⁴⁵³. Toutefois, la CAAS semble consacrer le caractère d'ordre public de cette exception : en effet, son article 57 prévoit que si les autorités compétentes de l'Etat-partie dans lequel une personne est accusée d'une infraction ont des raisons de croire que l'accusation concerne des faits qui ont déjà été jugés dans un autre Etat-partie, elles demanderont (si elles l'estiment nécessaire) tout renseignement pertinent aux autorités de ce dernier ; une telle solution a le mérite d'aligner le régime de l'exception de chose jugée à l'étranger sur celui de l'exception de chose jugée dans l'ordre interne.

79. *Exceptio* : le moment pour invoquer le « *ne bis* ». - La deuxième question relative à la mise en œuvre de la règle *ne bis in idem* concerne le moment auquel l'exception de chose jugée doit être invoquée. Celle-ci doit-elle être soulevée *in limine litis* ou peut-elle être soulevée tout au long du procès, voir pour la première fois devant la Cour de cassation ? Partie de la doctrine a adhéré à la première solution⁴⁵⁴. Toutefois, une autre partie de la doctrine, en se fondant sur la rédaction de l'ancien article 692 du code de procédure pénale, estime que l'exception de chose jugée peut être soulevée tout

⁴⁵² V. encore A HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, *Op. cit.*

⁴⁵³ V. Cass. crim. 11 juin 1986, *Bull. crim.* n. 203.

⁴⁵⁴ V. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, *Op. cit.*

au long du procès, car ce dernier texte ne vise pas la poursuite au sens de l'introduction de l'action publique, mais toutes les actes de procédure nécessaires à l'exercice de cette action, actes qui vont jusqu'au jugement définitif ; la même doctrine exclue la possibilité de soulever l'exception pour la première fois devant la Cour de cassation⁴⁵⁵. En droit positif, les formules similaires des articles 113-9 du code pénal et 692 du code de procédure pénale (dans son texte nouveau) semblent permettre de soulever l'exception de chose jugée à tout moment du procès, y compris pour la première fois devant la Cour de cassation, en prévoyant, à partir du moment dans lequel les conditions sont réunies, qu' «Aucune poursuite ne peut pas être exercée... ».

80. *Summa conclusive.* - L'on a vu alors que, lorsque les conditions d'application sont réunies, la règle *ne bis idem* s'oppose donc à toute nouvelle poursuite en France de l'infraction déjà jugée à l'étranger. Par contre, lorsqu'elles ne le sont pas, un nouveau jugement est possible et il se pose la question de savoir quels sont les effets de la décision étrangère sur celle des juridictions françaises quant à la détermination de la peine.

Alors que les conditions d'application de la règle *ne bis in idem* ne sont pas réunies, aucune autorité n'est reconnue à la décision étrangère. L'individu qui a été déjà poursuivi et jugé à l'étranger pour une infraction peut l'être à nouveau en France pour la même cause. Et alors, lorsque la première décision est une décision de condamnation et la peine prononcée est une peine privative de la liberté qui a été déjà exécutée partiellement, y-a-t'il la possibilité d'imputer la partie de la peine déjà subie sur la peine prononcée par le juge français ? La réponse en principe ne peut qu'être négative, car la décision étrangère en ce cas est privée d'autorité. C'est pourquoi la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne permet d'imputer sur l'exécution d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction nationale, pour une infraction commise par un Français sur le territoire d'un Etat étranger, la durée de l'incarcération subie dans ce pays en exécution d'une condamnation infligée pour les mêmes faits par une juridiction de cet Etat, dès lors que le condamné ne justifie ni de l'exécution intégrale, ni de la

⁴⁵⁵ V. C. LOMBOIS, *Droit pénal International*, Ed. Dalloz, 2^{ème} édition, 1979.

prescription de sa peine⁴⁵⁶. La Haute Juridiction refuse également d'appliquer le principe du non-cumul des peines en cas de poursuites successives devant une juridiction étrangère et devant une juridiction française⁴⁵⁷. Les règles de l'absence de prise en considération par les juridictions françaises de la peine privative de liberté prononcée à l'étranger et de la non-imputation de la portion de cette peine qui a déjà exécutée valent *a fortiori* pour les peines d'une autre nature, telles que les peines pécuniaires, qui sont moins graves que ces dernières.

Toutefois, le règle de la non-imputation est écartée lorsque les juridictions françaises connaissent de faits qui ont déjà été jugés et sanctionnés par les juridictions d'un Etat-partie soit à la CAAS, soit à la convention de Bruxelles du 1987. En effet, l'article 56 de la CAAS, comme l'article 3 de la Convention de Bruxelles⁴⁵⁸, prévoient un correctif à la mise à l'écart de la règle *ne bis in idem*. Ces deux textes imposent en effet, en cas de nouvelles poursuites dans un Etat dirigées contre une personne qui a été définitivement jugée pour les mêmes faits dans un autre Etat-partie, de déduire toute période de privation de liberté subie en vertu du premier jugement de la peine de même nature prononcée par le second. De même, en ce qui concerne les peines autres que celles privatives de liberté qui ont déjà été subies, les articles 56 de la CAAS et 3 de la Convention de Bruxelles exigent qu'il en soit tenu compte dans la mesure où les législations nationales le permettent.

⁴⁵⁶ V. Cass. crim., 21 octobre 1997, *Bull crim.* n. 344.

⁴⁵⁷ V. Cass. crim., 6 février 1996, *Bull crim.* n. 61. Dans l'espèce, la Chambre criminelle rejette une demande de confusion d'une peine prononcée par un juge français avec celle intervenue à l'étranger.

⁴⁵⁸ L'article 3 de la Convention de Bruxelles récite : « Les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant ne peuvent être attirées devant les tribunaux d'un autre Etat contractant qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 6 du présent titre. ».

CONCLUSION PARTIE II

81. Plusieurs principes à respecter. - Bien que la territorialité continue à être le principal critère d'application du droit pénal, l'extension de la compétence nationale à des cas extraterritoriaux est de plus en plus fréquente, selon les rapports nationaux. Les Etats ont recours à différentes solutions pour étendre leur compétence pénale : l'extension traditionnelle du *principe de territorialité* est aujourd'hui amplifiée par l'admission de nouveaux critères de localisation de crimes, retenus progressivement pour toutes les infractions, même dans les pays qui initialement ne les ont admis qu'au sein de leur législation pénale spéciale (par exemple aux Pays-Bas pour ce qui concerne les infractions économiques et celles qui concernent les stupéfiants). Les infractions pénales sont ainsi considérées comme commises sur le territoire d'un Etat à partir du moment où l'un de leurs éléments constitutifs y a été physiquement accompli (c'est le cas de la France) ; c'est-à-dire, non seulement en tous lieux où, complètement ou en partie (comme en Italie) l'action ou l'omission a été commise, mais également, en suivant le *principe d'ubiquité*, là où ils se sont produits les effets de ces actes (c'est le cas de l'Allemagne ou de l'Italie).

La plupart des systèmes ont aussi traditionnellement étendu leur compétence pénale aux infractions commises à l'étranger par leurs propres nationaux, suivant ainsi le principe dit de *la personnalité active*. L'extension de la compétence due à ce principe est encore amplifiée aujourd'hui par la possibilité de ne pas tenir compte dans certains cas de la condition préalable de la double incrimination (fréquemment exigée, comme en Espagne) ou par l'introduction du *principe du domicile*, tel que proposée par les décisions de l'UE en matière d'abus sexuels des mineurs.

L'extension de la compétence se fait aussi à travers l'admission du *principe de protection*, qui permet de poursuivre une liste d'infractions commises à l'étranger (par quiconque, national ou étranger) et qui portent atteinte aux intérêts de l'Etat ; par le *principe de la personnalité passive*, qui n'est pas reconnu partout (voir, par exemple, en Espagne) et qui est parfois considéré comme une modalité du principe de protection.

L'élargissement du champ d'application du *principe universel* en vue de la poursuite de certains crimes est, enfin, la conséquence du principe *aut dedere aut judicare* prévu par diverses conventions internationales récentes sur les armes de destruction massive, le terrorisme, le crime organisé, le trafic de stupéfiants, le blanchiment d'argent, etc. Aux Pays Bas (excepté pour la piraterie et la falsification de monnaie), l'application du

principe universel est d'une certaine façon limitée par le fait qu'il s'agit d'une « option seulement secondaire » ou « seulement possible si un traité non seulement le permet, mais impose aux Etats Parties de reconnaître leur compétence ».

82. *Res judicata*: niveau national et supranational. - Dans ce cadre-ci il s'est développé et il continue à développer la conception du principe de l'autorité de la chose jugée. La question de la concurrence entre juridictions pénales, qui constitue traditionnellement un problème national, constitue aussi d'une façon croissante un problème transnational, du principalement à l'extension progressive des compétences pénales nationales. Au niveau interne les règles qui s'appliquent à la résolution des problèmes de concurrence interne sont clairement établies : la maxime du droit romain «*nemo bis in idem debet vexari*» apparaît parmi elles en tant que garantie de la sécurité juridique des citoyens, en empêchant le double procès et la double sanction imposée à la même personne, en raison du même fait et avec un fondement identique. Au niveau international ou transnational le principe *ne bis in idem* doit aussi « être considéré en tant qu'un droit humain », aujourd'hui incorporé aux conventions internationales et régionales des droits humains; en fait, l'application du principe *ne bis in idem* aux conflits juridictionnels est fréquemment problématique, comme l'on a vu et les réglementations internationales doivent assurer « au moins », qu'une « peine appliquée à l'étranger, et se rapportant à un comportement ou une infraction faisant l'objet de nouvelles poursuites, doit être prise en compte dans la seconde décision si une nouvelle peine est prononcée ».

D'un point de vue international enfin, le principe de la *res judicata* est une expression du conflit qu'il y a entre l'exigence de sa tutelle (conçue comme prérogative fondamentale de la personne qui mire à assurer la certitude du droit et de la juridiction sur un plan transnational) et la satisfaction des diverses instances développées à propos de la souveraineté territoriale (qui dérivent de la convergence sur un même fait des diverses compétences juridictionnelles concurrentes bien fondées sur la nature extraterritoriale de l'infraction)⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ V. N. GALANTINI, “Evoluzione del principio del *ne bis in idem* europeo tra norme convenzionali e norme di attuazione”, in *Dir. Pen e proc.* n. 12/2005, p.763

CONCLUSION

83. Les principes examinés. - La règle *ne bis in idem* est un principe classique de la procédure pénale, d'après lequel « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits » (ancien code d'instruction criminelle). Cette règle, qui répond à une double exigence d'équité et de sécurité juridique, est reconnue et appliquée dans l'ordre juridique interne par l'ensemble des pays respectueux de l'Etat de droit. En France, elle figure notamment à l'article 368 du code de procédure pénale. Le principe *ne bis in idem* est également consacré dans plusieurs instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, tels que le Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques de 1966 (article 14 § 7), le Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 4) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 50). Le principe *ne bis in idem* n'a pas seulement vocation à s'appliquer au niveau national, mais également dans les relations entre les Etats. Ainsi, au niveau de l'Union européenne, ce principe est repris à l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, signée le 19 juin 1990 et intégrée au droit de l'Union par le protocole au traité d'Amsterdam relatif à l'acquis de Schengen. L'article 55 de cette Convention a prévu, cependant, que les Etats pouvaient faire une déclaration, au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation de cette Convention, pour ne pas être liés par le principe du *ne bis in idem* dans trois cas : lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu, soit en tout, soit en partie, sur leur territoire (cette exception ne s'appliquant pas si ces faits ont eu lieu en partie sur le territoire de l'Etat où le jugement a été rendu) ; lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une infraction contre la sûreté de l'Etat ou d'autres intérêts également essentiels ; lorsque les faits visés par le jugement étranger ont été commis par un fonctionnaire en violation des obligations de sa charge.

84. Les perspectives. - La reconnaissance et l'application transnationale (horizontale) du principe *ne bis in idem* constituent aujourd'hui un problème très important, du à la résistance de beaucoup d'Etats à admettre un effet interne de *res judicata* aux décisions étrangères. En outre, le phénomène de la globalisation augmente le risque de compétences concurrentes transnationales : ce qui est également amplifié par la tendance généralisée d'étendre la compétence nationale, non seulement par le

biais des principes de personnalité, de protection et d'universalité⁴⁶⁰, mais aussi à travers la définition du *locus delicti*. Le *ne bis in idem* international requiert aussi des développements plus substantiels en vue de résoudre certains points obscurs et d'assurer une protection réelle en cas de procès factices.

Une réglementation internationale du *ne bis in idem* transnational et international pourrait constituer un outil adéquat pour traiter cette problématique dans son ensemble. Une telle réglementation internationale devrait commencer par la reconnaissance du principe *ne bis in idem* en tant que droit de l'homme, s'appliquant également aux niveaux international et transnational » et incorporé « au Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques et aux conventions régionales de protection des droits de l'homme », en adoptant par conséquent une approche plus individualiste des droits de l'homme. Mais la réglementation internationale du *ne bis in idem* devrait aller plus loin et, au moins à travers des instruments régionaux ou sous-régionaux, établir des règles pour prévenir et éviter des problèmes *ne bis in idem*, ainsi que pour garantir une application rationnelle et uniforme des règles de *ne bis in idem* transnational par les différents Etats. La prévention de scénarios *ne bis in idem* doit être le premier but d'une réglementation internationale. Les efforts orientés vers cet objectif devraient viser à l'établissement de règles internationales qui envisagent les cas de compétences concurrentes depuis leur origine : en ce sens, l'application de mécanismes et de systèmes d'identification précoces des cas de double poursuite ou de sanction s'avérerait très utile, ainsi que l'ouverture de négociations pour faciliter l'adoption de solutions consensuelles entre les Etats concernés. En ce qui concerne l'application rationnelle et uniforme des règles du *ne bis in idem* transnational, parmi les points cruciaux de la réglementation, méritent d'être mentionnés en particulier :

- la définition de ce qu'est un *idem* (faits historiques / infraction incriminée), absolument nécessaire pour éviter toute discussion ; la prise en considération des faits historiques est, en ce sens, une voie beaucoup plus sûre pour les individus que l'identité juridique ;

- la définition du moment où le *ne bis in idem* doit s'appliquer : une protection adéquate devrait commencer à être effective lors des premières investigations ; en outre ce serait le seul moyen de résoudre le problème des poursuites parallèles par plusieurs Etats portant sur le même fait ;

⁴⁶⁰ V. Conclusion Partie II.

- l'exigence de l'exécution en tant que condition préalable à l'application du principe *ne bis in idem* en cas de condamnation ; en fait, le développement d'instruments d'assistance en matière pénale pourrait aider à réduire l'importance de cette condition, en facilitant la transmission des procédures et l'exécution des décisions pénales étrangères⁴⁶¹.

85. Une réglementation supranationale. - A propos de cette réglementation supranationale, il faut rappeler que la République Hellénique a commencé à étudier un projet qui tend à la modification du contenu des articles 54-57 de la CAAS⁴⁶². En particulier, le projet en question prévoit l'introduction des critères de compétence uniformes : ces critères devraient servir à l'individuation du *forum* compétente, dans le cas où il y aurait plusieurs procédures relatives à la même infraction qui pendent devant les autorités des diverses autorités internationales (*litispendance internationale*, on en parlera en avant). Déjà à partir de cette considération primaire on voit comment au principe de l'autorité de la chose jugée vienne attribué un signifié très spécifique dans l'Union Européenne : en effet, il représente un aspect fondamental du programme qui est direct à l'actuation du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions étrangères lequel, par conséquent, est considérée la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire en matière pénale. De toute façon, soit la thématique relative à l'application du principe *ne bis in idem*, soit celle relative aux conflits de compétence, ont été l'objet du déjà connu « Livre Vert »⁴⁶³.

Mais alors, quelles sont les solutions réelles qu'on peut apporter aux problématiques de la correcte application du *ne bis in idem*, soit en Italie, soit en France, soit au niveau européen? La réponse à cette question, à mon avis, est contenue dans l'analyse du principe de litispendance internationale et dans la correcte conception de ce qu'il faut

⁴⁶¹ V. J. L. DE LA CUESTA, «Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem* : rapport général », *Op. cit.*

⁴⁶² Initiative of the Hellenic Republic with a view to adopting Council Framework decision concerning the application of the *ne bis in idem* principle, 2003/C-100/12, en *Official Journal of the European Union*, C 100/24 du 26 avril 2003.

⁴⁶³ F. RUGGIERI, « Livre vert » sur les conflits de juridiction et principe *ne bis in idem* dans les procédures pénales. Texte définitif présenté à la Commission Européenne le 23 décembre 2005 (COM 2005, 696 définitif).

entendre par « arrêt définitif ». Parallèlement, afin d'éviter des divergences dans l'application du *ne bis in idem*, on doit spécifier la signification qu'il faut attribuer à la notion de « *idem* ».

Il est important, encore en ce sens, de rappeler l'initiative de la République Hellénique.

86. Litispendance et projet (reconductible à celui) hellénique. - Il y a litispendance lorsque a été développée contre un individu une action pénale, à cause de la commission d'une infraction pénale, mais on n'a pas encore prononcé un arrêt et la cause est pendante en même temps devant un tribunal. Le projet hellénique tend à assurer la compétence à l'Etat-membre du *forum* qui peut mieux assurer la correcte administration de la justice, compte tenu de certains critères (lieu de commission de l'infraction pénale, citoyenneté ou résidence de l'auteur de l'infraction, citoyenneté des victimes ou encore lieu de l'arrestation). En cas de compétences concurrentes, les autorités des diverses Etats-membres doivent procéder aux consultations afin de choisir l'Etat-membre du forum auquel donner la compétence, et par conséquent la suspension de la procédure dans les autres Etats-membres jusqu'à la prononciation d'un arrêt définitif.

Une attention particulière doit être donnée aux limitations des possibilités de dérogations au principe dont on parle : par opposition à ce qu'il est prévu dans la CAAS et dans la Convention de Bruxelles du 1987 (ça veut dire la prévision de trois distinctes hypothèses de dérogation), la nouvelle proposition de la République Hellénique limite les dérogations seulement aux cas: d'attentat à la sécurité ; d'attentat aux autres intérêts essentiels de l'Etat-membre ; d'infractions commises par un officiel public lorsqu'il exerce les fonctions propres de son office. L'hypothèse qui en théorie pourrait trouver plus d'espace pour son application, vient moins : l'on se réfère à l'hypothèse de dérogation qui dérive de la commission des faits-objet de l'arrêt étranger sur le territoire de l'Etat-membre intéressé.

Les déclarations relatives au principe de territorialité, éventuellement déposées par les Etats-membres au moment de la ratification d'autres instrument en matière, semblent apporter plus d'incertitudes : si l'article 9 du projet hellénique apporte en effet l'abrogation expresse des articles 54-58 de la CAAS, il est autrement vrai qu'on ne dit rien à propos d'éventuels dispositions en matière qui pourraient trouver application par la force d'autres instruments internationaux ; en s'agissant de dispositions qui sont

substantiellement limitatives de l'application du principe du *ne bis in idem*, il en a qui est difficile que ces dernières puissent se considérer des « normes avec un portée plus étendue », l'application desquelles est faite expressément l'objet (et donc elle vient sauvée) par l'article 7 du même projet.

Le nouveau texte s'occupe, enfin, aussi du cas dans lequel dans un Etat-membre une nouvelle action pénale a été commencée par rapport à un individu qui a été déjà condamné avec un « arrêt définitif » dans un autre Etat-membre pour les mêmes faits, en prévoyant le principe du « cumul » en vertu duquel la période de privation de liberté ou la sanction pécuniaire doivent être soustraits à la peine qui sera donnée.

Mais il faut faire encore une observation : dans le texte il y a une absence totale d'une référence au rôle que peuvent développer des Institutions comme Eurojust⁴⁶⁴ ou le Réseau judiciaire européen⁴⁶⁵, pour ce qui concerne les discussions sur la litispendance, afin de procéder au choix de l'Etat-membre auquel il faut accorder une préférence pour le jugement de la procédure, ou encore pour faciliter l'échange des informations parmi les autorités compétentes⁴⁶⁶.

87. L' « arrêt » dans le Projet. - La définition d'arrêt qui est donnée par le projet de la République Hellénique semble être plus restrictive par rapport à la conclusion à laquelle parvient la CJCE : cette dernière, comme l'on a vu, inclus les procédures d'extinction de l'action pénale, en vertu desquelles le ministère public d'un Etat-membre peut aussi clôturer une procédure même si le juge n'est pas intervenu. Dans le texte actuel, le projet semble demander nécessairement la décision d'un juge, en excluant par conséquence du domaine de son application les procédures de « patteggiamento » (application typiquement italienne) devant le ministère public qui constituaient l'objet des causes traitées⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ La décision relative à l'institution d'une unité de coopération judiciaire « Eurojust » a été adoptée en occasion du Conseil JAI du 28 février 2002 (2002/187/Jai) et publiée en JOCE le 6 mars 2002, n. L 63,4.

⁴⁶⁵ L'action commune du 29 juin 1998 sur l'institution du Réseau Internationale européen a été publiée dans le JOCE du 7 juillet 1998, n. L 191,4.

⁴⁶⁶ Pour exemple le SIS, Service Informatique pour les activités qui se développent à l'intérieur de l'espace Schengen.

⁴⁶⁷ V. l'arrêt Gözutok/Brügge.

88. L'*idem* hellénique. - La proposition hellénique établit que chaque personne, ayant commis une infraction, qui a été déjà poursuivie ou condamnée avec un arrêt définitif dans un Etat-membre, ne soit plus poursuivie ou condamnée deux fois pour la même infraction. La procédure pourrait s'ouvrir une autre fois seulement en la présence de nouveaux faits, de nouvelles révélations ou d'un vice fondamental dans la procédure qui soit capable à intervenir sur l'arrêt déjà intervenu, logiquement en respectant la loi de la procédure pénale de l'Etat-membre ou la procédure est intervenue. La proposition de la République Hellénique semble donc se poser en ligne avec les plus importantes décisions de la CJCE à propos de l'« *idem factum* », en se séparant partiellement des précédents établis sur la litispendance (création nouvelle qui se sépare des *dicta* que l'on a vu) et d'« arrêt définitif » (ou il y a des difformités par rapport à ce que la CJCE considère).

89. Le « *Livre Vert* » : le cadre. - En prenant en considération partielle ce qu'il est prévu dans la proposition hellénique, la meilleure manière d'assurer un respect plein et entier du principe *ne bis in idem* c'est de prévoir un mécanisme permettant de prévenir et de régler les conflits de compétences entre les juridictions des différents Etats-membres. En effet, le risque qu'une personne soit poursuivie pénalement pour les mêmes faits dans deux Etats différents serait moindre s'il existait en amont un mécanisme permettant à ces deux Etats de s'accorder entre eux sur le choix de celui qui exercera les poursuites ou s'il existait un organe au niveau européen chargé de régler ce type de différends.

Or, sauf ce qu'on verra plus en avant, il n'existe pas actuellement de règles au niveau européen permettant de discipliner les conflits de compétences, bien que l'article 31 § 1 sous d) du traité sur l'Union européenne dispose que l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise, entre autres, à « prévenir les conflits de compétences entre Etats-membres ».

Certes, certains instruments adoptés au niveau européen contiennent déjà des critères permettant de choisir l'Etat-membre le mieux placé pour exercer des poursuites. Ainsi, en matière de terrorisme, l'article 9 § 2 de la décision-cadre du 22 juin 2002 dispose que « sont pris en compte, de façon successive, (...) le territoire sur lequel les faits ont été

commis », la nationalité ou la résidence du suspect, la nationalité des victimes et le territoire sur lequel le suspect a été arrêté. Mais ces critères sont très nombreux, si bien que, en pratique, plusieurs juridictions de différents Etats-membres peuvent être saisies d'une même affaire. Par ailleurs, il paraît difficile d'établir un ordre de priorité strict en la matière étant donné que chaque affaire est particulière. Certes, de manière générale, on pourra privilégier le principe de territorialité (c'est-à-dire du lieu de commission de l'infraction). Mais même ce principe peut connaître des exceptions. Il est donc très difficile, en pratique, d'empêcher l'apparition de conflits de compétence entre les Etats.

Le choix d'engager des poursuites dans tel ou tel Etat-membre n'est pas neutre étant donné les fortes différences qui subsistent entre les Etats-membres, tant en ce qui concerne le droit pénal (et, en particulier, la définition des incriminations et le niveau des peines), que la procédure pénale (comme le type de procédure ou le régime des preuves). La Commission européenne s'interroge donc dans son « Livre vert » sur la mise en place d'un mécanisme de règlement des conflits de compétences au niveau européen.

90. Le « Livre Vert » : les possibles solutions. - Dans un premier temps, le règlement des conflits de compétences pourrait être assuré par Eurojust : la décision du 28 février 2002 instituant Eurojust prévoit que celui-ci peut demander aux autorités compétentes des Etats-membres d'accepter que l'une d'elles puisse être mieux placée pour entreprendre une enquête ou des poursuites sur des faits précis. Cet organe peut également réaliser une coordination entre les autorités compétentes des Etats-membres concernés. Eurojust paraît donc l'institution la mieux placée pour connaître les conflits de juridiction. Eurojust a d'ailleurs déjà eu l'occasion à plusieurs reprises d'intervenir en matière de règlement de conflits de compétences : ainsi, par exemple, lors du naufrage du pétrolier le « Prestige », en novembre 2002, et de la pollution qui a touché les côtes espagnoles et françaises, les autorités de ces deux pays, qui s'estimaient toutes deux compétentes pour lancer des poursuites, avaient décidé de recourir à Eurojust pour régler leur différences⁴⁶⁸. Si Eurojust paraît l'institution la mieux placée pour assurer le

⁴⁶⁸ En définitive, dans cet affaire, le collège d'Eurojust avait conclu que l'Espagne était l'Etat le mieux placé pour exercer des poursuites pour deux raisons : d'une part, parce-que la plupart des éléments de

règlement des conflits de compétences au niveau européen, toute reconnaissance d'un pouvoir contraignant à cet organisme quant au choix de la juridiction compétente pour exercer des poursuites devrait être subordonnée à la mise en place d'un contrôle juridictionnel. En effet, il ne faut pas que quiconque puisse penser que le choix de la juridiction compétente se fonde uniquement sur la recherche de la législation la plus sévère ou de la justice la plus répressive.

En outre, à terme, le règlement des conflits de compétences pourrait être assuré par un Parquet européen, sous le contrôle de la CJCE ou d'une chambre spécialisée en matière pénale.

Le traité sur l'Union européenne contenait plusieurs avancées en matière de règlement des conflits de compétence. En effet, il prévoit de reconnaître à Eurojust un rôle en matière de résolution des conflits de compétences entre les autorités nationales chargées des poursuites, impliquant le cas échéant leur dessaisissement. Il prévoit, encore, la possibilité de créer un Parquet européen à partir d'Eurojust. Par ailleurs, le traité constitutionnel renforce les prérogatives de la Cour de justice dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale. Il permet également, à l'article III-359, la création, par une loi européenne, d'une chambre préliminaire ou d'un tribunal spécialisé en matière pénale au sein de la Cour de justice. En s'inspirant des dispositions prévues par le traité UE, on pourrait donc imaginer, le jour où les traités comporteront la base juridique nécessaire, le mécanisme suivant :

- un Parquet européen serait chargé de déterminer la juridiction la mieux placée pour exercer des poursuites dans les affaires de criminalité transfrontalière ;
- cette décision serait soumise au contrôle de la Cour de Justice ou d'une chambre spécialisée en matière pénale, sur le modèle de la chambre des mises en état des tribunaux pénaux internationaux ou de la chambre préliminaire de la Cour pénale internationale.

Donc, les prérogatives du « Livre vert » pourraient être résumées comme ça :

- Création d'un mécanisme d'informations parmi les Etats-membres ;
- Changement d'informations parmi les Etats-membres ;
- Médiation parmi les Etats sur la litispendance (par exemple Eurojust) ;
- *Forum* déterminé sur la base du principe du *locus commissi delicti* ;

preuve avaient été recueillis en Espagne ; d'autre part, en raison du nombre plus élevé de parties lésées dans ce pays (800 pour l'Espagne contre 71 en France).

- Obligation pour les Etats de clôturer une procédure active dans un autre Etat-membre ;
- Collaboration parmi les Etats-membres jusqu'à la détermination d'un Etat-membre compétent en cas d'incertitude sur l'Etat qui doit procéder au jugement.

91. Le « Livre Vert » : les critiques. - L'approche du « Livre vert » comporte certains mérites par rapport à la situation actuelle, qui n'est satisfaisante ni pour les particuliers, ni pour les Etats. D'autre part, le « Livre vert » n'aborde pas les questions substantielles qui sont d'une importance fondamentale pour la protection des droits individuels.

De manière générale, le « Livre vert » transforme le droit de ne pas être poursuivi et condamné deux fois pour le même acte, ce qui est principalement un droit de l'accusé, en une affaire intergouvernementale où l'individu n'est pas représenté tant que le choix du for le mieux placé n'est pas fait par les Etats qui ont des compétences parallèles.

Le rôle des particuliers concernés à ce stade pré-judiciaire du mécanisme suggéré est très limité alors que leur droit de remettre en question le for choisi après l'inculpation n'est qu'à titre exceptionnel (respect de la procédure et/ou abus de pouvoir) et n'offre aucune mesure de protection raisonnable.

Il existe au moins cinq domaines dans lesquels le mécanisme proposé de choix du for le mieux placé est fondamentalement défectueux :

a) La décision du for le mieux placé est laissé entièrement aux Etats membres concernés qui ont le devoir d'entamer des discussions : un organe indépendant au sein de l'Union européenne constituerait une alternative souhaitée ;

b) Les discussions doivent se tenir entre les autorités compétentes des Etats concernés, à savoir principalement entre les autorités en charge des poursuites qui, en règle générale, sont influencées par le pouvoir exécutif. Dans les cas où des intérêts nationaux vitaux sont en jeu (par exemple, criminalité financière, terrorisme, etc.), des Etats plus puissants pourraient être tentés de faire pression sur des Etats moins puissants au sein de l'Union européenne pour accepter leurs compétences. La course au plus offrant sur la base d'autres considérations (exemple : évitement de limites dans le temps pour la poursuite ou d'autres interdictions de poursuite pour les barreaux, durée estimée

de la peine, etc.) pourrait rendre la sélection du for inéquitable ou abusive et affecterait l'autorité morale du for choisi ;

c) Le « Livre vert » comprend une liste non exhaustive de critères selon lesquels le for le mieux placé devra être choisi. Ceux-ci ne sont pas hiérarchisés. Bien qu'il soit raisonnable de conserver la flexibilité du mécanisme et de ne pas hiérarchiser dans l'absolu un ou plusieurs critères visés, il conviendrait de donner la priorité à la territorialité et à la résidence de l'accusé. L'absence de hiérarchie met en péril la transparence et l'intégrité de la sélection du for ;

d) Il n'existe aucun procédé pour les personnes concernées permettant de remettre en question le for choisi devant les juridictions nationales dans les cas où le for désigné n'est pas celui de la résidence permanente de la personne. Son droit afférent ne peut être exercé que devant le for choisi. Cette restriction, accompagnée des bases très limitées sur lesquelles on peut remettre en question un for sélectionné, laisse la personne presque sans aucune protection ;

e) Le principe de *ne bis in idem* est proclamé dans le titre du « Livre vert » comme un domaine de la législation proposée. Néanmoins, le « Livre vert » ne contient aucune proposition au sujet de ce principe. Il n'y a qu'une vague référence selon laquelle l'établissement du mécanisme proposé pour choisir le for le mieux placé pourrait permettre de relancer la discussion sur le principe de *ne bis in idem*.

Cette approche est étrange. Il apparaît clairement qu'aucune initiative sur les conflits de compétences ne peut recueillir une large majorité si elle n'aborde pas dans le détail les questions à résoudre dans le cadre de la protection contre les doubles poursuites.

En conclusion, le « Livre vert », même s'il introduit de nouvelles perspectives, il ne fournit pas de base acceptable pour discuter des conflits positifs de compétences et du principe *ne bis in idem* au sein de l'Union européenne.

92. Perspectives générales : conclusion. - La matière du *ne bis in idem* risque alors, potentiellement, de se développer comme forum shopping procédural, dans le cas ou, par exemple, à l'intérieur d'un certain Etat-membre le système se révèle capable de garantir à l'accusé des clôtures procédurales particulièrement invitantes et en même temps avec peu d'efficacité, qui sont proportionnées du point de vue des sanctions.

Les hypothèses qu'on a vues apparaissent quelque fois académiques : elles pourraient être évoquées toutefois pour démontrer comment soient centrales et essentielles la

garantie des libertés individuelles et l'existence d'un contrôle juridictionnel supranational (comme celui qui est garanti par la Cour de Luxembourg), à l'intérieur du complexe procès de construction d'un espace de Liberté, de Sécurité et de Justice actuellement en cours dans l'Union Européenne ; et c'est dans ce sens qu'ils se développent beaucoup de perspectives au regard du principe *ne bis in idem*, l'une des quelles peut être représentée par l'entrée en vigueur à compter du 1^{er} mars 2008 d'une procédure d'urgence en matière de questions préjudicielles posées dans le cadre dont l'on a parlé ; une autre perspective, en outre, pourrait être représentée des modifications au traité de Lisbonne du 2007 : ces modifications sont plus radicales et se développent principalement sur la communautarisation de la coopération judiciaire en matière pénale.

PARTE I

Il principio « *Ne bis in idem* » nel processo italiano

93. Sviluppo comparatistico. - Secondo lo sviluppo naturale di un approccio sistematico tra sistemi giuridici, il secondo *corpus* del presente lavoro sarà interamente dedicato alla disamina di ciò che storicamente (e attualmente) rappresenta il *ne bis in idem* nel nostro ordinamento, di modo si possano tracciare (in una sorta di unicum inscindibile) le linee guida che differenziano il nostro sistema giuridico da quello francese. In particolare, come vedremo, il presente lavoro sarà incentrato in questa prima parte sulla trattazione del principio preclusivo di cui all'art. 649 c.p.p. (*Capitolo 1*) visto sotto una duplice chiave di lettura: sulla scorta dei principi che si pongono a fondamento del divieto contenuto nel nostro codice, tratteremo tanto dei profili “sostanzialistici” (le diverse tipologie di reato nelle quali si può ravvisare il divieto) quanto di quelli “processualistici” (le cd. eccezioni al principio), le quali fattispecie, se da un lato appaiono perfettamente sovrapponibili, in realtà non lo sono, ponendosi in un rapporto di *genus ad speciem* del tutto peculiare (*Capitolo 2*).

CAPITOLO 1

Analisi dell'art. 649 c.p.p.

Obiettivo primario di questo primo capitolo sarà quello di stabilire quali sono i confini della previsione normativa che delinea il contorno del *ne bis in idem*. Da una rapida descrizione storica, passeremo a una descrizione comparatistica (si prenderanno in esame anche norme processual-civilistiche) di ciò che l'art. 649 c.p.p. vuol esprimere nel nostro ordinamento (sezione I); successivamente ci occuperemo dei fondamenti veri e propri per l'operatività di detto principio, fondamenti comuni ed allineati (come vedremo) coi dettami giuridici valevoli a livello europeo e che già sono stati esaminati nella parte dedicata all'ordinamento francese ed internazionale, presente all'interno di questo scritto (sezione II).

SEZIONE I - Ratio della norma

94. Definizione. - Il fondamento della regola del *ne bis in idem* va rintracciato nel diritto romano e precisamente nel brocardo *bis de eadem re ne sit actio*: secondo vari autori, la cui testimonianza si è susseguita nel corso dei secoli⁴⁶⁹, il principio della *res judicata* nel sistema regolato dalle cd. *legis actiones*, altro non era che un meccanismo di preclusione che si verificava nel momento della *litis contestatio*, precisamente attraverso l'istituto dell' *exceptio rei judicatae*, che vietava che una medesima azione venisse posta in essere contro un medesimo soggetto a seguito di un giudizio già formulato: il “giudicato” era visto sotto una duplice forma, come nucleo comprendente in sé il “precedente giudizio” e come una “valutazione circa il suo contenuto”, ciò che verrà poi riassunto nel celebre brocardo *res judicata pro veritate habetur*⁴⁷⁰; è solamente col processo *extra ordinem* giustiniano che si ha invece la

⁴⁶⁹ Cfr., *ex Plurimis*, ULPIANO, *Digesto*, Libro 48 Titolo 2; M.F. QUINTILIANO, *Institutio Oratoria*, Libro 7 cap. 6; GIUSTINIANO, *Codex*, Libro 9 Titolo 1.

⁴⁷⁰ Vedi il richiamo nell'introduzione al presente lavoro.

comparsa del brocardo *ne bis in idem*, con riferimento esclusivo alla cosa giudicata in rapporto al fondamento della presunzione della verità⁴⁷¹.

95. Significato attuale. - Con formale e sostanziale aderenza ai canoni tradizionali, ai giorni nostri, secondo la teoria generale del processo, il giudicato altro non è che la preclusione alla quale è affidata la funzione di “... *garantire l'intangibilità del risultato del processo.*”.⁴⁷² La sentenza penale irrevocabile produce dunque due effetti sostanziali: da un lato, un effetto cd. negativo, per il quale, si vuole impedire che un soggetto venga sottoposto ad un medesimo procedimento per il quale sia stato precedentemente giudicato e vertente i medesimi fatti ormai acclarati, principio che si radica nell'art. 649 c.p.p.; dall'altro lato, un effetto cd. positivo, radicato invece negli articoli 651-654 c.p.p., il quale consiste nell'obbligo imposto al giudice (civile, penale o amministrativo) di decidere in aderenza a quanto già statuito in una sentenza penale irrevocabile⁴⁷³ (rinvenibile su un piano più cautelare/esecutivo che processuale).

96. Disamina. - Procedendo per gradi, da un punto di vista strettamente processualistico l'art. 649 c.p.p., sotto il titolo “Divieto di un secondo giudizio”, recita testualmente:

“ L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345.

Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.”.

⁴⁷¹ M.T. CICERONE, *Laelius, De Amicitia*, cap. 22 parr. 5-6.

⁴⁷² Cfr. Cass. Sez. Un., 28 giugno 2005, Donati

⁴⁷³ Vedi F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli Editore Torino, 2011, pp. 67 e segg.

Ratio del principio di cui ne occupa è dunque la tutela delle libertà fondamentali dell'essere umano, concepite in ogni più estesa forma: il principio, a ben vedere, non è costituzionalmente garantito, ma è rintracciabile nelle norme sul cd. giusto processo⁴⁷⁴, norme che a loro volta costituiscono lo “sbocco” di un *corpus* intrecciato di disposizioni, sempre contenute nella nostra Carta fondamentale (artt. 13, 14, 15, 21 Cost., solo per citarne alcuni).

Tale *ratio* è anche composita, diversa secondo che il nuovo procedimento possa nuocere o giovare all'imputato: se impedisce un peggioramento della situazione giuridica del soggetto già proscioltto o condannato con sentenza definitiva, il divieto di un secondo giudizio costituisce (come detto) presidio di garanzia e certezza in senso oggettivo; se impedisce un possibile miglioramento della predetta situazione, esso invece persegue unicamente finalità di contenimento e razionalizzazione dei tempi e delle risorse processuali.

⁴⁷⁴ Vedi art. 111 Cost. : “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.”.

SEZIONE II - Fondamenti per l'operatività del principio

97. Tripartizione. - Così come nell'ordinamento francese, anche nell'ordinamento italiano (sulla scorta del fondamento del principio di cui trattasi) sono dunque tre i presupposti immediatamente rintracciabili all'interno del divieto: A) l'irrevocabilità del provvedimento con il quale una medesima persona è stata già prosciolta o condannata; B) la completa identità logica e cronologica tra gli elementi del fatto su cui ha già deciso il provvedimento divenuto irrevocabile e gli elementi del fatto per il quale si vorrebbe instaurare il nuovo processo; C) l'identità tra la persona condannata (o prosciolta) con il provvedimento divenuto irrevocabile e la persona che si vorrebbe sottoporre ad un nuovo processo.

A) Irrevocabilità del provvedimento.

Probabilmente è uno dei punti nodali per stabilire se ci si trovi dinnanzi ad un *bis in idem* o meno. E' pacificamente ritenuto che la certezza dell'irrevocabilità del provvedimento precedentemente adottato, che sottende alla certezza del diritto in senso astratto, rappresenti la posizione di garanzia individuale più evoluta per potersi concretamente parlare di "preclusione"⁴⁷⁵: infatti, prescindendo dal costo economico che comporterebbe la ripresa di un giudizio già instaurato ed esitato (su di un piano prettamente statuale), da un punto di vista personale (piano umano) la ripresa di un secondo giudizio che vada a bissare quello precedentemente reso comporterebbe di certo un'eccessiva sofferenza per l'imputato (ed anche per la vittima del reato, costretta a dover "rivivere" le esperienze - certamente negative - legate al *factum sceleris* che quest'ultima ha dovuto subire). Detta funzione di tutela è particolarmente enfatizzata nei paesi di *common law*, laddove la violazione del principio del *ne bis in idem* (*double jeopardy rule*) comporta la possibilità di ricorrere all'interruzione dell'azione penale (*power to stay the proceeding*), interpretandosi così come vero e proprio "abuso

⁴⁷⁵ Vedi F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1983, 7^a ed., pp. 1061 e segg.

processuale” ogni ripresa di un’azione penale già conclusa con sentenza passata in giudicato, in quanto contraria ai doveri di correttezza.⁴⁷⁶ Similarmente, secondo i canoni del principio di preclusione tedesco (*Erledigungsprinzip*), l’azione penale si esaurisce una volta che sia stata esercitata, in quanto il primo giudizio reso su di un fatto criminoso tende a svuotare la perseguibilità (dello stesso fatto) dalla sostanzialità insita nella “pretesa statuale” alla punizione.⁴⁷⁷

98. Nozione. - La nozione di irrevocabilità nel nostro ordinamento, così come è ricavabile dall’art. 648 c.p.p., è dunque frutto del rapporto esistente tra le sentenze (e i decreti penali di condanna) e le loro originarie o residue possibilità di impugnazione (od opposizione). Difatti si definisce irrevocabile un provvedimento o a fronte della mancata previsione della sua impugnabilità o allorché siano stati esperiti (o si sia mancato di esperire) i controlli previsti. Questo essendo il meccanismo di formazione della irrevocabilità, è evidente che tale qualità porta come conseguenza la impossibilità giuridica di sottoporre a nuovo esame, mediante gli ordinari mezzi di impugnazione, ciò che ha formato oggetto della operazione conoscitivo-valutativa del giudice. Essenza della irrevocabilità è quindi la non-ripetibilità, nelle forme delle impugnazioni ordinarie, del giudizio sul fatto e sulla responsabilità nonché sulla eventuale determinazione della pena. Il fatto che un determinato giudizio non sia ripetibile porta come logica conseguenza che il giudizio stesso assuma un assetto definitivo; il che comporta la immodificabilità del suo contenuto.

Si è però visto che, per quanto attiene alla irrevocabilità, la regola della non “ripetibilità” del giudizio non è assoluta, ma è limitata alla impossibilità di ulteriormente effettuarla mediante i mezzi ordinari di impugnazione. Di conseguenza il giudizio che non è ripetibile in tali forme, lo può tuttavia essere in quelle delle impugnazioni straordinarie⁴⁷⁸: in tal frangente, l’istituto della revisione è la miglior

⁴⁷⁶ Vedi C.WELLS, *Abuse of process, a practical approach*, London, 2006, p. 240

⁴⁷⁷ Vedi J.L. DE LA CUESTA - A. ESER, *Current National and International criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”*, in *Rev. Int. de Droit Pénal*, 2001, pp.756 e segg..

⁴⁷⁸ A seguito dell’inserimento nel codice di procedura penale dell’art. 625*bis*, il numero delle impugnazioni straordinarie previste nel sistema sembra essersi arricchito. La rubrica dell’articolo in questione definisce infatti il rimedio come “ricorso straordinario per errore materiale o di fatto”. Vi è

prova di una simile asserzione. Ne consegue che la definitività del giudizio postulata dall'esistenza della irrevocabilità non è assoluta, ma soltanto tendenziale, così come soltanto tendenziale sarà la immodificabilità del contenuto del giudizio stesso.

Delineata in tali termini la nozione di irrevocabilità espressa dall'art. 648 c.p.p., essa descrive una situazione omologa a quella che nel processo civile integra, ai sensi dell'art. 324 c.p.c., la nozione di "sentenza passata in giudicato" o, come si legge nella rubrica della norma in questione, di "giudicato formale". Così è infatti definita la sentenza non più sottoponibile a impugnazione mediante i mezzi indicati nell'art. 323 c.p.c.

Una simile analogia di concetti potrebbe portare a sostenere che, corrispondendo l'irrevocabilità di cui all'art. 648 c.p.p. al giudicato formale di cui all'art. 324 c.p.c., il processo penale non conosca solo una nozione di giudicato formale, delineata mediante la descrizione dei meccanismi formativi della irrevocabilità, ma possieda anche una nozione di giudicato che comunque si diversifichi da quella di irrevocabilità delle sentenze. L'ipotesi è totalmente da respingere anche al di là della considerazione dell'inesistenza di un minimo supporto normativo che la asseveri. Difatti il concetto di cosa giudicata formale del processo civile assume il suo compiuto significato e la sua reale funzionalità solo in quanto venga correlato a quello di cosa giudicata sostanziale espresso dall'art. 2909 cod. civ. La disposizione, come è noto, afferma che l'accertamento, contenuto nella sentenza passata in giudicato, fa stato ad ogni effetto tra

tuttavia da rilevare che come risulta dal combinato dei commi 2 e 4 della norma in esame, il ricorso è sottoposto ad un termine (180 giorni), il mancato rispetto del quale ne comporta la inammissibilità quando il ricorso riguarda la correzione di un errore di fatto. Ora, poiché come è stato affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza 30 aprile 2002, Basile, *"l'errore di fatto è connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziato dalla inesatta percezione delle risultanze processuali il cui svisamento conduce ad una decisione diversa da quella che sarebbe adottata senza l'errore di fatto"*, è di tutta evidenza che la vera e propria influenza sul contenuto decisorio del giudicato la produce solo l'esercizio del rimedio in questione. L'avere sottoposto ad un termine di decadenza tale esercizio sembra ricondurre il rimedio più nel novero delle impugnazioni ordinarie che in quello delle straordinarie. Con la conseguenza che di vera e propria irrevocabilità e quindi di giudicato sembra potersi attualmente parlare solo trascorsi centottanta giorni dal deposito dei provvedimenti pronunciati dalla Corte di Cassazione.

le parti, i loro eredi o aventi causa. E' quindi evidente che la norma processuale civile, definendo il concetto di cosa giudicata formale sotto il profilo della irripetibilità del giudizio nelle forme delle impugnazioni, fornisce lo strumento mediante il quale vengono regolati in maniera definitiva determinati rapporti che rappresentano l'imprescindibile presupposto sostanziale del giudizio e dell'accertamento. Nulla di ciò è ravvisabile nella sentenza penale irrevocabile ed in relazione a quello che è l'oggetto principale del giudizio e della sentenza penale stessa. Quest'ultima infatti, non regola, in maniera diretta, alcun rapporto giuridico sostanziale sottostante ed è invece indirizzata, in via principale, all'accertamento dei seguenti dati:

- 1) l'esistenza o meno di un fatto;
- 2) la possibile configurazione di tale fatto come reato;
- 3) l'esistenza o meno della responsabilità di un determinato soggetto in ordine a tale fatto-reato (responsabilità intesa sia come titolarità della condotta rispetto all'evento, secondo lo schema della causalità, sia come colpevolezza costitutiva del dolo, della colpa o della preterintenzione). Nonché, infine, la eventuale determinazione della sanzione a contenuto penale (pena e/o misura di sicurezza) da applicare a tale soggetto per tale fatto.

Manca quindi ogni riferimento a un qualunque presupposto di diritto sostanziale fatta eccezione per l'esistenza di una fattispecie penale incriminatrice o descrittiva di una possibile pericolosità sociale. La circostanza che la legge processuale penale utilizzi, in determinate ipotesi, l'espressione "cosa giudicata" ponendola in una relazione di causa-effetto rispetto alla nozione di irrevocabilità, quasi si trattasse di concetti diversificati e sostanzialmente non sovrapponibili, non muta i termini del problema. Ciò infatti avviene esclusivamente con riferimento alle relazioni tra processo penale e giudizi extrapenali, siano essi di danno o "altri", come si esprime la rubrica dell'art. 654 c.p.p. Nonché esclusivamente al fine di regolare gli effetti della sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione sui diritti che formano oggetto dei ricordati giudizi. L'utilizzazione è quindi tipicamente extrapenale e con riferimento a situazioni soggettive e ad accertamenti del tutto accessori rispetto all'oggetto tipico e principale del processo penale.

99. Ancora sull'art. 648 c.p.p.. - Da tutto ciò consegue che la nozione di giudicato penale è esattamente sovrapponibile a quella di irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali di condanna così come descritta dall'art. 648 c.p.p. ed esprime una situazione di tipo meramente formale-processuale, senza alcun substrato di diritto sostanziale che la integri e la completi. E' pertanto destinata ad avere esclusiva rilevanza sul piano processuale e può spiegare i suoi effetti solo nel processo e per il processo, come risulta evidente solo che si considerino le aree e le situazioni esclusivamente processuali all'interno delle quali il giudicato esprime la sua efficacia. Tale efficacia discende direttamente dalla caratteristica fondamentale del giudicato stesso che, al solito, è riconducibile alle conseguenze della raggiunta irrevocabilità. Vale a dire l'immodificabilità dell'accertamento che ha formato oggetto della sentenza divenuta irrevocabile.

Tale immodificabilità, come abbiamo più sopra già osservato, discende dalla definitività del giudizio ed è conseguenza a sua volta della non ripetibilità del giudizio stesso. Tuttavia, così come tale definitività non è assoluta, ma solo tendenziale, per le ragioni anch'esse già esposte, anche l'immodificabilità del giudicato non è assoluta, ma rappresenta solo una tendenza dell'ordinamento a pervenire a decisioni giudiziarie dotate del requisito della certezza. In tal senso, e finché il giudicato mantenga la sua caratteristica di decisione immodificabile, esso proietta i suoi effetti solo ed esclusivamente a livello processuale. Così è per l'effetto impeditivo che si realizza nel processo penale mediante la regola del *ne bis in idem*; così è per l'effetto impositivo che trova la sua estrinsecazione nei giudizi extrapenali. E così è, infine, sia per quanto riguarda l'esecutività delle sentenze e dei decreti penali di condanna, sia per il valore di prova del fatto in esse accertato, assegnato alle sentenze irrevocabili dall'art. 238*bis* c.p.p..⁴⁷⁹

B) La completa identità logica e cronologica tra gli elementi del fatto su cui ha già deciso il provvedimento divenuto irrevocabile e gli elementi del fatto per il quale si vorrebbe instaurare il nuovo processo.

⁴⁷⁹ Vedi F. CORBI, *Il giudicato penale: profili costituzionali e di diritto comparato*, Incontro studio sul tema, IX Commissione Tirocinio e formazione professionale C.S.M.

E' il cosiddetto *idem factum*, principio d'età risalente secondo il quale si vuole che i fatti posti a fondamento del secondo giudizio siano esattamente identici a quelli posti a fondamento del primo giudizio già reso. "Stesso fatto" dunque, inteso non come perseguibilità (in seno al secondo giudizio) del fatto così come configurato astrattamente nella norma incriminatrice (*nomen juris*) da cui discende il primo giudizio, bensì "stesso fatto" inteso in senso concreto, come ripetizione del medesimo comportamento già posto in essere dallo stesso soggetto e che già è stato oggetto di giudizio (nelle forme previste per quest'ultimo), a prescindere che questo venga considerato diversamente "... per il titolo, per il grado o per le circostanze...".⁴⁸⁰ Le maggiori difficoltà interpretative sono state poste dalla dottrina e dalla giurisprudenza proprio sulla nozione di "stesso fatto"; ma procediamo per gradi.

100. Qualificazione naturalistica o giuridica? - Innanzitutto, riguardo a tale concetto sorge il quesito se per rintracciare l'"identità del fatto" sia rilevante una configurazione naturalistica del fatto stesso o se sia sufficiente la qualificazione giuridica di quest'ultimo. In realtà, come si può agevolmente notare, la risposta a tale primo quesito deriva direttamente da un'attenta lettura dell'art. 649 c.p.p., il quale prevede che il concetto di *ne bis in idem* venga preso in considerazione, in relazione al "medesimo fatto", anche se questo venga "... diversamente considerato per il titolo..". Il titolo costituisce la qualificazione giuridica del fatto, appunto, il *nomen juris*, da cui risulta chiaramente l'irrelevanza di questo elemento al fine di determinare l'identità o la diversità del fatto su cui si è già deciso rispetto quello su cui decidere. Tale assunto trova altresì fondamento nel concetto stesso di *ne bis in idem*, le cui ragioni si identificano nell'esigenza di sottrarre la persona ad una serie teoricamente illimitata di possibilità di persecuzione penale (ovvero al mero arbitrio dell'organo preposto al giudizio e, conseguentemente, abilitato a irrogare la sanzione eventualmente consequenziale⁴⁸¹). Invero, ciò può essere impedito solamente da un'accezione naturalistica del "fatto", che non si pieghi quindi a eventuali mutamenti e calibrazioni

⁴⁸⁰ Vedi *supra* il tenore dell'art. 649 co.1 c.p.p..

⁴⁸¹ Vedi M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Cedam, Padova, 2003, pp. 123 e segg.

determinati da una diversa valutazione normativa, la quale condurrebbe inevitabilmente ad ammettere la rinnovazione dell'accusa per lo stesso comportamento.

In sostanza si può agevolmente affermare che nella nozione contenuta nell'art. 649 c.p.p. il "fatto" prescinde da ogni definizione giuridica, emergendo esclusivamente nella sua realtà materiale e a prescindere dall'atteggiamento psichico del suo autore.

Tuttavia anche in relazione a tale profilo nasce un ulteriore problema interpretativo, anche più difficoltoso da risolvere, se si vuole: il fatto naturale costituisce un concetto composito, risultato finale di due pilastri che si sovrappongono diventando tutt'uno, la condotta e l'evento; conseguentemente è indispensabile stabilire se questi due elementi debbano concorrere o meno a determinare il significato di "fatto" ai fini della determinazione della reale portata del concetto di preclusione del giudicato.

101. Condotta materiale e fatto d'incidenza. - La questione appena posta non è di facile soluzione: dottrina e giurisprudenza sono state sovente divise in merito, sin dagli albori del Codice Rocco e sino ai giorni nostri⁴⁸². Orientamento giurisprudenziale assolutamente maggioritario sostiene e rivendica il concetto di "fatto" come coincidente con quello che in teoria generale del diritto (*recte*, del reato) viene individuato e definito come "elemento materiale della fattispecie", costituito a sua volta da condotta, evento e nesso di causalità⁴⁸³. A sostegno di tale posizione si afferma che la presenza di vari elementi fattuali della realtà induce a richiedere un'interpretazione rigorosissima del dettato normativo, nel senso di pretendere l'insieme di tali elementi e, di conseguenza, di considerarne non solo uno ai fini dell'individuazione del "medesimo fatto", bensì tutt'e tre nella loro scindibile unità⁴⁸⁴. Sempre secondo la giurisprudenza, qualora uno degli elementi risulti "difforme" dal paradigma appena tracciato, il "fatto" può essere

⁴⁸² Lo si ricorda: l'art. 90 del Codice Rocco ripeteva letteralmente il contenuto dell'attuale art. 649 c.p.p. Ed infatti ambedue gli articoli limitano agevolmente l'effetto preclusivo del giudicato ai casi in cui il nuovo procedimento abbia ad oggetto il "medesimo fatto" su cui ha precedentemente statuito una sentenza irrevocabile. Logicamente tutto ciò va riferito a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie (condotta, evento e nesso di causalità) ed alle situazioni in cui vi sia completa identità di condizioni di tempo, luogo e persona. A tal proposito, Vedi anche Cass., sez.I, 18 maggio 1995, *Lazzarini in Cass. Pen.*, 1997, p. 1338

⁴⁸³ Vedi *supra*.

⁴⁸⁴ Cfr., *ex multis*, Cass, sez. I, 23 ottobre 2000, *Fumo in Cass. Pen.*, 2002, p. 2416.

ulteriormente (e nuovamente) considerato in un diverso procedimento penale a carico del medesimo soggetto, con la conseguente possibilità di una nuova statuizione giurisdizionale.

Visione difforme ha invece la dottrina maggioritaria⁴⁸⁵, la quale ritiene che il concetto di “fatto” rilevante ai fini dell’operatività del principio della preclusione del giudicato comprenda solamente la condotta dell’agente (attiva o omissiva) con esclusione di ogni altra forma componente materiale di fattispecie legale: ad un’attenta analisi, anche tale concezione è ricavabile dal tenore letterale dell’art. 649 c.p.p., dal quale emerge che l’*idem factum* sussiste anche se esso venga “... *diversamente considerato per [...] il grado..*”. Di conseguenza poiché il grado, individuando una maggiore/minore intensità (e quindi gravità) del reato, si risolve obiettivamente nell’evento del reato stesso, appare in pieno risalto la completa irrilevanza dell’evento ai fini della determinazione dell’identità del “fatto”⁴⁸⁶. Tale posizione però necessita di una puntualizzazione: l’astratta scomposizione della fattispecie di reato in “condotta” ed “evento” e la rigida identificazione della prima col “fatto” di cui all’art. 649 c.p.p., possono condurre, in alcune ipotesi, a conseguenze aberranti dal punto di vista sostanziale (basti pensare al caso scolastico di chi sia stato condannato per getto pericoloso di cose - art. 647 c.p. - ; cosa succederebbe nel caso in cui, in un eventuale processo per omicidio, si accertasse che il soggetto precedentemente condannato per il getto pericoloso di cose ha volutamente lanciato l’oggetto per colpire alla testa vittima successivamente deceduta a seguito del getto medesimo?). A fronte di tali obiezioni, pertinenti, la dottrina ha consolidato una posizione ermeneutica nettamente migliorativa, la quale identifica il “fatto” di cui all’art. 469 c.p.p. nella “condotta”, ma in relazione al suo oggetto fisico di incidenza.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ Vedi G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1956 p. 281; G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1982, p.710; A. PAGLIARO, “*Fatto (dir. proc. Pen.)*”, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 964.

⁴⁸⁶ Vedi F. CALLARI, *La Firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè Editore 2009, pp.130 e segg..

⁴⁸⁷ Vedi F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè Editore, 2006, p. 1224. L’autore rileva come. “.. nell’art. 649 co. 1 ‘fatto’ significa ‘condotta’: e questa struttura nucleare include l’oggetto fisico, dove ne esista uno (reati cosiddetti materiali); le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono.”. Vedi altresì F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, torino, 1992, pp. 90 e segg..

102. Per una conclusione sul punto. - Concludendo, si può affermare che per “fatto” bisogna intendere una condotta umana esteriore, presa in considerazione nella precedente sentenza penale irrevocabile ed individuata dal suo eventuale oggetto materiale⁴⁸⁸. Appaiono irrilevanti anche gli eventuali elementi che accompagnano il manifestarsi della condotta, come si può ancora una volta agevolmente ricavare dal tenore letterale dell’art. 649 c.p.p., laddove risulta che l’identità del “fatto” sussiste anche se esso venga “... *diversamente considerato per [...] le circostanze.*”.

La nozione di “fatto” come “condotta” fornisce, dunque, la soluzione a numerosissimi problemi di implementazione giudiziale che concernono l’operatività del principio del *ne bis in idem*. La ricostruzione appena effettuata risulta altresì utile per individuare l’entità del divieto medesimo in ordine a fattispecie penali più particolari, quali il reato progressivo, il reato continuato, il reato complesso, il reato permanente ed il concorso eterogeneo di reati⁴⁸⁹.

C) L’identità tra la persona condannata (o prosciolta) con il provvedimento divenuto irrevocabile e la persona che si vorrebbe sottoporre ad un nuovo processo.

L’identità della persona giudicata con quella eventualmente giudicanda offre meno spunti interpretativi rispetto ai due aspetti già esaminati. Si ricorda semplicemente che il principio del *ne bis in idem* esplica una funzione di garanzia per la persona imputata nel nuovo processo e ne postula l’identità con il soggetto irrevocabilmente condannato o prosciolti. Pertanto, il giudice del procedimento a carico del concorrente può liberamente rivalutare il comportamento del soggetto già giudicato, ma unicamente al fine di accertare la sussistenza e il grado della responsabilità dell’imputato da giudicare⁴⁹⁰. L’*eadem persona* richiede quindi identità di posizioni processuali per cui

⁴⁸⁸ Vedi M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi, 5° ed., 2010, p. 972

⁴⁸⁹ Per tutte le mentovate fattispecie, vedi *infra*.

⁴⁹⁰ Vedi P. TONINI, *Manuale di Procedura penale*, Giuffrè Editore, 2010, p. 807.

chi ha rivestito il ruolo di imputato in un processo può essere assoggettato ad un nuovo procedimento penale per lo stesso fatto in veste di civilmente obbligato per la pena pecuniaria o di responsabile civile. Il divieto non opera, naturalmente, nei confronti dei concorrenti nello stesso reato che siano rimasti estranei al processo conclusosi con la sentenza irrevocabile.⁴⁹¹

⁴⁹¹ Vedi Cass., sez. II, 3 maggio 2005, *Tringali* in *CED Cass.*, n. 231924; Cass. sez. I, 16 novembre 1998, *Hass e Priebke*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 2231.

CAPITOLO 2

I limiti al principio “*ne bis in idem*”

103. Evoluzione. - Nel primo capitolo ci siamo soffermati su quelli che sono i fondamenti, ormai consolidati, del principio *ne bis in idem*. Abbiamo visto come detti fondamenti siano imprescindibili, totalmente legati tra di loro in un *unicum* dalle molteplici sfaccettature, che ad ogni buon conto conducono all’inscindibilità del principio di cui si tratta. In questo secondo capitolo ci proponiamo, quindi, di esaminare attentamente quali siano le principali eccezioni al principio del *ne bis in idem* (Sezione I) e, soprattutto, quale sia il comportamento del principio della preclusione del giudicato in rapporto alle varie fattispecie di reato ravvisabili nel nostro ordinamento (Sezione II).

SEZIONE I - Le “eccezioni” al principio *ne bis in idem*

104. Eccezioni in generale: classificazione. - Sotto il profilo della portata operativa del divieto di *bis in idem*, il tenore letterale dell’art. 649 c.p.p. pone espressamente due eccezioni. La prima riguarda le sentenze di proscioglimento per difetto di condizione di procedibilità, e stabilisce che una nuova azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona non può essere preclusa allorché sopravvenga quella condizione di procedibilità in precedenza accertata come mancante nella sentenza di proscioglimento. La seconda eccezione attiene, invece, alla sentenza che dichiara l’estinzione del reato per morte dell’imputato; anche in tale ipotesi, l’esercizio di una nuova azione penale per il medesimo fatto nei confronti della medesima persona non è impedito qualora si accerti che la morte dell’imputato era stata erroneamente dichiarata.

Nonostante le situazioni nascenti dalle disposizioni citate sembrano prospettare delle deroghe evidenti al principio del *ne bis in idem*, in realtà esse ne costituiscono solo delle pseudo-eccezioni⁴⁹².

105. Declaratoria d'estinzione del reato. - La declaratoria di estinzione del reato pronunciata sul presupposto, successivamente rivelatosi erroneo, che l'imputato sia deceduto, va considerata in effetti quale "pseudo-sentenza" e, in quanto tale, inidonea a formare il giudicato⁴⁹³. In tal senso è sufficiente ricordare che l'art. 89 del Codice di procedura penale abrogato affermava espressamente che, qualora fosse stato accertato che la morte dell'imputato era stata erroneamente dichiarata, la relativa sentenza di proscioglimento doveva considerarsi come non pronunciata, mentre l'art. 69 co.2 del codice di rito vigente recita esplicitamente che tale decisione "*.. non impedisce l'esercizio dell'azione penale..*"⁴⁹⁴. Ne consegue che sarebbe manifestamente illogico pensare a una deroga all'efficacia preclusiva esplicita dal giudicato, laddove di giudicato (in tal senso) non possa parlarsi.

106. Proscioglimento per difetto di condizione di procedibilità. - Per ciò che attiene, poi, alla sentenza di proscioglimento per difetto di condizione di

⁴⁹² Vedi G. TRANCHINA, *L'esecuzione*, *Op. cit.*, pp. 597 e segg.

⁴⁹³ Alcuni autorevoli autori sostengono proprio che quello di cui all'art. 69 co.2 c.p.p. non sia una vera e propria eccezione al principio, posto che la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato pronunciata sull'erroneo presupposto della morte dell'imputato è inidonea per sua natura a formare il giudicato. Tra detti autori si ricordano: F. CORDERO, *Procedura penale*, *Op. Cit.*, pp.1233 e segg.; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Utet, Torino, 1969, p.423; A.A DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 2003, p.567; G. TRANCHINA, *L'esecuzione*, *Op.cit.*, pp.597 e segg.

Vedi *infra*.

⁴⁹⁴ L'art. 69 c.p.p., sotto la rubrica "Morte dell'imputato", testualmente recita:

"Se risulta la morte dell'imputato, in ogni stato e grado del processo il giudice, sentiti il pubblico ministero e il difensore, pronuncia sentenza a norma dell'art. 129.

La sentenza non impedisce l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona, qualora successivamente si accerti che la morte dell'imputato È stata erroneamente dichiarata."

procedibilità⁴⁹⁵, si può chiaramente affermare che non si tratta (come nel precedente caso) di una “pseudo-sentenza” in quanto tale inidonea a formare il giudicato; nella detta circostanza ci troviamo di fronte ad una *absolutio ab observatione iudicii* che ha valore di mero accertamento della mancanza della condizione, da cui discende l'impossibilità di procedere oltre; al di fuori di questo limite, entro il quale la sentenza costituisce certamente giudicato, la decisione non può negare la possibilità (*rectius*, il dovere) di procedere al sopravvenire della condizione mancante⁴⁹⁶.

Ad avvalorare quanto appena detto, si consideri il seguente esempio: il soggetto “A”, imputato di truffa *ex art. 640 co.1 c.p.*, viene prosciolto con sentenza passata in giudicato per difetto di condizione di procedibilità (mancanza di querela); successivamente il P.M. ne richiede il rinvio a giudizio, contestando allo stesso una circostanza aggravante che rende il reato perseguibile d'ufficio. Ora, la *ratio* dell'istituto impone, in un simile caso, l'operatività del divieto di procedere, non tanto in ragione del fatto che è identico l'oggetto di accertamento, quanto perché si ha l'identità, in entrambe i procedimenti, del “fatto materiale oggetto dell'imputazione”⁴⁹⁷; ed è solo facendo capo a quest'ultimo che si può concludere per un *bis in idem* nel caso di specie e, quindi, evidenziare l'effetto preclusivo del giudicato nella sua pienezza. Questo ci fa notare come, per quanto la norma presa in esame sia evidente nella sua applicazione, non è assolutamente superflua la sua introduzione all'interno del codice di procedura penale.

⁴⁹⁵ L'art. 345 c.p.p., sotto la rubrica “Difetto di una condizione di procedibilità. Riproponibilità dell'azione penale.”, recita testualmente:

“Il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta a impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza della querela, della istanza, della richiesta o dell'autorizzazione a procedere, non impediscono l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona se e in seguito proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione.

La stessa disposizione si applica quando il giudice accerta la mancanza di una condizione di procedibilità diversa da quelle indicate nel comma 1.”.

⁴⁹⁶ Vedi G. TRANCHINA, *L'esecuzione*, Op. cit., p. 701

⁴⁹⁷ Vedi G. LOZZI, 2010, p.779 cit. da F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Op. cit., p.79

107. Rimedi all'intervento di un *bis in idem*. - Infine, l'art. 649 co. 2 c.p.p. disciplina il rimedio ai casi in cui si realizzi una violazione del principio del *ne bis in idem*, stabilendo che il giudice, in ogni stato e grado del processo, debba (non "possa"!) pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere enunciandone la causa nel dispositivo. Operativamente, dunque, il giudice può rilevare d'ufficio la violazione del principio *de quo* e, conseguentemente, anche qualora non fosse sollevata la *exceptio rei judicatae*, pronuncerà sentenza di non luogo a procedere (ove si tratti di udienza preliminare) oppure di proscioglimento (ove la violazione del divieto sia rilevata o eccepita successivamente all'udienza preliminare). Si nota tuttavia che, qualora la violazione medesima sia rilevata o eccepita avanti la Corte di cassazione, la soluzione è differente, posto che il principio del *favor rei*, rilevabile dal combinato disposto degli artt. 620 lett. h) e 621 c.p.p., evidenzia come la Corte medesima abbia l'obbligo di pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio se vi è contraddizione fra la sentenza o l'ordinanza impugnata ed un'altra anteriore concernente medesima persona e medesimo oggetto, pronunciata dal medesimo o da altro giudice e passata in giudicato (quindi idonea a essere eseguita). Se tuttavia si tratterà di decisione di condanna, la Corte ordinerà l'esecuzione del provvedimento che ha inflitto la condanna meno grave, determinata ai sensi dell'art. 669 c.p.p.⁴⁹⁸. Dunque notiamo come, arrivati

⁴⁹⁸ L'art. 669 c.p.p., sotto la rubrica " Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona", recita testualmente:

" Se più sentenze di condanna divenute irrevocabili sono state pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre.

Quando le pene irrogate sono diverse, l'interessato può indicare la sentenza che deve essere eseguita. Se l'interessato non si avvale di tale facoltà prima della decisione del giudice dell'esecuzione, si applicano le disposizioni dei commi 3 e 4.

Se si tratta di pena pecuniaria e pena detentiva [c.p. 18], si esegue la pena pecuniaria. Se si tratta di pene detentive o pecuniarie di specie diversa, si esegue la pena di minore entità, se le pene sono di uguale entità, si esegue rispettivamente l'arresto o l'ammenda. Se si tratta di pena detentiva o pecuniaria e della sanzione sostitutiva della semidetenzione o della libertà controllata, si esegue, in caso di pena detentiva, la sanzione sostitutiva e, in caso di pena pecuniaria, quest'ultima.

Quando le pene principali sono uguali, si tiene conto della eventuale applicazione di pene accessorie o di misure di sicurezza e degli altri effetti penali. Quando le condanne sono identiche, si esegue la sentenza divenuta irrevocabile per prima.

Se la sentenza revocata era stata in tutto o in parte eseguita, l'esecuzione si considera come conseguente alla sentenza rimasta in vigore.

in sede di legittimità, i presupposti di applicazione dell'art. 649 c.p.p. cedano il passo (nell'ipotesi maggiormente favorevole al reo) all'annullamento della sentenza stessa: la preferenza per il *favor rei* sconvolge i criteri che fanno capo al divieto di *ne bis in idem*⁴⁹⁹.

Per concludere, ai casi “scolastici” appena esaminati, bisogna affiancare almeno due “eccezioni” al principio del *ne bis in idem*: si tratta della revisione e della revoca della sentenza di non luogo a procedere.

108. Revisione. - Secondo autorevole opinione dottrinale⁵⁰⁰, la revisione non costituisce una vera e propria deroga al principio della preclusione del giudicato; seppure instaurato nei confronti della medesima persona già giudicata, il *novum judicium* in seno alla revisione non comporterebbe alcuna deroga alle garanzie offerte alla parte privata, posto che la revisione è solamente diretta, appunto, al conseguimento di un risultato favorevole per quest'ultima. Se tuttavia si esaminano attentamente le

Le stesse disposizioni si applicano se si tratta di più decreti penali o di sentenze e di decreti ovvero se il fatto è stato giudicato in concorso formale con altri fatti o quale episodio di un reato continuato, premessa, ove necessaria, la determinazione della pena corrispondente.

Se più sentenze di non luogo a procedere o più sentenze di proscioglimento sono state pronunciate nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto, il giudice, se l'interessato entro il termine previsto dal comma 2 non indica la sentenza che deve essere eseguita, ordina l'esecuzione della sentenza più favorevole, revocando le altre.

Salvo quanto previsto dagli articoli 69 comma 2 e 345, se si tratta di una sentenza di proscioglimento e di una sentenza di condanna o di un decreto penale, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza di proscioglimento revocando la decisione di condanna. Tuttavia, se il proscioglimento è stato pronunciato per estinzione del reato verificatasi successivamente alla data in cui è divenuta irrevocabile la decisione di condanna, si esegue quest'ultima.

Se si tratta di una sentenza di non luogo a procedere e di una sentenza pronunciata in giudizio o di un decreto penale, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza pronunciata in giudizio o del decreto.”.

⁴⁹⁹ Vedi G. TRANCHINA, *L'esecuzione*, Op. cit., p. 597; M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, Op. cit., p. 974.

⁵⁰⁰ Vedi G. LOZZI, 2010, p.779 cit. da F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Op. cit., p.80

restrittive condizioni dettate nell'art. 630 c.p.p.⁵⁰¹, si può notare come il carattere eccezionale dell'impugnazione straordinaria renda inevitabile il ricondurre il divieto di secondo giudizio ad esigenze di impiego razionale delle risorse processuali oltre che ad istanze poste a tutela del singolo, dovendosi aggiungere a quanto appena detto le ipotesi di revisione *in pejus*, previste dall'art. 13 l. 13 febbraio 2011 n.45. Se così è, non si può non affermare che, in tali prospettive, anche la revisione possa essere interpretata come una deroga al principio *ne bis in idem*.⁵⁰²

109. Revoca della sentenza di non luogo a procedere. - Altra “eccezione” da prendere in considerazione, per quanto permangano ancora dei forti dubbi sulla sua concreta configurabilità come tale, è costituita dalla revoca della sentenza di non luogo a procedere *ex art. 434 c.p.p.*⁵⁰³. Le ragioni di tali dubbi risiedono in due motivi principali: intanto perché il legislatore riconduce all'applicabilità del *ne bis in idem* solamente le “sentenze irrevocabili” (o gli atti equiparati e tassativamente elencati), distinte dalle sentenze di non luogo a procedere; poi perché lo stesso art. 434 c.p.p. subordina la revocabilità di tali sentenze al sopravvenire o all'emergere di nuove fonti di prova che, sole o unitamente a quelle già acquisite, possano determinare il rinvio a

⁵⁰¹ L'art. 630 c.p.p., “Casi di revisione”, dispone testualmente:

“La revisione può essere richiesta:

a) se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale;

b) se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'art. 3 ovvero una delle questioni previste dall'art. 479;

c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'art. 631;

d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato.”.

⁵⁰² Vedi F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Op. cit., *ibidem*.

⁵⁰³ L'art. 434 c.p.p. sotto la rubrica “Casi di revoca”, recita:

“Se dopo la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere sopravvengono o si scoprono nuove fonti di prova che, da sole o unitamente a quelle già acquisite, possono determinare il rinvio a giudizio, il giudice per le indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, dispone la revoca della sentenza.”.

giudizio dell'imputato. Ciò conduce inevitabilmente a una diversa valutazione del compendio probatorio che si trova a fondamento della sentenza di non luogo a procedere. Tuttavia l'art. 434 c.p.p. disciplina l'esistenza di una sentenza che, comunque sia, è da ritenersi irrevocabile in rapporto a una determinata imputazione; e questo non impedisce, astrattamente, che una nuova azione penale possa essere intrapresa in ordine a quella stessa imputazione. Altrimenti detto, se l'art. 425 c.p.p.⁵⁰⁴ "impedisce l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona ove in concreto manchino le condizioni per la sua revocabilità"⁵⁰⁵ (si ricorda che l'art. 425 c.p.p. è escluso dal novero delle sentenze "irrevocabili", forse per frutto di un'eccessiva cautela da parte del legislatore⁵⁰⁶), è anche vero che la stessa disposizione determina il verificarsi di un *ne bis in idem* nei limiti appena delineati.

110. Il provvedimento di archiviazione. - Infine si ricorda che il provvedimento di archiviazione non ha efficacia di giudicato e, pertanto, non può aversi applicazione delle norme di cui all'art. 649 c.p.p. per tale fattispecie. A testimonianza di quanto detto, sta la possibilità di riaprire le indagini per il P.M. titolare dell'inchiesta archiviata, *sub* autorizzazione del giudice e per motivi inerenti nuove investigazioni.

⁵⁰⁴ L'art. 425 c.p.p., "Sentenza di non luogo a procedere", recita:

"Se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, indicandone la causa nel dispositivo.

Ai fini della pronuncia della sentenza di cui al comma 1, il giudice tiene conto delle circostanze attenuanti. Si applicano le disposizioni dell'articolo 69 del codice penale.

Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Il giudice non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca.

Si applicano le disposizioni dell'articolo 537."

⁵⁰⁵ Cfr. Cass., S.U., 23 febbraio 2002, *Romeo*.

⁵⁰⁶ Vedi F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Op. cit., p. 81.

SEZIONE 2 - Il *ne bis in idem* all'interno delle fattispecie più importanti di reato

Esamineremo in questa sezione quali sono le principali fattispecie di reato alle quali si può applicare il principio *ne bis in idem* e, conseguentemente, vedremo se ci si possa trovare in ambito di eccezioni e/o deroghe a tale principio; esamineremo quindi il reato complesso, il reato abituale, il reato permanente, i reati a fattispecie alternative il reato progressivo, il reato continuato.

111. REATO COMPLESSO. - L'articolo 84 del vigente codice penale disciplina il c.d. reato complesso. In estrema sintesi, esso consiste in una unificazione legislativa di due o più figure criminose all'interno di un unico reato. Di conseguenza, l'unica fattispecie di reato complesso avrà come elementi costitutivi (o come circostanze aggravanti) tutti gli elementi costitutivi delle altre figure criminose che in sé unifica. Ai sensi del sopracitato articolo, quindi, per aversi il reato complesso non è sufficiente che più fatti costituenti reato abbiano qualche elemento in comune, ma occorre che uno di essi converga interamente in un'altra figura criminosa tanto da perdere la sua autonomia e diventare, conseguentemente, elemento costitutivo o circostanza aggravante dell'altro. In mancanza di tali presupposti sussiste, invece, il concorso formale dei reati, a nulla rilevando la parziale coincidenza dei rispettivi momenti consumativi⁵⁰⁷.

Altrimenti detto, in base all'articolo 84 c.p., si ha reato complesso quando il reato assorbito è contenuto per intero, nei suoi elementi obiettivi e soggettivi, nel reato assorbente⁵⁰⁸. Per la sussistenza del reato complesso "in senso stretto" sono necessari

⁵⁰⁷ Vedi, tra gli altri, F. ANTOLISEI, *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, in *Arch. Pen.*, 1949, p.67; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale (sub art.84)*, Giuffrè Editore, 2004, pp. 792 e segg.; G. NEPPI MODONA, *Insindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1966, pp.200 e segg.; F. CORDERO, *Procedura Penale, Op.cit.*, p.1229.

⁵⁰⁸ Letteralmente, l'art.84 c.p. recita : “ *Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato.*”

due autonomi reati, mentre, invece, per la sussistenza del reato complesso “in senso lato” è sufficiente un solo reato con l’aggiunta di elementi ulteriori non costituenti reato. Nell’ipotesi di reato complesso “in senso stretto”, i reati devono essere legati reciprocamente da un vincolo non meramente occasionale, ma sostanziale, nel senso che l’uno deve essere lo strumento finalizzato alla realizzazione dell’altro.

112. Reato complesso e preclusione del giudicato. - Il punto saliente da analizzare per ciò che attiene al *ne bis in idem* è il seguente: in che misura il giudicato formatosi su un reato complesso (ovvero su uno dei reati che ne costituisce elemento essenziale) può precludere un secondo giudizio? La risposta non può che essere la seguente: quando abbiamo di fronte un reato complesso, costituito per definizione da due (o più) reati, e una sentenza definitiva emessa sullo stesso, si ha preclusione del giudicato in ordine a ogni un procedimento che concerna ogni singolo reato componente la condotta, prescindendo dalla pronuncia definitiva stessa (posto che il *ne bis in idem* interverrebbe, in ogni caso, su parte di esso); se invece il giudicato ha ad oggetto una sola delle fattispecie che compongono il reato complesso, allora non vi sarà una preclusione per la futura instaurazione di ulteriori procedimenti sugli elementi “altri” costituenti il reato complesso, quest’ultimo non più considerabile nella sua unitarietà.

Tipico esempio di reato complesso è costituito dal delitto di rapina (art. 628 c.p.), la cui condotta assomma le condotte dei delitti di furto (art. 624 c.p.) e di violenza privata (art. 610 c.p.). Nell’esempio portato ed alla presenza dei parametri necessari per potersi applicare il *ne bis in idem*, un giudicato sulla rapina precluderà l’instaurazione di un procedimento per furto o per violenza privata (reato complesso “in senso stretto”); mentre, in caso di reato complesso “in senso lato”, un eventuale giudicato sul furto (all’interno della rapina) non precluderà un procedimento per violenza privata, ma precluderà l’instaurazione di un procedimento per rapina (posto che non si tratterà più di reato complesso, bensì di concorso formale di reati).

Qualora la legge, nella determinazione della pena per il reato complesso, si riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti massimi indicati negli articoli 78 e 79.”.

113. REATO ABITUALE. - E' caratterizzato da pluralità di azioni tra loro omogenee, intervallate nel tempo, che il legislatore considera in modo unitario come una condotta unica. Un esempio di questo tipo è il reato di maltrattamenti in famiglia o la relazione incestuosa. Ciò non toglie però che ogni singolo atto possa rilevare penalmente in maniera autonoma (per esempio le eventuali percosse o ingiurie subite in famiglia o la singola unione carnale tra parenti al fine di determinazione dell'incesto): in tal caso si avrà il reato abituale "improprio", da tenersi distinto da quello "proprio" che si ha, appunto, quando l'attenzione si sposta sull'unicità della condotta posta in essere dall'agente⁵⁰⁹.

Per ciò che attiene al *ne bis in idem*, una volta consolidatosi giudicato su uno specifico gruppo di condotte (individuate nel capo d'imputazione) la successiva instaurazione di un nuovo procedimento avente ad oggetto le azioni successivamente compiute non è preclusa (reato abituale "proprio"); se invece si tratti di reato abituale "improprio", non si pongono particolari dubbi esegetici, posto che le condotte non siano unitariamente considerate e posto, quindi, che si possa procedere separatamente per ogni singola fattispecie contestata in uno o più capi di imputazione.

114. REATO PERMANENTE. - Il reato permanente è quel reato in cui l'evento lesivo e la sua consumazione perdurano per un certo lasso di tempo. Esempio tipico del reato permanente è il sequestro di persona. Il problema maggiore risiede nella delimitazione del confine tra nuova azione penale e prima condotta illecita già giudicata (ma che si sia protratta nel tempo anche dopo la conclusione del primo accertamento)⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Vedi, tra gli altri, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Op. cit., pp. 346 e segg.; G. FORNASARI, *Reato abituale*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1999.

⁵¹⁰ Vedi, tra gli altri, T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p.876 e segg.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Op.cit, pp.344 e segg.; G. GRISOLIA, *Il reato permanente*, Cedam, Padova, 1996; G. LEONE, *Del reato continuato, abituale e permanente*, Jovene, Napoli, 1960, pp. 379 e segg.

Taluna giurisprudenza di legittimità⁵¹¹ ha sostenuto che la sentenza di primo grado (che accertava il reato) fungesse da “interruzione giudiziale” della permanenza originariamente contestata, con la conseguenza della possibilità di un’imputazione successiva: in sostanza, la condotta non contestata originariamente deve essere intesa come “fatto nuovo”, come tale disancorato dal primo giudizio (giudicato); la conseguenza di tale interpretazione, tuttavia, sarebbe una frammentazione delle condotte, che trarrebbero origine da una radice materiale unica per poi proseguire, come *fictio juris*, in una sorta di ripresa della permanenza.

115. Per comprendere meglio il concetto di permanenza. - La giurisprudenza maggioritaria ritiene invece che la soluzione del problema debba essere impostata nel seguente modo: se abbiamo un soggetto giudicato irrevocabilmente per una condotta illecita temporalmente definita in un segmento X-Y di permanenza di un qualsivoglia reato, nulla vieta di procedere per un segmento Y-Z immediatamente successivo (o anche a distanza di tempo) relativamente al medesimo reato. Nell’esempio, se un soggetto X è stato condannato per sequestro di persona con sentenza irrevocabile Alfa (per la privazione di libertà compresa tra il 1° aprile 2012 ed il 4 aprile 2012), nulla vieta che il medesimo soggetto possa essere perseguito per la privazione di libertà compresa tra il 5 aprile 2012 e il 10 aprile 2012; logicamente il sindacato del nuovo procedimento potrà incentrarsi solo ed unicamente sulla condotta posta in essere a seguito della cessazione della prima frazione di azione (4 aprile 2012), posto che, se così non fosse, se , cioè, il P.M. procedente contestasse i fatti (nella loro interezza) a partire dal 1° aprile 2012 e fino al 10 aprile 2012, ci troveremmo di fronte ad un fenomeno di *bis in idem* “parziale”, ove il giudice dovrebbe sfrondare la condotta contestata da quella precedentemente giudicata. In una simile circostanza non si avrebbero alternative: o l’emanazione di una sentenza di proscioglimento per intervenuto *bis in idem* (sull’intera fattispecie nuovamente contestata); o la trasmissione degli atti alla procura della repubblica per una più esatta e circostanziata determinazione del capo di imputazione.

⁵¹¹ *Ex Plurimis*, e sino ai giorni nostri, cfr. Cass. Sez. Un., 20 febbraio 1971, Sasso ; Cass. Sez. VI, 5 aprile 1988, Petrozzi; Cass. Sez. VI, 3 giugno 1996, Chiossone; Cass. Sez. Un. 13 luglio 1998, Montanari; Cass. Sez. VI, 4 ottobre 2000, Drago ferrante e altri; Cass. Sez. VI, 27 luglio 2007, Carcione e altri; Cass. Sez. I, 3 marzo 2009, Scimone ed altri.

116. REATO PROGRESSIVO. - Sono progressivi quei reati complessi, nei quali l'agente, a seguito di un'unica risoluzione, passa da una figura iniziale di reato ad una successiva più grave che assorbe in sé la precedente. Esempio tipico di reato progressivo può essere fornito dal reato di lesioni che si tramuta successivamente (a seguito della morte della parte offesa) in omicidio. Si distingue il reato *necessariamente progressivo* da quello *eventualmente progressivo*, a seconda che l'integrazione del reato maggiore implichi in via necessaria o meramente eventuale il passaggio attraverso il reato minore.

L'operare dell'efficacia preclusiva del giudicato sarà esattamente identico a quello già descritto per ciò che attiene al reato complesso: se il soggetto, giudicato per lesioni, dovesse essere chiamato a rispondere per omicidio, dopo una sentenza penale passata in giudicato che l'abbia condannato (o proscioltto) per la prima imputazione, allora il secondo giudizio (omicidio) sarebbe precluso.

117. REATO A FATTISPECIE ALTERNATIVE. - Si hanno reati a fattispecie alternative quando la legge elenca più modalità, alternative tra loro, di commissione di un determinato reato⁵¹²: un esempio è costituito dal reato di violazione, sottrazione o soppressione di corrispondenza ex art. 616 c.p.⁵¹³.

⁵¹² Per quanto riguarda il reato a fattispecie alternative ed il rapporto col *ne bis in idem*, si veda, tra gli altri, F. CORDERO, *Procedura penale*, *Op. cit.*, pp. 1230 e segg.; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, *Op. cit.*, pp.100 e segg..

⁵¹³ L'art. 616 c.p. recita : “*Chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta, ovvero sottrae o distrae, al fine di prendere o di farne da altri prendere cognizione, una corrispondenza chiusa o aperta, a lui non diretta, ovvero, in tutto o in parte, la distrugge o sopprime, è punito, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a un anno o con la multa da lire sessantamila a un milione.*”

Se il colpevole, senza giusta causa, rivela, in tutto o in parte, il contenuto della corrispondenza, è punito, se dal fatto deriva nocumento ed il fatto medesimo non costituisce un più grave reato, con la reclusione fino a tre anni.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Agli effetti delle disposizioni di questa sezione, per “corrispondenza” si intende quella epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza.”.

In tale circostanza, la corretta applicazione del principio del *ne bis in idem* dipende dal contenuto esatto della sentenza già divenuta irrevocabile: il soggetto già processato e assolto per una delle condotte alternative, può essere nuovamente perseguito per un'altra di tali condotte; se invece sia stato condannato, il principio preclusivo vieta si possa procedere.

118. REATO CONTINUATO. - Il reato continuato ricorre quando un soggetto, con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette (anche in tempi diversi) più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge⁵¹⁴⁻⁵¹⁵.

Il codice del 1930 non conteneva, al suo interno, una previsione che stabilisse come comportarsi in caso *bis in idem* circoscritto al reato continuato; solo con l'introduzione del nuovo codice è stato introdotto un rimedio, sancito nell'art. 671 c.p.p.⁵¹⁶, il quale ha risolto il contrasto che si era creato all'interno di dottrina e giurisprudenza circa la preclusione del giudicato.

⁵¹⁴ L'art. 81 c.p., che si occupa del concorso formale di reati e del reato continuato, stabilisce: "*È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata fino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.*"

Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.

Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti."

⁵¹⁵ Per quanto attiene al reato continuato, si vedano tra gli altri: G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Op. Cit., pp. 358 e segg.; F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Jovene, Napoli, 1969, pp. 321 e segg.; A. GAITO, *Concorso formale e reato continuato nella fase dell'esecuzione penale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1989, pp. 990 e segg.; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, pp. 57 e segg..

⁵¹⁶ L'art. 671 c.p.p., sotto la rubrica "Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato", testualmente recita: "*Nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione.*"

Il giudice dell'esecuzione provvede determinando la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto. Il giudice dell'esecuzione può concedere altresì la sospensione condizionale della pena e la non

In particolare, sulla fine degli anni '70, la più autorevole giurisprudenza⁵¹⁷ negava l'idea dell'inapplicabilità della disciplina del reato continuato in tutti quei casi in cui il reato da accertare fosse quello più grave: si sosteneva infatti che così il giudicato avrebbe conservato la propria efficacia solo in ordine all'accertamento dei fatti, ma non anche in ordine all'erogazione della pena.

Punto di rottura vero e proprio si ha con l'intervento delle Sezioni Unite⁵¹⁸, le quali hanno affermato non esservi intangibilità del giudicato, bensì esclusivo coordinamento sanzionatorio inevitabile, quando la seconda regiudicanda da porre in continuazione sia più grave della prima. Tale interpretazione fu talmente tanto "forte" da non essere unanimemente giudicata applicabile, tanto che per arrivare ad un *dictum* stabile si è dovuto far ricorso ad una pronuncia della Corte Costituzionale⁵¹⁹, la quale ha esplicitamente tentato di porre rimedio alla prassi giurisprudenziale precedente paventando un'illegittimità costituzionale *sub specie* di trattamento differenziato e disuguaglianza di fronte alla legge.

Tuttavia, di lì a poco, entrerà in vigore il nuovo Codice di procedura penale, il cui assetto, come detto, risolve il problema "a monte" introducendo l'art. 671; si designa così il ruolo meramente suppletivo del giudice dell'esecuzione, la cui pronuncia è ammissibile solo laddove non ve ne sia stata una di segno opposto in fase cognitoria⁵²⁰.

menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò consegue al riconoscimento del concorso formale o della continuazione. Adotta infine ogni altro provvedimento conseguente."

⁵¹⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass. sez. II, 15 luglio 1980, La Barbera; Cass. Sez. I, 7 dicembre 1981, Placona; Cass. Sez. III, 18 marzo 1983, De Marinis; Cass. Sez. II, 3 ottobre 1983, Stocco.

⁵¹⁸ Cfr. Cass. Sez.Un., 21 giugno 1986, Nicolini in *Giur. It.*, 1987, II, p.34 e segg. con nota di R. TERESI, *Persistenti dubbi sull'applicabilità della continuazione tra un reato "più grave" ed altro meno grave già giudicato*.

⁵¹⁹ Cfr. Corte Cost., Sentenza 9 aprile 1987 n. 115, in *Giur. It.*, 1987, pp. 3028 e segg., con nota di L. RUSSO, *Reato continuato e cosa giudicata: problemi applicativi e prospettive normative in una recente pronuncia della Corte Costituzionale*.

⁵²⁰ Vedi, tra gli altri, A. GAITO - V. RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 220 e segg.

119. Reato continuato e preclusione del giudicato. - Allora come ci si comporterà in caso di *ne bis in idem* riferito a fattispecie di reato continuato? Ebbene, la rideterminazione della pena secondo i criteri del cumulo giuridico è consentita solo se la sussistenza del medesimo disegno criminoso tra le fattispecie giudiziali non sia stata esclusa dal primo giudice: vi sarebbe un'ingerenza sul primo giudicato, formatosi non solo sulla sussistenza del reato e sulla punibilità del medesimo, ma altresì sulla condizione impeditiva alla sussunzione dell'episodio in una cornice criminosa più ampia⁵²¹. In tale prospettiva, non può esservi *ne bis in idem* sul nesso tra fattispecie: esso può essere accertato in prima battuta dal giudice dell'esecuzione; tuttavia, se il giudice del merito l'ha negato, come detto non v'è possibilità alcuna di reiterare il sindacato, con la conseguenza di dover subire il cumulo materiale delle pene inflitte. Resta comunque fermo che l'intervento *in executivis* è vincolato all'accertamento del fatto, alla rilevanza penale dello stesso ed alla punibilità dell'imputato. La pena sarà così determinata: secondo i criteri desumibili dal combinato disposto degli artt. 671 co.2 c.p.p. e 187 disp. att. c.p.p., la pena più grave costituisce la base su cui edificare il successivo cumulo giuridico, con il duplice limite dell'aumento sino al triplo e della somma algebrica delle sanzioni già inflitte con le medesime condanne⁵²².

⁵²¹ Vedi D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 237 e segg..

⁵²² Vedi E. M. MANCUSO, *Il Giudicato nel processo penale*, in *Trattato di Procedura penale* diretto da G. UBERTIS e G.P. VOENA, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. 475 e segg.

PARTE II

Il valore del principio « *Ne bis in idem* » internazionale nell'ordinamento italiano

120. Rapporto tra ordinamenti. - Oggetto di trattazione di questa seconda parte sarà il rapporto che intercorre tra il principio del *ne bis in idem* internazionale e l'ordinamento italiano. Si analizzeranno, in particolare, i meccanismi di recezione e i rapporti di questi ultimi con la normativa interna, alla luce della codificazione UE e sulla scorta delle previsioni interpretative della CJCE, già esaminate nella porzione comparatistica franco-internazionale, ma che in questa sede saranno riprese in una sorta di *continuum* con la parte precedente (Capitolo 1); secondariamente si passeranno a valutare le prospettive di approfondimento *de jure condendo*, soprattutto in rapporto col principio della cd. litispendenza internazionale e alla luce dei meccanismi di snellimento procedurale che si sono venuti a creare in ambito internazionale (Capitolo 2).

CAPITOLO 1

L'assenza di previsioni interne e i parametri di riferimento UE

Questo primo capitolo avrà ad oggetto l'analisi dei principali articoli presenti in ambito europeo elaborati al fine di una corretta applicazione del principio della preclusione del giudicato a livello internazionale, ovvero con uno sguardo costante alla normativa di ciascuno degli Stati-membri, da interfacciarsi con una previsione ipoteticamente "universale" del principio di cui trattasi (Sezione I); secondariamente, sempre prendendo in considerazione il principio a livello internazionale, si effettuerà una veloce disamina di quelle che sono le sentenze della CJCE più conosciute in merito al *ne bis in idem*, riprendendo quanto detto (a livello internazionalistico) nella porzione franco-internazionale del presente lavoro, ma rapportandolo all'ordinamento italiano ed alla recezione nello stesso di tali pronunce (Sezione II).

SEZIONE I: L'art. 4 CEDU, L'art. 50 della "Carta" e l'art. 54 della CAAS.

121. Visione 'internazionale' nel nostro ordinamento. - Nel nostro sistema il principio del *ne bis in idem* internazionale trova implicito riferimento nell'art. 696 c.p.p.⁵²³, nel quale è espresso il cd. principio di sussidiarietà, secondo cui, nei rapporti giurisdizionali con autorità straniera, le fonti consuetudinarie e pattizie prevalgono sulla normativa interna, che ha di conseguenza carattere integrativo e suppletivo. Ancor più

⁵²³ L'art. 696 c.p.p., sotto la rubrica "Prevalenza delle convenzioni e del diritto internazionale generale", testualmente prevede: " *Le estradizioni, le rogatorie internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 e dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale.*

Se tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme che seguono. "

pregnante il dettato dell'art. 739 c.p.p.⁵²⁴, nel quale (in tema d'estradizione) è contenuta una previsione (stavolta) esplicita di riconoscimento di sentenza straniera ai fini dell'esecuzione della medesima; nel nostro ordinamento, pertanto, in tal caso non sarà possibile avviare un nuovo procedimento per lo stesso fatto, sia esso considerato in maniera diversa per titolo, grado o circostanze. In effetti, a ben guardare, la norma in questione è la traduzione sul piano internazionale del principio del *ne bis in idem* sancito, per l'ordinamento interno dall'art. 649 c.p.p.: se, da un lato, consente di rifiutare la cooperazione, dall'altro, impedisce la sottoposizione di nuovo procedimento in Italia nei confronti della medesima persona⁵²⁵.

Lo stesso principio, così come recepito nel nostro ordinamento, trova posto in varie convenzioni bilaterali e multilaterali, in cui esso costituisce sovente motivo principe per il rifiuto della cooperazione⁵²⁶. Ma quali sono i veri pilasti, a livello internazionale, su cui si poggia il fondamento del principio della preclusione del giudicato? Andiamo per gradi.

122. L'art. 4 della Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo: evoluzione e fondamenti. - Il processo d'integrazione europea è iniziato nel 1950 e, inizialmente, era dotato di una connotazione strettamente economica: in questo periodo storico (periodo per altro molto importante per riuscire a comprendere le evoluzioni sociali che hanno condotto ai giorni nostri) erano presenti molte preoccupazioni sociali (legate al dopo-guerra) e si cercava di progettare una ripresa economica legata all'efficacia dei meccanismi di competizione. Si aveva dunque una percezione delle libertà fondamentali connesse a una ripresa economica che doveva, in teoria, favorire lo

⁵²⁴ L'art. 739 c.p.p., rubricato "Divieto di estradizione e di nuovo procedimento", espressamente prevede: *"Nei casi di riconoscimento ai fini dell'esecuzione della sentenza straniera, salvo che si tratti dell'esecuzione di una confisca, il condannato non può essere estradato né sottoposto di nuovo a procedimento penale nello Stato per lo stesso fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze."*

⁵²⁵ Vedi S. ASTARITA, *Ne bis in idem e archiviazione: tra rimedi sanzionatori e spirito europeo*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 2004, pagg. 1158 e segg.

⁵²⁶ Esempi chiari sono l'art. 9 della *Convenzione Europea d'Estradizione* del 1957, l'art. 53 della *Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi* del 1970, l'art. 35 della *Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali* del 1972, l'art. 18 della *Convenzione sul riciclaggio* del 1990 i cui testi in questa sede, per brevità espositiva, vengono omessi.

sviluppo della concorrenza in uno spazio aperto e libero. L'intenzione iniziale era quella di conferire all'ordinamento comunitario delle funzioni di direzione: anche i padri fondatori del Trattato di Roma attribuivano alla Comunità competenze esclusive veramente molto limitate, cercando di favorire la recezione, da parte degli Stati-membri, dell'ambito delle competenze a loro stessi riservate. Tuttavia non era possibile sviluppare un meccanismo così complesso senza conferire la giusta attenzione ai principi di tutela dei diritti fondamentali: il segreto era l'armonizzazione dei principi basilari, che sono alla base dello sviluppo dell'essere umano, con i principi economici che avrebbero potuto permettere un corretto sviluppo economico dello stesso essere umano, logicamente cercando di amalgamarli entrambi.

Da un punto di vista *stricto sensu* giuridico, la nascita di un sistema di tutela dei diritti fondamentali deriva altresì dall'attività giuridica della Corte di Giustizia Europea⁵²⁷, che a partire dalla sentenza *Stauder*⁵²⁸ afferma che «... I diritti fondamentali fanno parte dei principi generali di diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza nell'ambito comunitario.».

La legge che ha autorizzato la ratifica da parte della Francia della CEDU è stata promulgata il 30 dicembre 1973. Un decreto del 2 maggio 1974 è stato poi pubblicato, unitamente ai testi della Convenzione e dei Protocolli aggiuntivi che vanno dal primo al quarto, nella Gazzetta Ufficiale. Invece, il Protocollo aggiuntivo n.7 alla Convenzione di Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali⁵²⁹ (sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950) è stato ratificato dalla Francia lo stesso giorno della sua entrata in vigore, ovvero il 1° novembre 1988⁵³⁰; ci si trova dunque in un periodo storico molto differente da quello sopra descritto. Il Protocollo di cui si tratta mira a rintracciare nuove misure che tendano ad assicurare la garanzia di alcuni diritti e libertà

⁵²⁷ D'ora in avanti CGCE.

⁵²⁸ V. caso *Stauder c/ Città di Ulm*, 12 novembre 1969, n. 29/69.

⁵²⁹ D'ora in avanti CEDU.

⁵³⁰ La ratifica non è stata effettuata da tutti i Paesi nello stesso tempo : per esempio, in Lituania la Convenzione è stata sottoscritta il 14 maggio 1993 e la ratifica è avvenuta il 27 aprile 1995, dunque ben 45 anni dopo la prima sottoscrizione a Roma. A tal riguardo, V. D. JOČIENE', *European Convention of human rights: aims, the rights, application in Lithuania*, *Op.cit.*, pag.135

sulla base degli sviluppi del Trattato di riferimento. L'articolo 4, in particolare, sotto il titolo « Diritto a non essere giudicato o punito due volte » recita testualmente :

« Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.

Le disposizioni di cui al paragrafo precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso.

Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.».

123. Dubbi interpretativi. – E' immediatamente chiaro, dopo la semplice enunciazione dell'articolo in questione, come già a partire dal 1988 (lo si ricorda, data di recezione del Protocollo aggiuntivo al trattato di Roma del 1950) sia presente nell'ordinamento internazionale una concezione globale del principio del *ne bis in idem*. Tuttavia, a ben vedere, l'articolo 4 § 1 del Protocollo alla CEDU si riferisce semplicemente alle ipotesi di sanzioni inflitte « ... dalle giurisdizioni dello stesso Stato ... » : il che significa sostanzialmente che il Trattato (e per conseguenza), nella parte che tratta del principio dell'autorità della cosa giudicata, limita i suoi effetti alle giurisdizioni di uno stesso Stato e non considera quindi i rapporti con gli altri Paesi. In effetti, l'articolo 14 § 7 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici⁵³¹ (comunemente denominato « Convenzione di New York ») riconosce l'autorità negativa

⁵³¹ Il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici è stato adottato a New York il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite mediante la risoluzione 2200 A. Esso è entrato in vigore, dopo la ratifica da parte di 35 Stati, il 23 marzo 1976, conformemente alle disposizioni dell'articolo 49 e, in Francia, il 4 febbraio 1981. In linea di principio, esso è applicabile direttamente da parte di tutte le giurisdizioni degli Stati segnatari.

L'articolo 14 § 7 del Patto recita testualmente: « Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun paese. ».

della cosa giudicata a tutti i giudizi penali definitivi, non prendendo in considerazione eventuali restrizioni geografiche rintracciabili all'interno dell'ambito della regola che enuncia. Per ciò che attiene a questo problema, il Comitato dei diritti dell'uomo ha emesso una raccomandazione (che non vincola gli Stati), nella quale si indica che l'articolo 14 § 7 della Convenzione di New York non ha una portata internazionale e « non proibisce la doppia condanna per un medesimo fatto che nei casi di persone giudicate in un dato Stato⁵³² »; anche questa interpretazione fa nascere dubbi sulla portata dell'applicazione di questa norma.

Qualche ulteriore specificazione d'ordine giurisprudenziale è opportuna. Per ciò che riguarda la doppia incriminazione, la CEDU ha precisato (nel caso di omicidio colposo commesso in stato d'ebbrezza⁵³³), che la stessa persona non può essere punita due volte sulla base di due processi differenti: facendo salvo il principio del cumulo delle infrazioni, si hanno due comportamenti illeciti, ma le due condanne si basano sul medesimo comportamento. Se è proibito giudicare due volte un medesimo reato, è possibile tuttavia giudicare due reati che discendono da un medesimo fatto; vuol dire che l'identità del fatto materiale non può accavallarsi al criterio dell'identità del reato: è l'opinione della Corte Europea a proposito di un caso di mancanza di patente di guida e di commissione, per negligenza, di lesioni personali⁵³⁴ (in questo caso, al contrario del primo, non c'è una violazione dell'articolo 4 Protocollo 7 della CEDU). Ancora, il rifiuto dei giudici interni di pronunciare il cumulo delle due pene privative della libertà personale, sembra mettere in pericolo l'applicazione dell'articolo 4 del Protocollo 7 : ma in una simile ipotesi (la Corte s'è espressa sul caso dell'applicazione della restrizione della libertà personale, in esecuzione del pagamento di ammende doganali inflitte parallelamente a pene d'incarcerazione successive ma in conseguenza degli stessi fatti delittuosi)⁵³⁵, la decisione è stata fondata sul principio che il sistema di privazione della libertà personale è antico e che non è possibile riscontrare violazione

⁵³² Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 2 novembre 1987, caso *P. c/Italia*, n. 204/1986 e CEDU, 18 luglio 1994, caso *Glaziov c/Francia*.

⁵³³ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1995, caso *Gradinger c. Autriche* in JCP 1996, I, 3910, n. 43.

⁵³⁴ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 30 luglio 1998, caso *Oliveira c. Suisse*, in JCP1999, I, 105, n. 58.

⁵³⁵ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 2 luglio 2002, caso *Goktan c. France*.

dello stesso articolo⁵³⁶. Infine occorre ancora precisare che, affinché le condizioni del *ne bis in idem* siano ottemperate, una sentenza deve essere definitiva, dunque deve ostacolare un altro giudizio o un'altra condanna: la decisione deve essere, obbligatoriamente, dotata della forza di *res judicata*⁵³⁷.

124. Art. 50 Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea: storia, evoluzione, adesioni. - La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata approvata e sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, è stata pubblicata nella GUCE n.364 del 18 dicembre 2000 ed è entrata in vigore il 1 febbraio 2003 dopo la ratifica dei 15 Stati-membri, dunque circa cinquanta anni dopo la sottoscrizione della Convenzione EDU, quando l'integrazione economica degli Stati-membri è ormai quasi completata: manca semplicemente ancora il senso di "società civile", il senso di identità delle persone a fronte del riconoscimento di valori largamente condivisi. La carta di Nizza (ispirata ai principi fondamentali della dignità, della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà, della cittadinanza e della giustizia), apporta degli elementi di discontinuità, classificabili in tre grandi tipologie : di metodo, di sostanza e di tempi.

La prima tipologia di discontinuità fa riferimento alla creazione di un meccanismo di totale innovazione per la creazione della carta medesima ; la seconda si riferisce alla possibilità che il cittadino possa recuperare un ruolo centrale all'interno dei meccanismi di sviluppo della Comunità Europea ; la terza fa riferimento ai tempi, intesi come un'incredibile accelerazione verso la creazione della nuova "Tavola dei diritti". Sotto quest'ultimo aspetto, passano solamente dieci mesi dalla decisione presa in seguito al mandato deliberato dal Consiglio Europeo di Colonia del 3 e del 4 giugno 1999. I lavori della Convenzione, formulata sulla base delle conclusioni del Consiglio di Tampere⁵³⁸ del 15 e del 16 ottobre 1999, sono iniziati nel dicembre 1999 e sono sfociati nell'adozione di un progetto della Carta il 2 ottobre 2000. Dopo approvazione del

⁵³⁶ Vedi J. F. RENUCCI, *Le principe "non bis in idem" et les juridictions nationales*, in *Bull. crim.* n. 25, AJ Pénal 2005.196, oss. C. Porteron.

⁵³⁷ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 20 luglio 2004, caso *Nikitin c. Russia*.

⁵³⁸ Il Consiglio europeo, sotto la direzione di Madame Nicole Fontaine, Presidente del Parlamento Europeo nello stesso anno, si è riunito in seduta straordinaria a Tampere il 15-16 ottobre 1999 per la creazione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nell'UE.

Consiglio Europeo di Biarritz del 13 e del 14 ottobre 2000, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata solennemente proclamata e sottoscritta, come abbiamo detto, a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Presidente del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione, a margine dell'adozione del nuovo "Trattato di Nizza". Ma non bisogna dimenticare che, ancora prima di stabilire quanto detto sotto la Presidenza in carica in questo periodo, si è notata la progressiva introduzione da parte della CGCE dei diritti fondamentali tra i principi generali dell'ordinamento comunitario; in questo senso, occorre considerare il preambolo all'Atto Unico europeo⁵³⁹, nel quale gli Stati-membri affermano di essere pronti e «decisi alla promozione della democrazia basandosi sui diritti fondamentali». Ed è nel trattato sull'Unione Europea⁵⁴⁰, precisamente negli articoli 6⁵⁴¹ e 7⁵⁴², che si può constatare

⁵³⁹ L'Atto Unico Europeo (AUE) è stato sottoscritto a Lussemburgo nel febbraio 1986 ed è entrato in vigore il giorno 1 giugno 1987. Si chiama Atto Unico Europeo poiché è la prima volta che si rintracciano all'interno di un Trattato alcune disposizioni comunitarie (sopranazionali) e delle disposizioni intergovernative (internazionali). L'AUE è dovuto in gran parte a Jacques Delors, che ha auspicato di rilanciare il processo di integrazione europea dopo il periodo di "euroscetticismo" che era seguito al periodo di shock petrolifero degli anni '70. L'Atto Unico ha modificato il Trattato di Roma del 1957, che istituiva la Comunità Economica Europea, ne ha ampliato gli obiettivi ed ha aperto la strada alla creazione del Mercato Unico. Le quattro libertà menzionate sono : libera circolazione dei mercati e dei servizi ; libere prestazioni (banche, assicurazioni, finanze e trasporti del Paese che accoglie) e libertà per un'impresa di istituire una propria sede nel Paese che preferisce; libera circolazione delle persone; libera circolazione dei capitali. L'AUE, infine, ha aperto il cammino al Trattato sull'Unione Europea sottoscritto a Maastricht nel 1992.

⁵⁴⁰ Il Trattato sull'Unione Europea (TUE), comunemente denominato trattato di Maastricht, è il trattato costitutivo dell'Unione Europea. Esso sostiene gli obiettivi dell'Unione, definiti come tre "pilastri" (CE - Comunità Europea -, PESCE - Politica estera e di sicurezza comune - e UEM - unione economica e monetaria) e ci fornisce un quadro istituzionale di cooperazione rinforzata. Le altre istituzioni e regole comunitarie provengono dal trattato istitutivo della Comunità Europea, o Trattato di Roma, modificato dal trattato di Maastricht. Il Trattato di Maastricht è stato siglato dall'insieme degli Stati-membri della Comunità Europea (Germania, Belgio, Francia, Italia, Lussemburgo, Olanda, Danimarca, Irlanda, Gran Bretagna, Grecia, Spagna e Portogallo) a Maastricht (Olanda) il 7 febbraio 1992, dopo un accordo concluso nell'ottica del Consiglio Europeo di Maastricht nel dicembre '91. Esso ha modificato (come può un atto precedente modificarne uno successivo?) ulteriormente il Trattato di Amsterdam (siglato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999) e di Nizza, che hanno introdotto delle nuove disposizioni ed hanno modificato il numero degli articoli. Il principio di un nuovo trattato modificativo è stato adottato all'interno del Consiglio Europeo di Bruxelles del 23 giugno 2007 : questo trattato modificativo è stato siglato nel quadro del Consiglio Europeo di Lisbona del 13 dicembre 2007 ed entrerà in vigore allorquando sarà ratificato dagli Stati-membri.

⁵⁴¹ L'articolo 6 del Trattato di Maastricht afferma: « *L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri.*

L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e

l'affermazione dei diritti fondamentali di cui si è parlato, stabilendo lo stesso Trattato delle sanzioni a carico dei Paesi che violano le disposizioni ivi contenute.

125. La portata generale dell'articolo 50 . - L'articolo 50 della Carta di Nizza è chiaro nella sua portata generale, più ampia dei due trattati presi in considerazione (la CEDU ed il Patto di New York) precedentemente. Esso recita testualmente:

quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri.

L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche.».

⁵⁴² L'articolo 7 del Trattato di Maastricht recita : « *Il Consiglio, riunito nella composizione dei Capi di Stato o di Governo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei principi di cui all'articolo 6, paragrafo 1, dopo aver invitato il governo dello Stato membro in questione a presentare osservazioni.*

Qualora sia stata effettuata una siffatta constatazione, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione del presente trattato, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell'agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche. Lo Stato membro in questione continua in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dal presente trattato.

Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può successivamente decidere di modificare o revocare le misure adottate a norma del paragrafo 2, per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione.

Ai fini del presente articolo, il Consiglio delibera senza tener conto del voto del rappresentante dello Stato membro in questione. Le astensioni dei membri presenti o rappresentati non ostano all'adozione delle decisioni di cui al paragrafo 1. Per maggioranza qualificata si intende una proporzione di voti ponderati dei membri del Consiglio interessati equivalente a quella prevista all'articolo 205, paragrafo 2 del trattato che istituisce la Comunità europea. Il presente paragrafo si applica anche in caso di sospensione dei diritti di voto a norma del paragrafo 2.

Ai fini del presente articolo, il Parlamento europeo delibera alla maggioranza dei due terzi dei voti espressi, che rappresenta la maggioranza dei suoi membri.».

« Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge. ».

Come si può vedere, l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea estende l'applicazione della regola *ne bis in idem* al giudicato penale reso negli Stati dell'Unione Europea. Dunque si passa dai giudizi resi dalle giurisdizioni di uno Stato-membro, menzionati nella previsione della CEDU, alla previsione contenuta nella Carta di Nizza; l'ambito non è più circoscritto, ma esteso alle « giurisdizioni europee »: il principio dell'autorità della cosa giudicata è finalmente considerato alla stregua di un diritto fondamentale, che non può essere oggetto di deroghe (neanche in caso di guerra o di insurrezione)⁵⁴³. Tuttavia, allo stato attuale del diritto positivo, questa norma non permette ancora di imporre agli Stati il riconoscimento dell'autorità della cosa giudicata alle decisioni penali straniere rese dalle giurisdizioni degli Stati-membri della Comunità : effettivamente bisogna puntualizzare che la Carta di Nizza non è ancora totalmente integrata all'interno dei trattati comunitari, ma necessita di uno sviluppo giuridico aggiuntivo per divenire effettiva⁵⁴⁴.

E allora, affinché la regola *ne bis in idem* possa ostacolare l'inizio di un'azione giudiziaria in Francia per un reato che è già stato giudicato all'estero, è necessario il verificarsi di più condizioni, relative sia al reato, sia alla decisione presa nello stato estero, viste da un punto di vista nazionale e transnazionale. Lo vedremo nella successiva seconda parte.

126. L'articolo 54 della CAAS: i progressi - Tra la Convenzione EDU e la Carta di Nizza, in cinquanta anni di sviluppo, l'Europa ha fatto molti passi in avanti a livello economico, sociale e giuridico. Sotto quest'ultimo aspetto, non abbiamo ancora parlato della norma più importante che concerne il *ne bis in idem*, quella che è a

⁵⁴³ Vedi J. L. DE LA CUESTA, « *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem : rapport général* », *Op. cit.*, p.685.

⁵⁴⁴ Vedi J. L. DE LA CUESTA, « *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem : rapport général* », *Op. cit.*, p. 687.

fondamento delle considerazioni della CGCE che si sono sviluppate soprattutto negli ultimi quindici anni : si tratta dell'Accordo di Schengen e, soprattutto, della CAAS. Per meglio comprendere gli aspetti fondamentali dell'accordo e prima di parlare del suo ambito giuridico, ci sembra fondamentale tracciare un quadro dei contorni sociali e storici nei quali lo stesso accordo è nato e si è sviluppato.

127. La novità europea di Schengen. - Con l'Accordo di Schengen si favorisce l'apertura delle frontiere tra i Paesi segnatari. Il territorio così creato è comunemente chiamato « spazio Schengen », dal nome del villaggio lussemburghese di Schengen, dove l'accordo è stato sottoscritto il 14 giugno 1985. Se la prima convenzione di Schengen è stata promulgata nel 1985, lo spazio Schengen è stato istituzionalizzato a livello europeo attraverso il Trattato di Amsterdam del 1997: il seguente Trattato di Lisbona (ratificato nel 2008) modifica le regole giuridiche concernenti lo spazio Schengen, rinforzando la nozione di uno “spazio di libertà, di sicurezza e giustizia”⁵⁴⁵. Questo favorisce inoltre la cooperazione giudiziaria e di polizia e tende a un accomunamento delle politiche dei visti, d'asilo e d'immigrazione, specificamente attraverso la sostituzione del metodo intergovernativo con quello comunitario. I Paesi che lo hanno sottoscritto adottano una politica comune per quanto riguarda i visti e hanno rinforzato i controlli alle frontiere limitrofe dei Paesi esterni allo Spazio. Sebbene non si abbiano più controlli all'interno dello Spazio Schengen, questi possono essere messi in discussione temporaneamente per il mantenimento dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale. Ormai i cittadini stranieri, che dispongono d'un visto di lunga durata per uno dei Paesi-membri, possono circolare liberamente all'interno della zona.

128. Meccanismi di recezione. - Il primo accordo di Schengen è stato sottoscritto il 14 giugno 1985 da cinque dei Paesi-membri della Comunità Europea d'allora: Germania, Belgio, Francia, Lussemburgo ed Olanda. Dopo l'accordo, sarà sottoscritta la convenzione di Schengen nel 1990 (la CAAS); questa entrerà in applicazione nel 1995. La CAAS è stata ratificata dalla Germania, dalla Francia (19 giugno 1990), dall'Italia (27 novembre 1990), dalla Spagna e dal Portogallo (25 giugno

⁵⁴⁵ Principi già esaminati e che sono alla base del Consiglio di Tampere del 1999.

1991), dalla Grecia (6 novembre 1992) e dall'Austria (28 aprile 1995) ed è stata sottoscritta dalla Danimarca, dalla Finlandia, dalla Svezia, dalla Norvegia e dall'Islanda il 19 dicembre 1996. L'Italia applica la convenzione dal 1° dicembre 1997 ; tuttavia, l'innalzamento (?) dei controlli aerei e marittimi è intervenuto in Grecia solamente il 26 marzo 2000, mentre in Italia tutto ciò accadeva il 26 ottobre 1997 e in Austria il 1° dicembre 1997. La Norvegia e l'Islanda, fino a allora segnatarie della Convenzione di Dublino⁵⁴⁶, hanno sottoscritto un accordo di cooperazione con gli Stati-membri che hanno ratificato l'accordo di Schengen nello stesso momento in cui l'accordo veniva siglato con la Danimarca, la Finlandia e la Svezia, tenuto conto del fatto che quest'ultimi tre Stati, membri dell'Unione Europea, costituivano già uno spazio integrato di libera circolazione delle persone con la Norvegia e l'Islanda attraverso l'unione nordica dei passaporti.

L'accordo di Schengen fa oggi parte integrante dei Trattati dell'Unione Europea. L'Irlanda e l'Inghilterra non hanno tuttavia sottoscritto la convenzione; ma Londra ha sottoscritto la Convenzione di Dublino a proposito del diritto d'asilo. Effettivamente alcune difficoltà sono sopraggiunte a proposito del controllo alle frontiere di Gibilterra e della cooperazione con la Spagna.

La Francia, in applicazione della clausola di salvaguardia, mantiene il dispositivo di controllo delle proprie frontiere terrestri con il Belgio, l'Olanda ed il Lussemburgo in ragione della difficoltà nella lotta contro i traffici illeciti.

I negoziati con la Svizzera, ai fini della sua partecipazione allo Spazio Schengen, sono falliti il 13 maggio 2004. La maggior parte dei votanti nel corso di un *referendum* ha approvato questa adesione attraverso il 5 giugno 2005. La Svizzera è divenuta così membro dello Spazio Schengen, alle medesime condizioni degli altri Paesi non-membri dell'Unione Europea che fanno parte di quest'accordo, l'Islanda e la Norvegia. Questa

⁵⁴⁶ Sottoscritta il 15 giugno 1990, la Convenzione di Dublino determina le competenze in materia d'asilo tra i Paesi aderenti. Essa fissa i criteri relativi al Paese competente per trattare la richiesta ed evita che un Paese richiedente rivolga un'altra richiesta d'asilo ad un altro Paese dell'Unione Europea. Questa convenzione, sostituita il 1° settembre 2003 da un regolamento europeo (Dublino II), è subentrata alle disposizioni concernenti la Convenzione d'applicazione dell'Accordo di Schengen. In modo informale, si continua a parlare di Convenzione di Dublino allorché si parla del regolamento di Dublino II. La convenzione è completata attraverso i parametri "Eurodac", contenenti i riferimenti biometrici (impronte digitali) dei richiedenti già registrati da tutti i Paesi-membri e che permettono d'individuare coloro i quali hanno già depositato una domanda.

adesione è divenuta effettiva a partire dal momento in cui tutti i Paesi-membri hanno ratificato il precedente accordo con la Svizzera, nel febbraio 2008. Il 12 dicembre 2008 la Confederazione Elvetica ha adottato lo Spazio Schengen. Tuttavia i mercati continuano ad essere controllati poiché la Svizzera non ha concluso l'accordo sull'unione doganale con l'Unione Europea. Il Liechtenstein ne è altresì coinvolto, in quanto la Svizzera si occupa dal 1924 del controllo della frontiera tra il Liechtenstein e l'Austria; in più, il Liechtenstein ha ugualmente siglato il 28 febbraio 2008 un accordo per una sua integrazione formale nello Spazio Schengen⁵⁴⁷.

Cipro, la Romania e la Bulgaria restano al di fuori dello Spazio Schengen⁵⁴⁸.

129. Gli articoli fondamentali. - Per ciò che attiene il *ne bis in idem*, la Convenzione di Schengen contiene una previsione esplicita. Gli articoli 54-58 della CAAS fanno parte del Capitolo 3 della stessa Convenzione, capitolo interamente (e letteralmente) dedicato all' « Applicazione del principio *ne bis in idem* » ; tale gruppo di norme costituisce la dimensione più sviluppata nell'ambito dell'Unione Europea⁵⁴⁹, avendo riguardo al principio dell'autorità della cosa giudicata. In particolare, l'articolo 54 (a fronte degli altri articoli)⁵⁵⁰ rappresenta l'espressione d'un principio fondamentale

⁵⁴⁷ Dunque, definitivamente, fino ad oggi i Paesi che hanno sottoscritto l'accordo di Schengen sono : Germania, Belgio, Francia, Lussemburgo ed Olanda ; Italia ; Spagna e Portogallo ; Grecia ; Austria ; Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia ; Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, isola di Malta, Polonia, Slovacchia, Slovenia, Repubblica Ceca e Svizzera.

⁵⁴⁸ Vedi altresì www.corriere.it.

⁵⁴⁹ Vedi J. L. DE LA CUESTA, « *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem : rapport général* », *Op. cit.*, p. 686.

⁵⁵⁰ - Articolo 55 della CAAS : « *Una Parte contraente può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione dichiarare di non essere vincolata dall'articolo 54 in uno o più dei seguenti casi:*

a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte. In quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata;

b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente;

c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio.

fondato su due pilastri che devono essere la base di ogni principio giuridico: la sicurezza giuridica e l'equità⁵⁵¹. Esso recita testualmente:

« Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita. ».

Altrimenti detto, quest'articolo ci dice che una sentenza definitiva resa da una giurisdizione di uno Stato-membro può produrre un effetto di « blocco » simile a quello prodotto da una sentenza resa da un giudice nazionale all'interno della propria Nazione

Una Parte contraente che effettua una dichiarazione in relazione all'eccezione menzionata al paragrafo 1, lettera b) preciserà le categorie di reati per le quali tale eccezione può essere applicata.

Una Parte contraente potrà in ogni tempo, ritirare la dichiarazione relativamente ad una o più delle eccezioni di cui al paragrafo 1.

Le eccezioni che sono state oggetto di una dichiarazione ai sensi del paragrafo 1 non si applicano quando la Parte contraente di cui si tratta ha, per gli stessi fatti, richiesto l'instaurazione del procedimento penale all'altra Parte contraente o concesso estradizione della persona in questione. ».

- Articolo 56 della CAAS : *« Se in una Parte contraente un nuovo procedimento penale è instaurato contro una persona che è stata giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente, ogni periodo di privazione della libertà scontato sul territorio di quest'ultima Parte contraente per quei fatti dovrà essere detratto dalla pena che sarà eventualmente inflitta. Si terrà altresì conto, nella misura consentita dalla legge nazionale, delle pene diverse da quelle privative della libertà che siano state eseguite. ».*

- Articolo 57 della CAAS : *« Quando una persona è imputata di un reato in una Parte contraente e le autorità competenti di questa Parte contraente hanno motivo di ritenere che l'imputazione riguarda gli stessi fatti per i quali la persona è già stata giudicata in un'altra Parte contraente con sentenza definitiva, tali autorità, qualora lo ritengano necessario, chiederanno le informazioni rilevanti alle autorità competenti della Parte contraente sul cui territorio la sentenza è stata pronunciata.*

Le informazioni richieste saranno fornite al più presto possibile e saranno tenute in considerazione nel decidere se il procedimento deve continuare.

Ciascuna Parte contraente indicherà, al momento della firma, della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente Convenzione, le autorità designate a chiedere e ricevere le informazioni di cui al presente articolo. ».

- Articolo 58 della CAAS : *« Le precedenti disposizioni non sono di ostacolo all'applicazione di disposizioni nazionali più ampie, concernenti l'effetto Ne bis in idem attribuito a decisioni giudiziarie straniere. ».*

⁵⁵¹ Vedi M. M. PISANI, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e ne bis in idem: recenti orientamenti della Corte di Giustizia sulla nozione di idem factum*, Op. cit., n.10/2006.

d'appartenenza. L'articolo 54 della CAAS tende dunque ad evitare che un soggetto, che eserciti il proprio diritto alla libera circolazione all'interno dello Spazio Schengen, sia perseguito penalmente per gli stessi fatti sul territorio di più Stati contraenti. Il diritto alla libera circolazione non sarebbe garantito se l'autore di un'azione, una volta che sia stato condannato ed abbia scontato la relativa pena o sia stato proscioltto in uno Stato-parte, non potesse spostarsi all'interno dello Spazio Schengen senza temere di essere sottoposto a procedimento in un altro Paese contraente, dal momento che, per esempio, la sua azione costituisce un reato differente e distinto nell'ordine giuridico di quest'ultimo Stato⁵⁵². L'articolo 54 della CAAS interviene per tentare di regolare quest'aspetto; tuttavia lo stesso articolo non indica precisamente il significato che bisogna attribuire alle nozioni di "stesso fatto" e di "sentenza definitiva": questi principi sono fondamentali per comprendere esattamente (e conseguentemente per stabilire) l'ambito d'applicazione del *ne bis in idem*, poiché sono suscettibili d'essere interpretati in modo differente secondo che ci si trovi in uno Stato piuttosto che in un altro, parallelamente alla considerazione di "cosa giudicata" che appartiene ad ogni singolo ordinamento⁵⁵³.

SEZIONE II: Il principio *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

130. *Ne bis in idem* come fondamento europeo. - A partire dal 2003⁵⁵⁴, la CGCE ha contribuito a configurare il *ne bis in idem* come vero e proprio diritto fondamentale di ogni cittadino dell'Unione Europea, con un'ispirazione esplicita di detto fondamento nel novero delle previsioni di cui all'art.6 § 2 del Trattato UE. A tale approccio è corrisposta, da un punto di vista meramente applicativo, una posizione differente dei giudici comunitari, impegnati non tanto a rintracciare un modello di

⁵⁵² V. S. GASTALDI, *Ne bis in idem ou la libre circulation des personnes ayant purgé leur peine*, en www.unige.ch/ceje, Att. n. 296 del 22 marzo 2006.

⁵⁵³ V. A. FABBRICATORE, *Il ne bis in idem e Corte di Giustizia: ancora un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva"*, *Op. cit.*.

⁵⁵⁴ Anno in cui la CGCE si è per la prima volta pronunciata in merito all'applicazione dell'art. 54 della CAAS attraverso la ormai nota sentenza *Gozutok/Brugge*.

riferimento cui ispirarsi nell'intento di applicare correttamente il principio preclusivo, quanto protesi al mutuo riconoscimento delle decisioni estere, che ha trovato applicazione proprio in relazione al riconoscimento dell'efficacia preclusiva del giudicato straniero⁵⁵⁵. Fino ai giorni nostri, i giudici nazionali hanno proposto circa quattordici rinvii pregiudiziali, ed in due casi la Corte ha disposto la cancellazione dal ruolo della causa⁵⁵⁶; negli altri casi, invece, la Corte ha tracciato le coordinate garantistiche del *ne bis in idem*, chiarendo i concetti di *idem factum* e di "irrevocabilità delle decisioni", non essendo particolarmente rilevante il concetto di *eadem persona*⁵⁵⁷.

131. Le due grandi aree tematiche: l'irrevocabilità delle decisioni .- Senza voler rientrare nel merito della disamina delle pronunce principali che hanno costituito l'evoluzione della giurisprudenza della CGCE sulla corretta applicazione del *ne bis in idem*, esamineremo appunto (per grosse aree tematiche) quali sono state le pronunce più significative in relazione ai principi summenzionati e vedremo, soprattutto, come la Corte ha inteso " far evolvere" il principio della preclusione del giudicato a livello internazionale. L'*excursus* che faremo nella presente parte di questo lavoro, mirerà a chiarire *in primis* quale sia il concetto di irrevocabilità delle decisioni a livello europeo.

132. La pronuncia come sentenza definitiva: la sentenza Gözütok/Brügge. - In particolare, con la prima decisione della CGCE che esamineremo, la Corte medesima si pone la questione "base": nelle cause riunite Gözütok c.Germania e Brügge c.Belgio, l'articolo 54 della CAAS permette al Pubblico ministero dello Stato X (nella specie la Germania), che ordina l'archiviazione del procedimento previa esecuzione delle sanzioni imposte, di escludere la possibilità di esperire l'azione penale dinanzi ad un giudice dello Stato Y (nella specie l'Olanda) mentre, secondo il diritto dello Stato Y (sempre l'Olanda), una tale decisione richiederebbe un'approvazione del giudice?

⁵⁵⁵ Vedi G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo nell'interpretazione della Corte di Giustizia Europea*, in *Cass. Pen.*, 2009, pagg. 3162 e segg.

⁵⁵⁶ Tra tutti, si ricordano le cause C-493/03, André Rochus Hiebler (cancellata il 30 marzo 2004) e C-272/05, Werner Bouwens cancellata il 7 giugno 2006).

⁵⁵⁷ Vedi *supra*, parte I.

Inoltre, l'applicazione dell'art. 54 della CAAS consente al Pubblico ministero dello Stato Z (vale a dire quello belga) di rinviare a giudizio dinanzi al giudice penale del medesimo stato (belga) e di far condannare in tale sede un cittadino dello Stato X (quello tedesco), nell'ipotesi in cui a quest'ultimo per gli stessi fatti sia stata proposta dal Pubblico ministero di tale Stato X l'archiviazione della causa in cambio di una sanzione pecuniaria, ed egli abbia provveduto al pagamento? La soluzione prospettata dalla CGCE è chiara nella sua massima: « *Il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il Pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro stabilita dal Pubblico ministero.* ». La conclusione⁵⁵⁸ è particolarmente importante, in quanto finalmente si arriva a fissare il principio che una pronuncia che promana da uno degli Stati-membri (e dalla quale discende l'estinzione dell'azione penale) deve essere considerata assimilabile a una sentenza definitiva, anche se il ricorso al diritto nazionale potrebbe portare a soluzioni differenti. In questa categoria si rintracciano dunque molteplici sentenze che provengono da più Stati : in Francia il *ne bis in idem* costituisce un aspetto del principio del mutuo riconoscimento e deve essere applicato alle « decisioni finali »⁵⁵⁹ . In questo contesto si può ricordare che in Italia il principio consacrato dalla CGCE nella sentenza Gözütok/Brügge si può applicare anche alle procedure di « Patteggiamento »⁵⁶⁰ davanti al Pubblico Ministero, senza l'intervento di un giudice e, conseguentemente, anche nei casi di « mediazione penale » (ma quest'ultima con carattere definitorio) ; *a contrariis*, si deve escludere l'applicazione di tale regola per ciò che riguarda le sentenze di proscioglimento o di non-luogo a procedere (anche se si parla di « *ne bis in idem* attenuato »)⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Ci si riferisce al *MEDIATED SETTLEMENT IN CRIMINAL MATTERS* che proviene dai Paesi del common-law.

⁵⁵⁹ Vedi F. MASSIAS, *Immunités parlementaires et transaction pénales, droit à un Tribunal et ne bis in idem*, in *Op. Cit.*.

⁵⁶⁰ Il "Patteggiamento", come ben noto, è previsto dagli articoli 444 e segg. del Codice di Procedura Penale. Vedi *supra*, Parte I.

⁵⁶¹ Vedi *supra*, Parte I.

133. La verifica dello *jus puniendi*: la Sentenza *Miraglia c. Italia*. -

Evoluzione naturale della sentenza testé esaminata è il caso *Miraglia c. Italia*. Si può applicare l'art. 54 della CAAS qualora la decisione giudiziaria adottata nello Stato X risulti essere di rinuncia a promuovere l'azione penale (senza alcun giudizio nel merito del fatto), sul solo presupposto che si stia già procedendo nello Stato Y? Il *ne bis in idem*, come consacrato dall'articolo 54 della CAAS, dice la Corte: “ ... *non si applica ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il Pubblico Ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito.*”. Altrimenti detto, il principio di cui si tratta non può trovare applicazione allorquando non ci sia una valutazione effettiva sulla responsabilità penale dell'imputato : come visto, se è vero (nella prima sentenza della CGCE che abbiamo esaminato) che una sentenza che promana da uno Stato-membro deve essere considerata assimilabile a una sentenza definitiva, anche se il riferimento al diritto nazionale può condurre a soluzioni differenti, è altresì vero che tale sentenza va ad aumentare (in un certo senso) la portata generale della concezione di « sentenza definitiva», includendo nel suo novero anche le pronunce che non statuiscano sul merito. Alle decisioni fondate su ragioni meramente procedurali, dunque, non è possibile riconoscere alcun effetto preclusivo: per stabilire se un provvedimento ricada o meno all'interno dell'ambito d'applicazione dell'art. 54 della CAAS, è necessaria la verifica dell'esercizio dello *jus puniendi*, la quale avviene (appunto) tramite una valutazione di tutti gli elementi essenziali e concorrenti, non essendo rilevante la portata del verdetto⁵⁶².

134. Definitività della pronuncia; esclusione delle misure cautelari e precautelari: Il caso *Kretzinger c. Germania*. - La sentenza che andremo di seguito ad

⁵⁶² Vedi *infra*: così le conclusioni dell'Avv. Colomer nella Causa C-150/05, Van Straaten, in *Raccolta*, 2006, pagg. I-9327 e segg., con particolare attenzione al § 52.

esaminare è la sentenza *Kretzinger c. Germania*⁵⁶³ che è stata pronunciata lo stesso giorno della sentenza *Kraaijenbrink c. Belgio*⁵⁶⁴. Stavolta, l'attenzione della Corte s'indirizza alla nozione di arresto e ai rapporti che essa ha con i principi sanciti nell'articolo 54 della CAAS.

Un procedimento penale ha ad oggetto “i medesimi fatti” ai sensi dell'art. 54 della CAAS qualora un imputato sia stato condannato da un Tribunale X (italiano) per importazione e detenzione nello Stato X (Italia) di tabacco estero di contrabbando nonché per omesso pagamento di dazi doganali per il detto tabacco importato e, successivamente, sia stato condannato da un giudice dello Stato Y (tedesco), relativamente alla presa in possesso in altro Stato delle medesime merci in un momento precedente, per evasione relativamente dei dazi d'importazione (formalmente) sorti in occasione dell'importazione effettuata in precedenza da parte di terzi, nella misura in cui *ab origine* era intenzione dell'imputato trasportare le merci? Una pena, ai sensi dell'art. 54 della CAAS, è “stata eseguita” o è “effettivamente in corso di esecuzione attualmente”: a) qualora l'imputato venga condannato ad una pena detentiva alla cui esecuzione ai sensi della normativa dello Stato di condanna sia stata applicata la sospensione condizionale; b) qualora l'imputato sia stato posto in stato di arresto di polizia e/o di custodia cautelare e di tale privazione della libertà debba essere tenuto conto ai fini di una successiva esecuzione della pena detentiva?

La CGCE ritiene che ai sensi dell'articolo 54 della CAAS “ ... *la pena inflitta da un giudice di uno Stato contraente non dev'essere considerata come «eseguita» o «effettivamente in corso di esecuzione attualmente», quando l'imputato è stato posto brevemente in stato di arresto di polizia e/o di custodia cautelare e quando, secondo il diritto dello Stato di condanna, di tale privazione della libertà si deve tener conto nell'esecuzione successiva della pena detentiva.*». Stavolta si è davanti ad un'esclusione (contrariamente alle decisioni precedentemente esaminate, nelle quali l'ambito d'applicazione della CAAS è stato esteso) : l'eventuale arresto o l'eventuale custodia cautelare non devono essere considerati come «cosa giudicata», poiché il *ne bis in idem* non si sviluppa se non allorquando si tratti di pronunce definitive; in tale quadro, l'arresto o la custodia cautelare sono semplicemente anticipatorie di una sentenza

⁵⁶³ Sentenza del 18 luglio 2007 resa sul caso *Kretzinger c. Germania* (C-288/05). Le conclusioni generali sono state presentate dall'Avvocato Sharpston il 5 dicembre 2006.

⁵⁶⁴ Vedi *infra*, n. 141.

definitiva e per questo non possono formare oggetto d'interpretazione sulla base dell'articolo 54 della CAAS.

135. *Ne bis in idem* in caso di prescrizione del reato: il caso *Gasparini c. Spagna*. - Nella sentenza *Gasparini*⁵⁶⁵, un ulteriore passo viene fatto dalla CGCE : l'articolo 54 della CAAS si applica a una decisione di uno Stato contraente anche se l'indagato è definitivamente proscioltto in ragione della prescrizione del reato.

Si pongono le seguenti questioni: la valutazione della prescrizione di un reato da parte dei giudici di uno Stato membro è vincolante per i giudici degli altri Stati membri? L'assoluzione di un imputato per un reato, in ragione della prescrizione dello stesso, produce effetti favorevoli per gli imputati in un altro Stato membro, qualora i fatti siano identici, o, in altri termini, si può affermare che la prescrizione favorisce anche gli imputati in un altro Stato membro per fatti identici? La soluzione alla quale perviene la CGCE è ancora una volta altamente specifica : non applicare l'articolo 54 della CAAS nell'ipotesi di proscioglimento definitivo (in ragione della prescrizione del reato) comprometterebbe la messa in opera dell'obiettivo della medesima disposizione, che tende a evitare che una persona, per il fatto che esercita il diritto di libera circolazione, sia perseguita per gli stessi fatti sul territorio di più Stati contraenti⁵⁶⁶. Tale persona deve dunque essere considerata come definitivamente giudicata ai sensi della disposizione in questione. Certamente comunque, specifica la CGCE, al fine di evitare problemi in materia dei termini di prescrizione, un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati contraenti sarebbe auspicabile.

136. Le decisioni definitive non ancora eseguite: il caso *Bourquain c. Germania*. - Le ultime sentenze che si devono esaminare sono più recenti : sono la pronuncia *Bourquain*⁵⁶⁷ e la sentenza *Turansky*⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Sentenza del 28 settembre 2006 sul caso *Gasparini c. Spagna* (C-467/04). Le conclusioni generali sono state presentate dall'Avvocato Sharpston il 15 giugno 2006.

⁵⁶⁶ Vedi M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, in RIDP 2006/1-2, vol. 77, p. 126.

⁵⁶⁷ Sentenza dell' 11 dicembre 2008 resa sul caso *Bourquain c. Germania* (C-297/07). Le conclusioni generali sono state presentate dall'Avvocato Colomer l'8 aprile 2008.

Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva da una Parte contraente può essere sottoposta a un procedimento penale per i medesimi fatti nell'ordinamento di un'altra Parte contraente qualora la pena comminata nei suoi confronti non abbia mai potuto essere eseguita secondo la legge dello Stato contraente di condanna?

Con riferimento espresso alla sentenza Gözütok/ Brügge, la CGCE sancisce che il principio *ne bis in idem*, previsto dall'articolo 54 della CAAS, “... *si applica ad un procedimento penale avviato in uno Stato contraente per reprimere fatti per i quali l'imputato è già stato definitivamente giudicato in un altro Stato contraente, anche qualora, ai sensi del diritto dello Stato in cui esso è stato condannato, la pena inflittagli non abbia mai potuto essere direttamente eseguita a causa di peculiarità procedurali come quelle considerate nel procedimento principale.*”. Altrimenti detto, l'efficacia del principio dell'autorità della cosa giudicata interviene altresì sulle decisioni che sono divenute definitive ma che non sono state ancora eseguite : la Corte ritorna sul principio della definizione del processo e della comparazione delle sentenze definitive, ricordando che l'applicazione dell'articolo 54 della CAAS non è subordinata all'armonizzazione o all'avvicinamento delle legislazioni penali degli Stati contraenti nell'ambito dei giudizi resi in contumacia.

137. Le sospensioni preliminari definitive: il caso *Turansky c. Austria*. - La sentenza *Turansky* specifica ulteriormente la portata della sentenza *Bourquain*, concentrandosi sulla sospensione della procedura penale in una fase antecedente a quella della formale incriminazione del sospettato.

La questione principalmente affrontata è la seguente: il principio *ne bis in idem*, contenuto nell'art. 54 della CAAS, deve essere interpretato nel senso che osta all'esercizio dell'azione penale nel Paese X (nel caso la Repubblica d'Austria) nei confronti di un sospettato, quando il procedimento penale avviato nel Paese Y (nel caso la Repubblica slovacca) per la stessa fattispecie, dopo la sua adesione all'Unione europea, è stato archiviato dopo che un'autorità di polizia, previo esame nel merito e senza sanzioni, ha posto esecutivamente fine al procedimento, ordinandone l'interruzione? Dopo un'attenzione particolare prestata dalla Corte alle sentenze

⁵⁶⁸ Sentenza del 22 dicembre 2008 resa sul caso *Turansky c. Austria* (C-491/07). Le conclusioni generali sono state presentate dall'Avvocato Bot.

Gözütok/ Brügge, Van Straaten et Van Esbroeck, la CGCE perviene a questa conclusione: il *ne bis in idem* “... non si applica ad una decisione mediante la quale un'autorità di uno Stato contraente, al termine di un esame nel merito della causa sottoposta, dispone, in una fase precedente all'incriminazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, la sospensione del procedimento penale, qualora detta decisione di sospensione, secondo il diritto nazionale di tale Stato, non estingua definitivamente l'azione penale e non costituisca quindi un ostacolo a nuovi procedimenti penali, per gli stessi fatti, in detto Stato.”. La Corte, dunque a contrariis, permette che ci siano delle sospensioni delle procedure penali solo laddove la sospensione intervenga in modo definitivo (secondo il diritto di ciascuno Stato), estinguendo l'azione pubblica: l'estinzione dell'azione pubblica, altrimenti detto, dev'essere definitiva per bloccare, una volta per tutte, una nuova procedura giudiziaria e per permettere l'applicazione del principio stabilito dall'articolo 54 della CAAS; una sospensione preliminare, che non è definitiva, non è capace di produrre gli effetti tipici di preclusione del *ne bis in idem*.

138. L'altra grande area tematica: la nozione di “stessi fatti” (*in idem*). -

L'altra porzione di sentenze rese dalla CGCE si concentra sulla nozione di “stessi fatti”: in particolare, con la serie di pronunce rese a livello europeo, si è cercato di porre rimedio ad una *vexata quaestio*, ovvero la considerazione dello “stesso fatto” in ciascuno Stato-membro: è possibile, in altri termini, che la stessa azione che in uno Stato è considerata reato non lo sia in un altro Stato?

139. La mancanza di una disposizione *ad hoc* sull'entrata in vigore della CAAS e la considerazione di “medesimi fatti” a prescindere dal *nomen juris*: il caso *Van Esbroek c. Belgio*. - Dopo aver stabilito la portata reale di ciò che comunemente si chiama «sentenza definitiva», con la sentenza *Van Esbroeck*⁵⁶⁹ la CGCE prende in considerazione la nozione di «stessi fatti».

⁵⁶⁹ Sentenza del 9 marzo 2006 concernente la Causa *Van Esbroek c. Belgio* (C-436/04). Le conclusioni generali sono state presentate dall'Avv. Colomer il 20 ottobre 2005.

In particolare, procedendo con la disamina di detta sentenza, l'art. 54 della CAAS può essere applicato da un giudice di un Paese X (nel caso, belga) nei confronti di una persona che è perseguita nello stesso dopo una certa data (25 marzo 2001) per gli stessi fatti per i quali è stata giudicata e condannata con sentenza da un tribunale di un Paese Y (la Norvegia) in un'altra data (2 ottobre 2000) e che ha già scontato la pena inflitta, laddove l'art. 54 della CAAS possa trovare applicazione nel Paese Y (Norvegia) soltanto a partire dalla prima data (25 marzo 2001)? E qualora la prima questione debba essere risolta in senso affermativo, l'art. 54 della CAAS, letto in combinato disposto con l'art. 71 della stessa Convenzione, deve essere interpretato nel senso che i fatti punibili costituiti dalla fattispecie criminosa A (possesso ai fini dell'esportazione e importazione degli stessi stupefacenti e di sostanze psicotrope di qualsiasi natura, compresa la cannabis, perseguiti rispettivamente come esportazione e importazione in vari Stati che hanno firmato la CAAS o che hanno attuato ed applicato l'acquis di Schengen), vanno considerati come "i medesimi fatti" ai sensi del precitato art. 54?

La risposta della CGCE è chiara: il principio *ne bis in idem* "... deve trovare applicazione in un procedimento penale promosso in uno Stato contraente per fatti che hanno già dato luogo alla condanna dell'interessato in un altro Stato contraente, in un caso in cui peraltro la detta convenzione non era ancora in vigore in quest'ultimo Stato al momento della pronuncia della detta condanna, sempreché essa fosse in vigore negli Stati contraenti di cui trattasi al momento della valutazione dei presupposti per l'applicazione del principio *ne bis in idem* da parte del giudice adito per secondo". Inoltre "L'art. 54 della stessa Convenzione dev'essere interpretato nel senso che: 1) il criterio pertinente ai fini dell'applicazione del detto articolo è quello dell'identità dei fatti materiali, inteso come esistenza di un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato; 2) i fatti punibili consistenti nell'esportazione e nell'importazione degli stessi stupefacenti e perseguiti in diversi Stati contraenti di tale Convenzione devono, in via di principio, essere considerati come «i medesimi fatti» ai sensi di tale art. 54, sebbene la valutazione definitiva in proposito spetti ai giudici nazionali competenti.". La Corte, dunque, s'è inizialmente concentrata sul « tempo » d'adozione della CAAS, affermando che l'Acquis di Schengen non comporta alcuna disposizione specifica concernente l'entrata in vigore dell'articolo 54 della CAAS o i suoi effetti nel tempo; ma non è la sola conclusione: la stessa Istituzione, come anticipato, parla successivamente della nozione di « medesimi fatti », facendo riferimento ai fatti

materiali (che devono obbligatoriamente essere legati tra di loro) ed affermando in un modo molto chiaro che non bisogna considerare il *nomen juris* del fatto⁵⁷⁰. Dunque una valutazione della condotta materiale si deve sostituire a una valutazione della qualificazione giuridica.

140. L'insufficienza di prove come giudicato: il caso *Van Straaten c. Olanda ed Italia*. - Altra decisione che merita d'essere presa in considerazione e che si sviluppa sulla stessa direttrice della sentenza Van Esbroeck è la pronuncia Van Straaten c. Olanda⁵⁷¹, caso che non è stato riunito ma su cui si è pronunciato contestualmente alla sentenza Gasparini⁵⁷². Che cosa si deve intendere per “medesimi fatti” ai sensi dell'art. 54 della CAAS (l'insieme degli atti consistenti nel possesso e l'esportazione di una partita di eroina dall'Italia nei Paesi Bassi e la disposizione della medesima partita di eroina nei Paesi Bassi, costituiscono «medesimi fatti»)? Si può dire che si tratta di “giudizio” su una persona ai sensi dell'art. 54 della CAAS quando l'accusa mossa contro tale persona viene dichiarata non provata in maniera legale e convincente e la stessa viene quindi assolta con sentenza? Il *dictum* della CGCE non tarda ad arrivare: la Corte, affermando che il criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'articolo 54 della CAAS è costituito dall' « identità dei fatti » materiali, concepita come l'esistenza d'un insieme di fatti indissolubilmente legati tra di loro e indipendenti dalla qualificazione giuridica dei fatti medesimi, sviluppa una argomentazione innovativa, disponendo che il principio *ne bis in idem* “... si applica a una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente con cui un imputato è definitivamente assolto per insufficienza di prove.”. Dunque si nota ancora un'interpretazione più larga, sia della nozione di « stessi fatti », sia della considerazione che si ha a proposito dell'identità materiale dei fatti (c'è sostanzialmente un'ulteriore specificazione: anche l'insufficienza di prove può configurare autorità di cosa giudicata).

⁵⁷⁰ Vedi ancora M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, Op. cit, Ibidem..

⁵⁷¹ Sentenza del 28 settembre 2006 sul caso *Van Straaten c. Olanda ed Italia* (C-150/05). Le conclusioni generali sono state presentate dall'Avvocato Colomer l'8 giugno 2006.

⁵⁷² Vedi *supra*, n. 135.

141. Eguali gradi d'identità e circostanze: il caso *Kraaijenbrink c. Belgio*. -

Nella sentenza *Kraaijenbrink c. Belgio*⁵⁷³ si assiste nuovamente all'interpretazione della nozione di « stessi fatti », questa volta esaminati sotto gli aspetti del grado di identità e di connessione tra tutte le circostanze fattuali.

La Corte di Cassazione Belga (Hof van Cassatie) ritiene necessario chiarire se la nozione di « medesimi fatti » ai sensi dell'art. 54 della CAAS debba essere interpretata nel senso che essa comprende fatti diversi consistenti, da un lato, nel detenere in uno Stato contraente importi di denaro provenienti da un traffico di stupefacenti e, dall'altro, nel mettere in circolazione in uffici di cambio situati in un altro Stato contraente somme di denaro aventi la stessa provenienza. A questa domanda risponde la CGCE : l'articolo 54 della CAAS dev'essere interpretato nel senso che “... *fatti differenti, consistenti in particolare, da un lato, nel detenere in uno Stato contraente somme di denaro provenienti da un traffico di stupefacenti e, dall'altro, nel mettere in circolazione in uffici di cambio situati in un altro Stato contraente somme di denaro provenienti anch'esse da un tale traffico, non devono essere considerati « medesimi fatti » ai sensi dell'art. 54 della CAAS per la sola circostanza che il giudice nazionale competente constata che i detti fatti sono collegati dallo stesso disegno criminoso; spetta inoltre al detto giudice nazionale valutare se il grado di identità e di connessione tra tutte le circostanze di fatto da comparare sia tale che, in considerazione del criterio pertinente sopramenzionato, si possa constatare che si tratta dei « medesimi fatti » ai sensi dell'art. 54 della CAAS.*”. Si vede ancora in tale sede un'ulteriore esplicazione della massima *ne bis in idem* : è indispensabile perché trovi applicazione l'articolo 54 della CAAS, che i fatti » (nonostante siano commessi in più Stati) siano valutati alla luce degli stessi gradi di identità e circostanza.

142. Riassumendo: « *ne bis* » e « *idem* ». - Sulla scorta di quanto appena esaminato, bisogna dire che parte della dottrina, anche transalpina, frammenta il *ne bis in idem* in due grandi tronconi, come quelli che sono stati testé presi in considerazione:

⁵⁷³ Sentenza del 18 luglio 2007 resa sul caso *Kraaijenbrink c. Belgio* (C-367/05). Le conclusioni generali sono state presentate dall'Avvocato Sharpston il 5 dicembre 2006.

quello che si occupa del « *ne bis* » (la doppia incriminazione e le sue eventuali preclusioni) e quello che si occupa degli “stessi fatti” (« *in idem* »)⁵⁷⁴.

Per quanto riguarda il « *ne bis* », la Corte lussemburghese afferma che l’articolo 54 della CAAS si può solamente applicare alle persone che sono state giudicate all’interno degli Stati contraenti⁵⁷⁵: tale principio è altresì in accordo con il dettato della Decisione-Quadro sul MAE⁵⁷⁶. Ma qual è la portata reale del concetto di « decisione »? La risposta è sempre contenuta all’interno delle sentenze della CGCE: il *ne bis in idem* si può applicare a tutte le « decisioni definitive »; in questo ambito, bisogna comprendere le procedure di estinzione dell’azione pubblica attraverso le quali il Pubblico Ministero ha messo fine al procedimento (dopo che l’imputato abbia adempiuto a certi obblighi)⁵⁷⁷; ancora, il principio *ne bis in idem* si può estendere alle decisioni di proscioglimento per insufficienza di prove⁵⁷⁸ e per prescrizione del reato che ha dato luogo all’incriminazione⁵⁷⁹. Da un punto di vista differente, la chiusura del procedimento, dovuta alla rinuncia da parte del Pubblico Ministero, in quanto la stessa autorità ha ritenuto di non procedere, sulla base della sola motivazione che altre indagini sono state aperte in un altro Stato-membro⁵⁸⁰, non può dar luogo all’applicazione dell’articolo 54 della CAAS; inoltre, un periodo di restrizione della libertà personale (sia esso arresto/fermo o custodia cautelare) non può dar luogo all’autorità di cosa giudicata, in quanto queste misure possono anche essere seguite da una sentenza di condanna⁵⁸¹ e, pertanto, non possono essere considerate come definitrici della procedura⁵⁸². La CGCE, sostanzialmente, fonda tutte le proprie considerazioni sul concetto di « definitività », reputando provvista di tale carattere una semplice decisione

⁵⁷⁴ Vedi anche, specificamente, S. CIMAMONTI, *European arrest warrant in practice and “ne bis in idem”*, *Op. cit.*

⁵⁷⁵ Vedi la sentenza *Gasparini* esaminata.

⁵⁷⁶ Decisione-Quadro del Consiglio dell’Unione Europea del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e dalle procedure di consegna tra gli Stati-membri (2002/584/GAI).

⁵⁷⁷ Vedi la sentenza *Gözütok/ Brügge* già esaminata.

⁵⁷⁸ Vedi la sentenza *Van Straaten*.

⁵⁷⁹ Vedi ancora la sentenza *Gasparini*.

⁵⁸⁰ Vedi la sentenza *Miraglia*.

⁵⁸¹ Vedi ancora S. CIMAMONTI, *European arrest warrant in practice and “ne bis in idem”*, *Op. cit.*

⁵⁸² Vedi la sentenza *Kretzinger* già esaminata.

di sospensione⁵⁸³, anche se la pena che è stata inflitta al condannato non è mai stata direttamente eseguita⁵⁸⁴.

Per quanto riguarda l' « *idem factum* », la Corte ritiene prevalente la nozione di « identità di fatti materiali », intesi come esistenza di circostanze che devono obbligatoriamente essere ben legate tra di loro⁵⁸⁵; tali fatti materiali devono inoltre essere presi in considerazione in maniera globale, nel senso che è necessario cercare comportamenti illeciti di base ben legati tra loro (ad esempio, si può prendere come criterio oggettivo quello dell'intento criminale⁵⁸⁶).

⁵⁸³ Vedi anche la sentenza *Turansky*.

⁵⁸⁴ Vedi la sentenza *Burquain*.

⁵⁸⁵ Vedi la sentenza *Van Esbroeck*.

⁵⁸⁶ Vedi la sentenza *Kraaijenbrink*.

CAPITOLO 2

Prospettive de jure condendo

Questo secondo capitolo sarà interamente dedicato all'analisi dettagliata della più recente legislazione emanata (e giurisprudenza pronunciata) a livello europeo; si analizzeranno, altresì, i meccanismi di recepimento, sia in Francia che in Italia, di dette innovazioni, con uno sguardo (il più possibile oggettivamente critico) verso il principio della litispendenza internazionale come finora concepito (Sezione I); in secondo luogo (Sezione II) si tenterà di fornire - stavolta con un'impronta soggettiva - una soluzione che possa tracciare stabilmente i confini del concetto di litispendenza internazionale, di risoluzione aprioristica (a parere di chi scrive) rispetto al principio *ne bis in idem* di cui ci siamo occupati sinora.

SEZIONE I: Aggiornamenti. La litispendenza internazionale ed il meccanismo di prevenzione dei conflitti.

143. Aggiornamenti dal versante europeo. - Da un punto di vista prettamente europeistico, possiamo considerare che dal 2009 ad oggi sono principalmente due le grosse "novità" introdotte nel panorama del *ne bis in idem* internazionale: la Decisione Quadro 2009/948/GAI, da un punto di vista prettamente legislativo; e le Sentenze C-14939/03 (Sentenza *Zolothoukin c. Russia*) della CEDU e C-261/2009 (cd. sentenza *Mantello*, dal nome del ricorrente) della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, da un punto di vista squisitamente giurisprudenziale. Esaminiamo con attenzione dette posizioni.

144. Decisione Quadro 2009/948/GAI. - La Decisione quadro del Consiglio Europeo, emanata il 30 novembre 2009, è stata concepita nell'ottica relativa alla

prevenzione e al regolamento dei conflitti in materia d'esercizio della competenza nel quadro delle procedure penali interstatuali⁵⁸⁷.

Con l'introduzione di detta decisione, il Consiglio dell'Unione europea abbandona definitivamente lo schema che era la spina dorsale della cd. proposta ellenica: la rigida tripartizione *preclusione del giudicato - litispendenza - cumulo*. Il risultato è un corpo di norme abbastanza snello, soprattutto se paragonato alle varie versioni che si sono succedute in seno al consiglio e al Parlamento Europeo e che hanno preso il via dal Libro Verde del 2005; detta "spoliazione normativa" è dovuta principalmente al fatto che, qualora fosse entrato in vigore il trattato di Lisbona, si sarebbero dovute applicare nuove procedure di approvazione che avrebbero condotto a una decadenza del testo preesistente (che di fatto è quello nella versione attuale), con conseguente ulteriore dispendio di energie a carico del Consiglio e del parlamento; è appunto per tale motivo che tale Decisione Quadro è stata introdotta proprio poco prima dell'introduzione del Trattato di Lisbona. Vediamo quali sono le principali innovazioni introdotte.

- *Carattere obbligatorio delle informazioni tra gli Stati membri*: lo Stato che abbia "fondati motivi"⁵⁸⁸ di ritenere pendente un altro procedimenti in un altro Stato, per i medesimi fatti e contro la medesima persona, deve prendere contatti con l'autorità competente dell'altro Stato per avere la conferma della pendenza del procedimento. A detta richiesta (da formularsi con mezzi di tracciabilità "scritta"), lo Stato risponde entro un termine stabilito dall'autorità contattante e, ove questo manchi, comunque senza indebito ritardo.

- *Procedura di Consultazione*: è il punto chiave, il nodo della Decisione Quadro⁵⁸⁹. Accertata la litispendenza tra gli stati membri, i medesimi Stati avviano alcune consultazioni che mirano a un consenso, a una "soluzione efficace" che eviti le conseguenze eventualmente dannose di due o più procedimenti paralleli.

- *Consenso*: esaminati gli atti e raggiunta la concentrazione in un unico Stato dei procedimenti penali originariamente pendenti presso più Stati membri⁵⁹⁰, l'autorità

⁵⁸⁷ Vedi appendice.

⁵⁸⁸ Cfr. Art. 5 Decisione Quadro, così come derivata dal *considerando* n.5 alla stessa Decisione.

⁵⁸⁹ Cfr. Art. 10 Decisione Quadro.

⁵⁹⁰ Cfr. Art. 11 Decisione Quadro.

competente dello Stato deputato a giudicare deve informare gli altri Stati membri dei risultati del procedimento⁵⁹¹. Nel caso in cui non si trovi un consenso, laddove necessario, la questione può essere risolta mediante l'ausilio di EuroJust.

Non volendo entrare nel merito delle differenze che intercorrono tra la stesura della Decisione entrata in vigore e quella originariamente in discussione, così si esaurisce l'apporto di innovazioni della Decisione Quadro, la quale lascia tuttavia *in suspenso* molti punti che erano stati trattati dal Libro Verde del 2005.

145. La Decisione Quadro nel sistema normativo francese e italiano. -

Pubblicata nella GUCE il 15 dicembre 2009, la Decisione Quadro avrebbe dovuto essere immediatamente applicata dagli Stati membri entro e non oltre il 15 giugno 2012; l'automatica applicabilità di detta Decisione doveva teoricamente passare attraverso una Legge di recepimento, la quale avrebbe dovuto trasfondere all'interno del sistema giuridico di ogni singolo Paese il dettato normativo previsto a livello europeo e contenuto nel *dictum* del Consiglio (così come sopra sommariamente esaminato): in Francia la decisione è stata presa in considerazione attraverso un attento esame dell'Assemblée Nationale, la quale (attraverso il recepimento della stessa *in limine litis*, in quanto aprioristicamente esaminata il 1° aprile 2009 ma ratificata sul JOL 328 del 15 dicembre 2009 e pubblicata sul JOLD del 29 gennaio 2010, p.1842) ha fortemente criticato l'operato (come detto "sbrigativo") del Consiglio, tentato d'innovare la medesima Decisione con un "appunto" riguardante il meccanismo di filtro conferito ad Eurojust⁵⁹².

⁵⁹¹ Cfr. Art. 13 Decisione Quadro.

⁵⁹² « La présente proposition de décision-cadre, présentée par M. Guy GEOFFROY , rapporteur, au cours de la réunion de la Commission du 1er avril 2009, tend à créer un système de prévention et de règlement des conflits de compétence en matière pénale.

Il arrive que des procédures pénales soient initiées parallèlement dans deux Etats membres pour les mêmes faits impliquant la même personne. En application du principe « *non bis in idem* », la primauté est accordée de fait à la procédure aboutissant le plus rapidement et au jugement devenu définitif le premier, ce qui est peu compatible avec l'idée de la coopération judiciaire pénale.

Le projet initial a été largement revu, conformément aux remarques de très nombreux Etats au sein des groupes de travail. Il prévoyait à l'origine une procédure excessivement lourde et contraignante d'échanges d'informations entre Etats (par une obligation de notification des affaires présentant un lien notable avec un autre Etat), une liste de critères difficiles à mettre en œuvre pour désigner l'Etat le mieux placé pour exercer les poursuites et un mécanisme de dessaisissement automatique et irrévocable. Un texte de cette nature ne serait pas adapté et serait source de nombreuses difficultés d'application.

Les modifications apportées au texte au cours des négociations ont permis de lever la plupart des inquiétudes exprimées, mais la valeur ajoutée du texte apparaît modeste.

Selon la règle du « *non bis in idem* », nul ne peut être poursuivi, jugé ou puni deux fois en raison des mêmes faits. Cette règle est consacrée en France par l'article 368 du code de procédure pénale ainsi qu'à l'article 692 du même code pour son application horizontale entre Etats. Elle constitue un principe fondamental de sécurité juridique et d'équité.

Son respect au sein des Etats membres est bien assuré mais son application entre Etats membres soulève des difficultés. Au plan international, ce principe a été posé notamment par le protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en date du 22 novembre 1984. Néanmoins, ce protocole n'interdit les doubles condamnations pour un même fait que dans le cas de personnes jugées dans un même Etat.

C'est la raison pour laquelle la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987 conclue entre les Etats membres des Communautés européennes consacre le principe du « *non bis in idem* » et a été reprise par la Convention d'application de la Convention de Schengen du 14 juin 1985, en date du 19 juin 1990, dont l'article 54 dispose 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 .* »

Plusieurs conditions sont posées (la sanction, en cas de condamnation, doit avoir été subie, être en cours d'exécution ou ne plus pouvoir être exécutée). En outre, des exceptions sont posées à ce principe (article 55). Chaque Etat peut décider, par une déclaration spécifique, d'appliquer trois exceptions : l'Etat peut refuser d'appliquer ce principe lorsque les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu soit en tout, soit en partie sur son territoire, constituent une infraction contre la sûreté de l'Etat ou ont été commis par un fonctionnaire en violation des obligations de sa charge.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union dispose en son article 50 que « *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 définitif conformément à la loi .* »

Les contours du principe ne sont pas totalement arrêtés (définition des « mêmes faits », de la chose « définitivement jugée »). C'est la raison pour laquelle un projet de décision cadre relative à l'application du principe « *non bis in idem* » avait été déposé en 2003, sur lequel les discussions ont été suspendues en 2005. La commission européenne avait été invitée à présenter une réflexion plus large sur les conflits de compétence (Livre vert sur les conflits de compétence et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales).

La présente proposition de décision cadre relance les travaux européens en cette matière. Elle était très problématique dans sa version initiale mais ne constitue, dans sa version actuelle, qu'une avancée relative. Elle permet de mettre en œuvre des consultations directes entre autorités compétentes afin d'éviter les conséquences négatives découlant de l'existence de procédures pénales parallèles.

En pratique, les instruments d'entraide judiciaire posent déjà le principe d'une prise de contact direct entre les autorités judiciaires (Convention d'application de l'accord de Schengen ou Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, qui prévoit la possibilité de contacts directs pour une dénonciation adressée par un Etat membre en vue de poursuites devant les tribunaux d'un autre Etat membre et permet des échanges spontanés d'informations entre autorités compétentes).

La proposition de décision cadre introduit un nouveau mécanisme parallèle aux conventions d'entraide judiciaire et à la décision du Conseil instituant Eurojust.

La proposition de décision cadre représente une avancée modeste. La proposition vise à ce que les autorités nationales puissent être informées à un stade précoce des faits pouvant donner lieu à un conflit de compétence et qu'un accord soit trouvé afin de concentrer la procédure pénale dans un Etat.

Elle cherche à éviter les situations dans lesquelles une même personne fait l'objet, pour les mêmes faits, de procédures pénales dans différents Etats membres. Elle vise donc à promouvoir le principe « *non bis in idem* ».

Des consultations directes devraient permettre de dégager un consensus, en temps utile, pour accroître l'efficacité des poursuites et garantir une bonne administration de la justice.

La proposition ne vise pas à régler les cas de conflits négatifs de compétence.

La notion de procédure pénale à laquelle se réfère la proposition comprend à la fois l'instruction et le procès proprement dit.

Lorsqu'une autorité compétente d'un Etat membre estime qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une procédure pénale parallèle est en cours dans un autre Etat membre pour les mêmes faits impliquant la même personne, et que cela pourrait donner lieu à des jugements définitifs dans plusieurs Etats membres, elle devrait prendre contact avec l'autorité de l'autre Etat (article 5). Le principe de base de la proposition est la prise de contacts directs mais un Etat peut désigner une autorité centrale chargée de la réception et de la transmission administrative des demandes d'informations.

Cette obligation de prise de contact ne s'appliquerait pas lorsque les autorités ont déjà échangé des informations par tout autre moyen.

Une obligation de répondre dans un délai raisonnable serait instituée.

La procédure de prise de contact serait fondée sur un échange minimal d'informations venant appuyer la demande et la réponse afin notamment d'assurer une identification correcte des personnes et la nature de la procédure parallèle en cours.

Lorsqu'il est établi que des procédures pénales parallèles sont en cours pour les mêmes faits impliquant la même personne, les autorités devraient obligatoirement engager des consultations directes afin de dégager un consensus sur toute solution permettant d'éviter les conséquences négatives liées à l'existence des procédures parallèles (article 12).

Les critères listés pour établir le consensus sont inscrits dans le corps de l'article 15 mais auraient davantage leur place dans un considérant, n'étant qu'indicatifs et étant susceptibles de poser de réels problèmes d'application (il s'agirait notamment du lieu du crime, du lieu où sont subis les dommages, du lieu où se trouvent les suspects et de leur nationalité, etc.).

Si aucun consensus n'est dégagé, les Etats conservent le droit d'engager ou de poursuivre les procédures et Eurojust peut être saisi. La France et un petit nombre d'Etats souhaitent que la saisine d'Eurojust soit obligatoire en cas d'échec constaté suite aux échanges. La majorité des Etats ne le souhaite pas, ce qui est d'autant plus regrettable que la décision du Conseil adoptée le 16 décembre 2008 renforçant Eurojust dispose que les informations relatives aux conflits de compétence potentiels ou avérés sont transmises aux membres nationaux. Le collège d'Eurojust peut être saisi par les Etats en vue de rendre un avis non contraignant sur l'Etat le mieux placé pour mener les poursuites. Par ailleurs, si la compétence générale d'Eurojust est en principe limitée à certaines formes de criminalité, tout Etat conserve la possibilité de saisir l'unité pour d'autres infractions.

La Parlement européen doit rendre son avis dans le courant du mois de mai sur la base de la proposition de rapport déposée par Mme Renate Weber, qui tend notamment à clarifier la proposition dans sa

In Italia, il recepimento della Decisione Quadro è ancora a uno stadio primordiale: non essendo stato ancora predisposto un disegno di legge per il suo recepimento, sarà certamente difficile passare il vaglio (in stesura legislativa) di alcuni capisaldi costituzionali, quali gli artt.24, 25 e 112 Cost., posto che la Decisione: 1) non applichi meccanismi di contraddittorio per la consultazione tra Stati; 2) scalfisca (probabilmente) il meccanismo di assegnazione al giudice naturale precostituito per legge; 3) non da

rédaction initiale et à renforcer la place d'Eurojust (en prévoyant par exemple une information systématique dès le stade de la prise de contact, ce qui présente l'inconvénient d'être trop en amont des échanges). Le projet de rapport renforcerait également la protection des personnes poursuivies (permettant à l'intéressé de faire valoir son opinion sur l'Etat le mieux placé pour les poursuites ou d'exercer un recours contre la décision). Cet instrument n'a cependant pas vocation à harmoniser les procédures au sein des Etats et n'est pas un outil de reconnaissance mutuelle. Il ne devrait donc pas contenir ces éléments nouveaux. Pour autant, le considérant prévoyant que la décision cadre ne confère aucun droit susceptible d'être invoqué par une personne poursuivie devant les autorités nationales devrait être supprimé.

Il est prévu que dans les situations où des instruments ou accords plus souples sont en vigueur, ceux-ci doivent prévaloir sur la proposition de décision cadre.

En conclusion, les positions développées par les autorités françaises doivent être appuyées pour permettre une saisine obligatoire d'Eurojust et que l'unité devienne un outil central dans la coopération judiciaire. Il faut prendre acte des avancées de ce texte et rappeler les progrès que permettra la mise en œuvre du traité de Lisbonne. Il convient aussi de souligner que les conflits de compétences en matière pénale peuvent aller très loin dans l'imbroglio juridique, avec de graves conséquences pour les personnes concernées.

Le Président Pierre LEQUILLER a ajouté que c'était également le cas dans les affaires civiles, concernant les divorces transfrontaliers notamment.

Sur proposition du rapporteur, la Commission a ensuite adopté les conclusions suivantes :

« *La Commission*

Vu l'article 88-4 de la Constitution,

Vu la proposition de décision cadre du Conseil relative à la prévention et au règlement des conflits de compétence dans le cadre de procédures pénales (E 4229),

Souligne la nécessité de progresser dans la prévention et la résolution des conflits de compétence en matière pénale et prend acte de ce que la proposition de décision cadre ne constitue qu'une avancée modérée,

Rappelle les avancées du traité de Lisbonne pour Eurojust et que la décision du Conseil 2008/.../JAI du ... sur le renforcement d'Eurojust prévoit précisément de développer le rôle de l'unité pour résoudre les conflits de compétence,

Soutient donc la position des autorités françaises tendant à instituer à l'article 16 de la proposition de décision cadre une saisine automatique d'Eurojust dès lors que les autorités compétentes ne sont pas parvenues à dégager un consensus.».

ultimo, non preveda un meccanismo di astensione del PM nell'esercizio dell'azione penale obbligatoria per cui lo stesso PM possa "cedere il passo" ad autorità di altro Stato membro eletta competente alla fine della procedura tracciata dalla Decisione.

Nel sistema francese, a cavallo dell'emanazione della Decisione di cui ci occupiamo, meritano di essere prese in considerazione alcune pronunce della Corte di cassazione. In un'occasione, la Corte statuisce che la prescrizione di un reato è sufficiente a "bloccare" un eventuale secondo giudizio nei confronti di un medesimo soggetto per il medesimo reato: sulla scorta delle sentenze interpretative della CGCE. La Suprema Corte indica come tassello indispensabile l'accertamento della prescrizione sulla base di un'azione giudiziaria correttamente intrapresa all'interno di un altro Stato membro⁵⁹³. Altra pronuncia da prendere in considerazione, più recente, è quella resa dalla Corte di cassazione nel giugno 2012: sempre sulla base delle prodromiche sentenze della CGCE, la Suprema Corte (ancora una volta, ma stavolta tramite recepimento "interno") indica come inammissibile la formazione di un giudicato sulla base di un provvedimento di archiviazione (cd. "classement sans suite") pronunciato da un altro Stato⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Cfr. Cass. Crim., 12 maggio 2009, F-P+F+I, n° 07-85.875, in Dalloz actualité 26 luglio 2012, con nota di C.Girault. In particolare: "Interprétant l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen relatif au principe *non bis in idem*, la Cour de cassation indique que la prescription de l'action publique dans un État ne fait obstacle à la poursuite des mêmes faits dans un autre État qu'à la condition que cette prescription ait été constaté par un jugement définitif rendu à la suite de l'exercice de l'action publique. Une nouvelle fois, la Cour de cassation interprète strictement le principe « *non bis in idem* » tel qu'il est consacré, au niveau européen, par l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen. Sur le fondement de cet article qui 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 (...) », elle avait déjà estimé, dans la même affaire, qu'une décision de classement sans suite rendue par le ministère public allemand ne faisait pas obstacle à des poursuites en France. La haute juridiction résout elle-même la question que l'auteur du pourvoi souhaitait soumettre à la CJCE en indiquant que la prescription de l'action publique, faute d'avoir été constatée par un jugement définitif, ne pouvait avoir aucune incidence sur les poursuites exercées en France. Aucun jugement ni même aucune poursuite n'ayant eu lieu en Allemagne, l'exception de la chose jugée ne saurait faire obstacle à la condamnation de l'intéressé par les juridictions françaises.

⁵⁹⁴ Cfr. Cass. Crim. 20 giugno 2012, F-P+B, n° 12-81.729, nota di Sabrina Levric: "La décision d'une juridiction étrangère se bornant à déclarer irrecevable en la forme un recours contre le classement administratif d'une plainte ne saurait constituer un jugement définitif intervenu à la suite de l'exercice de l'action publique faisant obstacle à la poursuite des mêmes faits en France.

En 2005, un Français fit l'objet de deux plaintes déposées aux Philippines par deux ressortissantes de cet État dénonçant des viols et agressions sexuelles subies en 2002 alors qu'elles étaient respectivement âgées de quatorze et quinze ans. Le parquet philippin décida d'engager des poursuites, le 1er février 2006 – une décision qui fut infirmée quelques mois plus tard par le ministère de la justice. En 2007, la cour d'appel de Manille rejeta le recours des plaignantes dirigé contre ce classement. Par la suite, une enquête préliminaire fut diligentée en France à la demande du procureur de la République de Paris saisi d'un signalement de l'attaché de sécurité intérieure français à Manille. Une information fut ouverte et l'intéressé mis en examen pour viols et agressions sexuelles, viols et agressions sexuelles sur mineure de quinze ans, corruption de mineurs et détention d'images et de représentations de mineurs à caractère

146. Le ultime decisioni della CGCE sul *ne bis in idem* internazionale. -

Abbiamo preliminarmente citato due importanti decisioni che meritano di essere esaminate: ci riferiamo alla sentenza CEDU nella causa C-14939/03 (Sentenza *Zolothoukin c. Russia*) e alla pronuncia CGCE nella causa C-261/2009 (cd. sentenza Mantello).

Nella sentenza *Zolothoukin c. Russia*, resa dalla Grande Chambre della Corte Europea dei diritti dell'uomo il 10 febbraio 2009, la medesima Autorità europea, a seguito di pronunce della Corte americana e (di quelle più note) della CGCE, ritorna ad occuparsi

pornographique (photographies et vidéos trouvées en sa possession en France). Invoquant l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt de la cour d'appel de Manille, l'intéressé sollicite l'annulation de la procédure engagée devant les juridictions françaises. Selon lui, cette décision constituait une décision juridictionnelle faisant définitivement obstacle à la poursuite pénale des faits en France et lui permettant d'invoquer le principe non bis in idem.

Par son arrêt du 20 juin 2012, la chambre criminelle rejette le pourvoi formé par la défense contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant refusé de prononcer l'annulation de la mise en examen et des actes d'information subséquents. La haute Cour approuve ainsi la chambre de l'instruction d'avoir qualifié la décision de la cour d'appel de Manille de « simple validation d'une décision hiérarchique de classement sans suite, laquelle est dépourvue d'autorité de chose jugée ». Elle ajoute qu'elle a justifié sa décision « dès lors qu'une décision d'une juridiction étrangère, se bornant à déclarer irrecevable en la forme un recours contre le classement administratif d'une plainte, ne saurait constituer un jugement définitif intervenu à la suite de l'exercice de l'action publique et faisant obstacle à la poursuite des mêmes faits en France ».

Aux termes de l'article 113-6 du code pénal, relatif au principe de compétence personnelle active, « la loi française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République », ainsi qu'aux délits perpétrés dans les mêmes conditions, sous réserve que les faits soient punis par la législation du pays où ils ont été commis (principe de double incrimination). L'article 113-9 précise, pour sa part, que, « dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, 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 » (V. égal., C. pr. pén., art. 692 ; sur le principe non bis in idem, expression de la subsidiarité, V. Rép. pén., vo Compétence internationale, par D. Brach-Thiel, nos 218 s.).

La question portait, en l'espèce, sur la nature de la décision rendue par la juridiction étrangère. Constituait-elle un jugement définitif propre à exclure, sur le fondement du principe non bis in idem, les poursuites des mêmes faits en France ? La chambre de l'instruction, suivie par la Cour de cassation, y a répondu par la négative en retenant qu'une décision de classement sans suite rendue à l'étranger ne pouvait être assimilée à un jugement définitif revêtu de l'autorité de la chose jugée (V. déjà, en ce sens, Crim. 6 déc. 2005, Bull. crim. no 317 ; D. 2006. Somm. 622, obs. J. Pradel ; RSC 2006. 307, note G. Vermelle ; D. Brach-Thiel, art. préc., no 225 ; V. aussi, Rép. pén., vo Chose jugée [autorité de], par J. Danet, no 119) et en analysant l'arrêt de la cour d'appel de Manille de 2007 comme une simple validation du classement intervenu en l'espèce.

Pour faire obstacle à la compétence des juridictions françaises, la sentence répressive étrangère doit présenter un caractère définitif – elle ne doit plus pouvoir faire l'objet d'un recours ordinaire ou extraordinaire – et émaner d'une juridiction répressive internationalement compétente ayant suivi une procédure respectueuse des droits de la défense (D. Brach-Thiel, art. préc., no 225). La preuve du jugement étranger doté d'une autorité négative de chose jugée doit en outre être rapportée par celui qui entend s'en prévaloir (ibid., no 226) ; le mis en examen avait ainsi produit, en l'espèce, une consultation juridique rédigée par un expert en droit philippin indiquant que l'arrêt de 2007 constituait une décision juridictionnelle définitive. Son authenticité est directement appréciée par le juge saisi des (nouvelles) poursuites. »

del concetto di “identità di fatti”, concetto imprescindibile e basilare per la corretta applicazione del principio del *ne bis in idem*: mettendo fine a più di un decennio d’incertezze sul concetto di *idem factum* e ribadendo il principio per cui nella valutazione della condotta materiale bisogna tenere in considerazione ciò che realmente è stato commesso/omesso dall’imputato e non già il *nomen juris*, la Corte ha mantenuto tuttavia, in maniera del tutto criticabile, una propria posizione netta sul criterio non-scritto per cui bisogna guardare alla qualità delle nuove indagini (*rectius*, dei nuovi procedimenti penali) a carico del soggetto prosciolto/condannato, per stabilire se, effettivamente, la parte astrattamente offesa possa realmente considerarsi quale parte civile nell’iniziando nuovo processo, andando così a considerare un’ipotetica violazione dell’art. 4 del Protocollo n.7 della Convenzione.

Diversamente, la pronuncia della sentenza Mantello⁵⁹⁵, principalmente indirizzata all’applicazione della Decisione quadro sul MAE⁵⁹⁶, la cui massima in ogni caso non necessita di ulteriori interpretazioni: “In presenza di circostanze come quelle oggetto della causa principale, in cui l’autorità giudiziaria emittente, rispondendo ad una richiesta di informazioni ai sensi dell’art. 15, n. 2, della decisione quadro formulata dall’autorità giudiziaria di esecuzione, abbia espressamente rilevato, in applicazione della propria legge nazionale e nel rispetto delle esigenze derivanti dalla nozione di «stessi fatti» consacrata nell’art. 3, n. 2, della decisione quadro, che la precedente decisione pronunciata nel proprio ordinamento giuridico non costituiva una sentenza definitiva riguardante gli stessi fatti oggetto del proprio mandato di arresto e non ostava quindi al perseguimento dei reati indicati nel mandato di arresto medesimo, l’autorità giudiziaria di esecuzione non ha alcun motivo per applicare, con riguardo alla sentenza medesima, il motivo di non esecuzione obbligatoria previsto dall’art. 3, n. 2, della menzionata decisione quadro.”.

147. La litispendenza internazionale: conclusioni. - Concludendo la disamina della sezione dedicata alla litispendenza internazionale, principio imprescindibile e direttamente collegato al *ne bis in idem*, possiamo serenamente affermare che assai variegato è il panorama internazionale che si è occupato (e parzialmente continua ad occuparsi) di tale principio, purtroppo ancora non consolidato. Certo è che la litispendenza configura il meccanismo attraverso il quale prevenire ogni genere di conflitto sulla spettanza di trattazione di un determinato procedimento, altrettanto certo è che non si è recepito (né ancor prima creato) un meccanismo internazionale (ed

⁵⁹⁵ Cfr. CGCE, Sentenza 16.11.2010, in GUCE 15.01.2011 nella causa C-261/09, *Mantello c. Germania*.

⁵⁹⁶ Decisione Quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, relativa al Mandato d’Arresto Europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

interno) simile a quello creato dal nostro codice di procedura civile e valevole, parzialmente, per il diritto internazionale privato; altrettanto vero è che, nonostante varie commissioni e vari “soggetti” giuridici abbiano tentato di creare delle strutture che mirino alla risoluzione di tali conflitti, ancora non si è pervenuti a una soluzione certa e definitiva, in grado di porre l’accento sulle istanze di ogni singolo Stato membro, in ipotetico conflitto (prima costituzionale e poi legislativo) con le spettanze di altri Stati membri. Detti soggetti, più o meno istituzionalizzati (il Progetto cd. Ellenico, il cd. Libro Verde, il Gruppo di Friburgo e le varie decisioni a livello europeo, tanto per citarne alcune) hanno avanzato proposte, hanno tentato di legiferare o di codificare, hanno concretamente posto le basi (forse) per una risoluzione definitiva dei conflitti di competenza; tuttavia ancora non si è riusciti a pervenire a un concreto allineamento “di pensiero” tra detti soggetti coinvolti. Né a un’uniformità interpretativa.

SEZIONE II: Riflessioni generali.

148. Un’ipotesi di risoluzione. - Tentare di risolvere l’annoso problema del *ne bis in idem* internazionale è cosa assai ardua. Come detto, la storia ci insegna che il concetto di preclusione del giudicato si estrinseca solamente “a valle”, non tenendo in ambito penale in debito conto (come succede nel diritto processuale civile a livello interno, o nel diritto internazionale privato a livello europeo) il concetto “a monte” di litispendenza internazionale. Né tantomeno è prospettabile una modifica radicale dei sistemi giuridici degli Stati membri che compongono l’Unione Europea: anche qualora si prospettasse una simile ipotesi, la stessa modifica dei sistemi comporterebbe aprioristicamente una modifica di ogni singola Carta costituzionale, il che condurrebbe inevitabilmente a lungaggini che, allo stato, confliggono con il concetto stesso di “Unione”.

La soluzione, dunque, sarebbe quella di trovare un meccanismo di interscambio di informazioni, preventivo, di tal ch  si possa riuscire a determinare la competenza (esclusiva) di ogni singolo Stato membro nella trattazione del procedimento: questo meccanismo si baserebbe semplicemente su alcuni piccolissimi correttivi da fare recepire ad ogni singolo Stato, incentrati principalmente sulla limitazione (ad hoc circoscritta) della sovranità-territorialità. A parere dello scrivente, anche e soprattutto sulla scorta dei precedenti tentativi che si sono effettuati in tale ambito (li abbiamo citati

pocanzi⁵⁹⁷), un ipotetico schema di “litispendenza internazionale in ambito penale” (con inventivo acronimo P.I.L., Penal International Litispendence.) potrebbe essere così sviluppato.

A) Laddove vi fosse la presenza di un conflitto interstatuale, la prima operazione che ogni Stato membro dovrebbe effettuare sarebbe quella di interrogare una sorta di “casellario centrale” (ad esempio mediante il S.I.S., Servizio Informatico Schengen), dal quale si possa evincere nell’immediatezza l’eventuale pendenza di un procedimento (iniziato o terminato) a carico del medesimo soggetto e sui medesimi fatti. In tale circostanza, rilevarebbe solo l’ipotesi delittuosa astrattamente configurata dal legislatore nello Stato membro in cui è stata rintracciata la procedura a carico del medesimo soggetto, e non già il *nomen juris*, valevole di per sé a creare confusione sul reale reato commesso dal soggetto che si intende perseguire;

B) Accertata la presenza di un procedimento nei confronti di un medesimo soggetto sulla medesima materia (P.I.L.), il Paese - secondo - che vuole intraprendere la procedura dovrebbe immediatamente adire un’autorità “terza” (EuroJust sembra la più idonea) la quale, nel più breve tempo possibile e insindacabilmente, dovrebbe pronunciarsi sulla competenza a giudicare dello Stato membro.

Qui si aprono moltissimi scenari, poiché è proprio in questo contesto che si sviluppano i maggiori problemi, sia sulla tipologia dei reati commessi, sia sulle limitazioni ai principi di sovranità/territorialità di ciascuno Stato membro. Contemperare le esigenze di ogni Paese aderente sarebbe cosa assai difficile (per non dire impossibile). Si potrebbe adottare il principio *prior in tempore potior in jure*, di stampo privatistico, secondo cui il primo Paese che ha intrapreso l’azione giudiziaria è esclusivamente competente; o ancora si potrebbe aderire alla teoria (più correttamente, ad avviso dello scrivente) del penalistico principio del *locus commissi delicti*, by-passando ogni tipo di eccezione e configurando una competenza esclusiva del Paese ove ha avuto origine l’azione/omissione. O ancora, si potrebbe stilare una vera e propria “lista di reati” (simile ai 32 illeciti contenuti nella *Black List* prevista per il Mandato d’Arresto Europeo), valevole per e in ogni singolo Stato membro (dunque riconosciuti a monte) e

⁵⁹⁷ Si tratta del Progetto cd. Ellenico, del cd. Libro Verde e del Progetto facente capo al cd. Gruppo di Friburgo. In particolare, quest’ultimo ha elaborato una tesi piuttosto originale, da cui prendere altresì parzialmente le mosse nella presente analisi. Nel documento, suddiviso in tre sezioni, gli studiosi del Max-Planck Institute hanno tentato di disciplinare il coordinamento tra gli Stati al fine di determinare la giurisdizione esclusiva”; le garanzie nel caso in cui il coordinamento abbia avuto buon fine (*ne bis in idem*); l’eventuale “detrazione di pena” risultante dall’accertamento del *ne bis in idem*.

senza bisogno di interne limitazioni di sorta. Nel caso di arresto (custodia cautelare) in “altro Paese”, verificata la compatibilità del reato, si avrebbe ugualmente (nel più breve tempo possibile) la consegna dell'imputato allo Stato designato da EuroJust, al fine di essere giudicato secondo la competenza da quest'ultimo stabilita. Nel caso in cui, poi, in base al *locus commissi delicti*, si dovesse avere un reato “a cavallo” di due o più Paesi (si pensi ad un reato permanente, transnazionale, come ad esempio un sequestro di persona che avvenga tra più paesi Schengen), allora si potrebbe ritornare al principio della “prima iscrizione” e quindi del primo Stato che ha intrapreso l'azione giudiziaria nei confronti di quel determinato soggetto.

All'esito del proprio vaglio, poi, EuroJust dovrebbe senza ritardo notificare (con i mezzi più idonei che possano convergere verso la celerità: nell'era di internet, si pensi alla PEC, Posta Elettronica Certificata, avente pieno valore legale e fornente piena controprova di avvenuta notifica; ed in ogni caso in un termine massimo molto contratto, ad esempio 10 giorni) ai Paesi coinvolti la propria scelta; lo si ripete, con atto non sindacabile;

C) Intrapresa correttamente l'azione giudiziaria nel Paese selezionato da EuroJust, si perverrà a una sentenza (o atto equiparato), in quel Paese, che arrivi ad avere efficacia di giudicato. Detto atto verrà inserito, a completamento del “profilo personale” del soggetto, nel “casellario centrale” di cui alla lettera A), di modo si possa fugare qualsiasi tipo di dubbio in ordine a un eventuale *bis in idem*: risolta dunque la questione sulla litispendenza, va da sé che venga risolta “a cascata” la questione sull'effetto preclusivo del giudicato.

In tale fase l'unico problema potrebbe essere costituito dal fatto che non tutti gli Stati membri hanno la medesima percezione di “giudicato”. Una possibile soluzione al problema, potrebbe essere il riconoscimento aprioristico dell'autorità di cosa giudicata in un Stato membro dell'atto emanato dallo Stato che ha giudicato: ovvero creare una sorta di insindacabilità circoscritta alle decisioni che lo Stato membro selezionato da EuroJust ha posto in essere sulla medesima fattispecie per la quale si vorrebbe nuovamente procedere (ovviamente contro lo stesso soggetto); altrimenti detto, significherebbe dare rilievo internazionale al concetto di giudicato “interno”.

D) Una volta compilata la “scheda personale” del soggetto già giudicato, la medesima verrà riposta e conservata nell'archivio informatico di cui alla lettera A), per essere consultata ogni volta in cui, in ogni Stato membro, venga intrapreso un procedimento nei confronti di un indagato/imputato: in buona sostanza, per tradurlo nel linguaggio

giuridico italiano, questo documento potrebbe costituire una piccola “appendice” al casellario giudiziale (così come presente nel nostro ordinamento), da vagliare obbligatoriamente all’atto dell’iscrizione nel registro degli indagati del soggetto contro cui si vuole procedere. Si ritornerebbe, quindi, al vaglio iniziale: principio da cui si ha il “via” per lo scambio interstatuale di informazioni.

149. Esempi per agevolare la comprensione del meccanismo. - Per meglio comprendere il funzionamento del sopracitato meccanismo, è opportuno fare un paio di esempi. Il primo sul funzionamento del *ne bis in idem* alla luce di quanto sopra detto, il secondo invece per scoprire meglio il concetto di litispendenza internazionale.

1) Riciclaggio di denaro: soggetto che trasporta denaro liquido di provenienza illecita dall’Italia in Germania. Rato istantaneo: l’illecito inizia in Italia e termina in Germania, senza arresto e/o misure cautelari.

La Procura tedesca, a seguito di indagini svolte, scopre l’ipotesi delittuosa summenzionata: interroga il S.I.S. e, a risposta negativa, avvia un procedimento a carico del soggetto, che conduce il Tribunale tedesco a una sentenza di condanna a carico del soggetto *de quo*; l’Italia a distanza di tempo (entro quelli di prescrizione “interna” ovviamente), volendo intraprendere un’azione giudiziaria nei confronti del medesimo soggetto per quel medesimo reato, dovrà obbligatoriamente interrogare il S.I.S. (ancora in fase di indagini preliminari, subito dopo l’iscrizione nel registro degli indagati di cui all’art. 335 c.p.p.), il quale dirà inesorabilmente che una procedura è già stata portata a termine. Senza bisogno di interrogare EuroJust, non essendo pendente un conflitto “attuale” di competenza, l’Italia dovrà obbligatoriamente riconoscere l’efficacia di giudicato della sentenza tedesca e, di conseguenza, il PM titolare dell’inchiesta dovrà richiedere l’archiviazione del procedimento per intervenuto *bis in idem*.

Schematicamente, la procedura si snoda in maniera più snella: **A) - C) - D)**; viene sostanzialmente by-passata tutta la fase decisoria intermedia di EuroJust, essendo sufficiente un’interrogazione informatizzata per fugare ogni dubbio sulla ripetibilità (o meno) della procedura in altro Stato membro.

2) Fattispecie di detenzione di stupefacenti ai fini dello spaccio: soggetto che “trasporta” le sostanze psicotrope dall’Italia alla Francia. Reato permanente: l’attività di spaccio ha inizio in Italia e il soggetto viene arrestato dalla Polizia di Frontiera.

La Francia, preventivamente, interrogherà il S.I.S. per controllare l'esistenza o meno di procedimenti a carico del soggetto tratto in arresto: se non vi è pendenza di un altro procedimento, la Francia sarà competente a giudicare e non dovrà interrogare EuroJust. Da qui l'iscrizione, immediata, al S.I.S. del nominativo e della tipologia di reato ascritta al soggetto contro cui si procede.

Parallelamente, l'Italia (laddove voglia perseguire il medesimo reato contro il medesimo soggetto) dovrà a sua volta interrogare il S.I.S.: alla conferma della pendenza della procedura avviata dalla Francia, l'Italia dovrà immediatamente adire EuroJust, il quale (secondo quanto precedentemente detto) statuirà sulla competenza esclusiva del nostro Paese, posto il reato sia contenuto nella "black list". Seguiranno una procedura di consegna dell'arrestato ed il giudizio nei suoi confronti, secondo le regole processuali tipiche del Paese "eletto" da EuroJust.

Pervenuti ad una sentenza (di condanna o proscioglimento), la stessa verrà nuovamente inserita nella "scheda personale" del soggetto imputato, al fine di fare parte integrante del casellario informatico S.I.S. e al fine di essere consultato per evitare *bis in idem*. Detta sentenza farà stato tra le parti e avrà forza di giudicato "interno" ed "esterno", ovvero con rilievo sia all'interno dell'ordinamento di provenienza che all'interno dell'Unione Europea (tra gli Stati membri che abbiano sottoscritto l'accordo).

In questo contesto la procedura segnalata sarà completa: **A) - B) - C) - D)**; al meccanismo "a valle" viene sostituito il meccanismo "a monte", per cui risulta indispensabile l'intervento di un'istituzione terza, quale EuroJust, per risolvere il conflitto (più che mai) "attuale" di competenza tra gli stati membri.

CONCLUSIONE

In questa seconda parte abbiamo visto quali sono le principali innovazioni apportate dalla giurisprudenza e dalla dottrina in merito al principio del *ne bis in idem* internazionale. A fronte di un mancato recepimento interstatuale della Decisione Quadro 2008/948/GAI, abbiamo visto come la giurisprudenza si è evoluta sul concetto di *bis* e *in idem*; abbiamo inoltre esaminato i risvolti pratici del principio preclusivo nel nostro ordinamento, tracciando delle linee ben fisse attraverso le quali sapere come effettivamente comportarsi (risvolto pratico) in caso di presenza dell'effetto preclusivo in udienza (abbiamo cercato di vedere sia come un difensore dovrebbe far valere tale principio, sia quali dovrebbero essere le consequenziali decisioni del Giudice). Infine abbiamo visto come, stanti le molteplici modifiche/aggiunte/proposte a livello europeo, chi scrive non veda impossibile il raggiungimento di una disciplina omogenea per il trattamento del meccanismo di litispendenza come "antecedente" rispetto la formazione del giudicato. Questo scritto, naturalmente, non si propone di essere universalmente riconosciuto; si pone semplicemente nell'ottica della ricerca di un meccanismo di risoluzione dei conflitti tra Paesi che si reputano territorialmente (*rectius*, sovranamente) idonei al giudizio nei confronti di un soggetto per cui o è intervenuta già una sentenza passata in giudicato, o per cui sia attualmente pendente un procedimento in altro Paese contraente.

Si ritiene peraltro che, alla luce dei progressi che si sono effettuati, non si sia assolutamente lontani dal raggiungimento dell'obiettivo: gli ingranaggi si stanno rodando e, per far funzionare perfettamente la macchina, è necessaria solamente la collaborazione tra i medesimi Stati, da intendersi come volontà di auto-limitazione: solo attraverso una reale concertazione, attuale e non virtuale (come finora si è visto!), si può pervenire alla risoluzione dei conflitti di competenza a monte della preclusione del giudicato.

CONCLUSIONI GENERALI

150. I problemi nell'evoluzione. - A seguito di una breve disamina di quelli che sono i maggiori aggiornamenti giurisprudenziali e non a livello europeo, ci accorgiamo che a fronte dei grossi sforzi che si sono fatti nel decennio 2000-2010 oggi non abbiamo più quell'iperproduzione giuridica che era presente negli anni passati. I motivi sono da rintracciarsi, prevalentemente, nel mutato quadro storico-economico che stiamo vivendo: la tensione dovuta alle difficoltà di crescita dell'Unione probabilmente sta avendo degli effetti (riflessi) anche sulla produttività giuridica, allo stato "bloccata" a semplici proposte condite da pronunce "intenzionali" da parte degli Stati. Il fermento nel quale si sono affermate la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la Carta di Nizza è sicuramente passato: come in un sistema economico perfetto si assiste ad una fase di "rebound" dopo una crescita esponenziale, a livello legislativo (nell'ambito del *ne bis in idem* internazionale) stiamo assistendo ad un immobilismo esasperato: le pronunce della CGCE si fanno sempre più rade, la legislazione è carente, gli Stati membri fanno continue proposte di rettifica e pungolano affinché si possa pervenire nel più breve tempo possibile ad una soluzione certa, sicura e stabile.

151. EuroJust "profetica". - Gli stessi sforzi effettuati nel 2004 da EuroJust⁵⁹⁸, mirati sicuramente ad uniformare l'interpretazione dei vari Stati membri, nonostante sia datata, è stata da sola sufficiente ad aprire le porte ad un nuovo concetto di determinazione del *forum*; la medesima Istituzione si è posta in condizione di dirimere le controversie sorgenti (o sorte) sull'attribuzione della competenza giurisdizionale a giudicare la materia penale "transnazionale". Ma a fronte del tentativo, di questa sorta di invito, da parte di EuroJust, gli Stati membri sembrano ancora faticare a riconoscere questa capacità alla stessa struttura: si ha come la percezione che, non volendo limitare la propria sovranità (più o meno giustamente), i Paesi non vogliano riconoscere un livello di autonomia e sovra-ordinazione a quest'Istituzione che, al contrario, probabilmente potrebbe condurre alla risoluzione di tutte le problematiche finora affrontate. La medesima Francia, nella pronuncia parlamentare precedentemente richiamata, intravede la possibilità dell'applicazione di EuroJust a livello europeo e, addirittura, arriva a non recepire la Decisione Quadro per mancanza di determinatezza

⁵⁹⁸ Cfr. *EuroJust, Annual Report 2004 Allegato IV - Linee per decidere a quale giurisdizione compete l'azione penale*

(stimolando un ruolo più attivo della “super-Procura”). In tal senso si colloca la proposta vista nel secondo capitolo della seconda parte di questo scritto, che mira principalmente a (tentare di) risolvere il problema del conflitto di competenza; non disdegnando, lo si ribadisce, di prendere come punto di partenza proprio quella pronuncia dell’Assemblée Nationale Française che si fa portatrice dell’interesse europeo (non solo della Nazione) all’interrogazione (più o meno preventiva) di EuroJust.

152. Una riforma dei sistemi processuali. - C’è ancora della strada da fare; la tematica presa in considerazione non è sicuramente delle più semplici, posto che coinvolga una moltitudine di diritti fondamentali sanciti tanto a livello mondiale, quanto a livello europeo, quanto a livello nazionale: un’ipotesi di soluzione potrebbe essere una concertazione tra Stati membri, i quali (come detto) nel porre un freno alla propria sovranità/territorialità, possano creare una sorta di “procedura penale europea”. L’obiettivo è probabilmente fantasioso, in quanto ogni singolo Stato dovrebbe limitare la propria capacità di intraprendere azioni giudiziarie “interne” in favore di una procedura “esterna”; e probabilmente, in Italia, questo si tradurrebbe come una limitazione dell’esercizio dell’azione penale obbligatoria (combinato disposto degli artt. 112 Cost. e 50 c.p.p.)⁵⁹⁹. Il processo di europeizzazione, dunque, è in una fase di stallo, dovuta anche alla celerità con la quale si sono dovuti adottare determinati provvedimenti prossimi allo scadere (si pensi, ad esempio, all’approvazione della decisione quadro 2009/948/GAI, adottata appunto *in limine litis* per evitare altre procedure aggravate all’interno dell’emanando Trattato di Lisbona); la necessità primaria sarebbe quella di selezionare un numero di giuristi (non inferiore a tre per ogni Stato membro), scelti tra internazionalisti e processual-penalisti, ai quali fornire l’arduo compito di tentare di creare, tramite una severa riforma interna il più possibile rispettosa dei parametri costituzionalistici, quella uniformità di trattamento che, se non può

⁵⁹⁹ Art. 112 Cost.: “ *Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.*”.

Art. 50 c.p.p. (Azione penale): “ *Il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione.*”.

Quando non è necessaria la querela, la richiesta, l'istanza o l'autorizzazione a procedere, l'azione penale è esercitata di ufficio.

L'esercizio dell'azione penale può essere sospeso o interrotto soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge.”.

sconfinare nella summenzionata modellazione di “procedura penale europea”, quantomeno possa tentare di plasmare le linee guida per la risoluzione dei conflitti di competenza tra giurisdizioni concorrenti.

153. In-fine. - Nell’ottica di rinnovamento e di progresso che ogni Stato membro deve sviluppare, allora, bisogna tenere a mente la necessità di un sistema unico, basato su regole rigide ed europeisticamente riconosciute. Il modo per arrivare al fine è la creazione, come detto, di un ipotetico (onirico?) sistema processuale unitario, in grado di disciplinare l’ambito di trattazione delle questioni già *ab initio*. Va da se che questo possa essere il risultato della mera volontà, non astratta ma fattiva, dei Pesì che compongono l’Unione Europea, rintracciata non già sulla base di norme già predisposte e da plasmare, bensì da una legislazione “da creare”: cooperare risulta più semplice che armonizzare.