

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**N° 145 / 2022 pénal
du 01.12.2022
Not. 32589/18/CD
Numéro CAS-2022-00027 du registre**

La **Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg** a rendu en son audience publique du jeudi, **premier décembre deux mille vingt-deux,**

sur le pourvoi de :

PERSONNE1.), née le DATE1.) à LIEU1.), demeurant à F-ADRESSE1.),

prévenue,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

en présence du **Ministère public,**

l'arrêt qui suit :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 15 février 2022 sous le numéro 30/22 V. par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, au nom de PERSONNE1.), suivant déclaration du 11 mars 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 7 avril 2022 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du premier avocat général MAGISTRAT1.).

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle, avait condamné PERSONNE1.) à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis partiel et à une amende pour infractions à la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie. La Cour d'appel a confirmé cette décision et a prononcé, en outre, une interdiction de conduire assortie du sursis intégral à son égard.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

<< Violation de la loi commise à l'encontre et au détriment de la demanderesse en cassation >>

« Violation de la loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale et notamment de l'articles, 190-1 du code de procédure pénale (ci-après cpp), ensemble l'article 210 cpp, en ce sens que la cour d'appel 5^{ème} chambre correctionnelle, a refusé leur application au profit de la demanderesse en cassation au cours de l'audience d'appel lors des débats au fond, alors que les lois de procédure, conférant des protections/garanties procédurales en matière répressive, s'appliquent dès leur entrée en vigueur aux affaires en cours, et que le défaut, sinon le refus, d'application, par les magistrats d'appel, de la précitée loi de procédure lors de l'audience d'appel au moment des débats au fond, cause torts et griefs à la requérante en cassation.

L'article 190-1 du code de procédure pénale précité, tel qu'issu de la loi du 9 décembre 2021 dispose que :

<< Art. 190-1.

(1)

Après que le prévenu a été cité à comparaître devant le tribunal, le dossier de la procédure et les pièces à conviction sont déposés au greffe de la juridiction saisie.

(2)

À l'audience, le président du tribunal constate l'identité du prévenu et donne connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal. Il l'informe de son droit de se taire et de son droit de ne pas s'incriminer soi-même. Il constate aussi, s'il y a lieu, la présence ou l'absence de la partie civile, des témoins, des experts et des interprètes.

Le prévenu comparait libre à l'audience dans le cadre de l'affaire le concernant, sauf décision motivée du président du tribunal, rendue soit d'office, soit à la requête du procureur d'État, pour des raisons liées au cas d'espèce relatives à la sécurité ou à la nécessité d'empêcher les suspects ou les personnes poursuivies de prendre la fuite ou d'entrer en contact avec des tiers.

(3)

Ensuite, les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu, et les reproches proposés et jugés ; les pièces pouvant servir à conviction ou à décharge sont représentées aux témoins et aux parties ; le prévenu est interrogé.

(4)

L'instruction à l'audience terminée, la partie civile est entendue en sa demande, s'il y a lieu, le ministère public prend ses conclusions et le prévenu et, s'il y a lieu, la personne civilement responsable, présentent leur défense. La partie civile et le ministère public peuvent répliquer. Le prévenu ou son conseil ont toujours la parole en dernier.

(5)

Dans le cas où le prévenu, la partie civile ou le témoin ne parlent pas la même langue ou ne parlent pas une des langues dont il peut être fait usage en matière judiciaire ou s'il est nécessaire de traduire un document versé aux débats, le président désigne d'office un interprète et lui fait prêter serment de traduire fidèlement les paroles prononcées ou les écrits versés.

(6)

Le ministère public, le prévenu et la partie civile peuvent récuser l'interprète, en motivant leur récusation. Le tribunal se prononce sur cette récusation, et sa décision n'est susceptible d'aucune voie de recours.

(7)

L'interprète ne peut, même du consentement du prévenu ou du ministère public, être pris parmi les juges composant le tribunal, le greffier qui tient l'audience, les parties et les témoins. >>

L'article 210 du code de procédure pénale quant à lui dispose que :

<< Art. 210.

Avant que les juges émettent leur opinion, la partie ayant relevé appel principal expose sommairement les motifs de son appel, ensuite les autres parties ont la parole dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1. >>

Les articles 190-1, ensemble 210, du code de procédure pénale constituent des dispositions d'ordre public procédural protectrices de droits personnels, individuels et directement invocables par la personne mise en jugement, aussi bien devant le juge du fond de première instance que devant le juge du fond en instance d'appel, de sorte que leur violation entraîne nécessairement un préjudice d'une ampleur telle qu'il ne peut en résulter que la nullité de l'arrêt prononcé en contravention des précitées dispositions procédurales, consacrant des droits procéduraux fondamentaux et inhérents au procès équitable même, tel qu'il doit avoir cours dans une société démocratique.

En effet, la nouvelle loi de procédure instaure une procédure en appel différente, sinon novatrice, sinon telle que suivie en matière répressive dans des pays membres du conseil de l'Europe, de celle suivie, jadis, au Luxembourg, du moins

jusqu'en date du 8 décembre 2021, procédure obligeant jusque-là le mandataire du/de la prévenu(e) à présenter sa défense, sans connaître le réquisitoire du représentant du ministère public, en audience publique, aussi bien en première instance qu'en instance d'appel, étant noté que le représentant du ministère public relève en général, sinon dans la majorité des cas appel incident en cas d'appel du/de la prévenu(e).

Or, la nouvelle procédure instaurée par la loi du précité 9 décembre 2021, d'avantage conforme à l'exigence du principe d'un véritable double degré de juridiction, ainsi qu'aux exigences d'un procès, équitable et transparent, opère un changement radical quant à cette maladresse, sinon inconvenance, ayant eu cours sous la législation antérieure à la précitée loi du 9 décembre 2021 et qui, nonobstant l'introduction de la loi nouvelle, a perduré lors de la présente affaire en instance d'appel au fond.

En effet, elle change l'ordre du déroulement du procès pénal, en obligeant le représentant du ministère public à présenter, en audience publique, son réquisitoire, partant à faire la démonstration de la culpabilité à l'exclusion de tout doute à l'encontre de celui/celle à l'égard duquel/de laquelle il demande la condamnation ainsi que le prononcé d'une peine, réquisitoire qui est donc connu avant tout acte de défense, partant avant que la parole ne soit offerte, par la/le président(e) de la composition, en application de sa prérogative de police d'audience, au mandataire exerçant la défense.

Et que cet ordre du déroulement de l'audience au fond, qui s'impose à tous, est désormais clairement ancré dans la loi de procédure pénale.

Quant à cet ordre du déroulement d'audience de jugement en instance d'appel, l'article 210 du code de procédure pénale disposant que : << (...) la partie ayant relevé appel principal expose sommairement les motifs de son appel, (...) >> le précité article faisant, pour la suite du déroulement audienciel, application de l'article 190-1 du code de procédure pénale, disposant que suite à l'exposition sommaire des moyens d'appel par la/le prévenu(e), les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu, ce qui devient une obligation, sinon une règle générale, quant à l'audition des témoins de l'accusation, suite à la récente jurisprudence strasbourgeoise, pour dans la suite interroger la/le prévenu(e) à la barre. (cf infra arrêt KESKIN)

L'instruction à la barre terminée, le précité article 190-1, impose la tenue du réquisitoire, suivi de l'acte de défense, suivant les termes du précités article à lire : << le ministère public prend ses conclusions et le prévenu (...) présente sa défense. Le ministère public peut répliquer. Le prévenu ou son conseil ont toujours la parole en dernier. >>

Voici donc le nouvel ordre public procédural de protection quant au déroulement de l'instance au fond en appel, (de même qu'en première instance).

Or, cette procédure ne fut point respectée lors de l'instance d'appel de la cause devant la cour, instance qui s'est déroulée devant la cinquième chambre de la

cour en date du 18 janvier 2022, lors de laquelle la loi procédurale du 9 décembre 2021 devait par ailleurs s'appliquer, lois de procédure obligent !

Or, il résulte de l'arrêt du 15 février 2022, à l'exclusion de tout doute, que la défense a dû plaider sans même connaître le réquisitoire, ni par rapport aux infractions pour lesquelles l'avocat général demandait la condamnation, ni par rapport à la peine requise, ni par rapport à l'augmentation de la peine demandée, consistant en la demande de voir prononcer une interdiction de conduire de deux ans, quoiqu'assortie du sursis intégral.

Que de surcroît, aucun témoin, tel policier en charge de l'enquête, ne fut auditionné en instance d'appel.

Et pour s'en rendre compte à l'évidence du non-respect de la procédure imposée, il y a lieu de se reporter à la page 47/68 du précité arrêt où il est noté comme suit : << argumentation de la défense >> ce qui démontre parfaitement que la défense a dû plaider sans connaître le réquisitoire, étant précisé que l'arrêt ne mentionne qu'à la page 50/68, << réquisitoire du ministère public >> ce qui démontre également à l'exclusion de tout doute que le ministère public n'a pris son réquisitoire, qu'à la suite des plaidoiries de la défense, réquisitoire ayant de surcroît contenu une augmentation de la peine non connue par la défense au moment même des plaidoiries, consistant en la demande d'une peine supplémentaire, celle de l'interdiction de conduire, non prononcée par les premiers juges, et ce sans que des témoins ne soient auditionnés à l'audience d'appel, l'arrêt étant explicite également quant à cette absence d'audition de témoins en instance d'appel, non facultative aux yeux de la requérante, (cf infra arrêt Cedh, KESKIN c. Pays-Bas) nonobstant la formulation de la loi, à lire : << ensuite, les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu >>.

Et ce non-respect de la loi procédurale du 9 décembre 2021, partant des droits de la défense de la demanderesse en cassation, se reflète également dans le dispositif du précité arrêt du 15 février 2022, alors qu'il y est écrit comme suit :

<< la cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, les prévenus (W.K), PERSONNE1.) et (A.F.) entendus en leurs explications et moyens de défense et le représentant du ministère public en son réquisitoire, >>

Il résulte, à l'exclusion de tout doute, de ce qui précède qu'il y a eu violation des dispositions précitées de l'article 190-1 du code de procédure pénale, ensemble l'article 210 du même code, violation de dispositions procédurales d'ordre public protectrices, dont la conséquence, sinon la sanction pour non-respect des précitées dispositions procédurales d'ordre public protectrices, consiste en la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 30/22 V, du 15 février 2022, de la 5^{ième} chambre correctionnelle de la cour d'appel, avec renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée.

Partant, la demanderesse en cassation, PERSONNE1.), demande à votre cour de cassation de prononcer, pour violation de la loi, notamment de l'article 190-

1, ensemble l'article 210 du code de procédure pénal, dispositions d'ordre public procédural protectrices :

*- la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 30/22 V, du 15 février 2022, de la 5^{ième} chambre correctionnelle de la cour d'appel,
- le renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, afin de statuer sur le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués, notamment sur le fond de l'affaire. ».*

Réponse de la Cour

L'article 210 du Code de procédure pénale tel que modifié par la loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale dispose que la partie ayant relevé appel expose sommairement les motifs de son appel et qu'ensuite les autres parties ont la parole dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1 du même code. Cet article prévoit que le ministère public prend d'abord ses conclusions et que le prévenu présente sa défense. Le prévenu ou son conseil ont toujours la parole en dernier.

Il résulte de l'arrêt attaqué que la demanderesse en cassation et son mandataire ont été entendus en leurs explications et moyens de défense. Le représentant du ministère public a ensuite été entendu en ses conclusions.

Compte tenu du fait qu'elle a eu la parole en dernier, la demanderesse en cassation n'établit pas en quoi ses droits auraient été violés par l'inversion de l'ordre de parole entre le ministère public et la défense et dans quelle mesure cette inversion aurait eu une incidence sur l'issue du procès.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Violation conventionnelle commise à l'encontre et au détriment de la demanderesse en cassation

Suivant l'article 48 de la charte européenne des droits fondamentaux, Présomption d'innocence et droits de la défense, <<1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. 2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé. >>

Suivant l'article 3, présomption d'innocence, de la directive (UE) 2016/343 du parlement européen et du conseil, du 9 mars 2016, portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, << Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies soient présumés innocents jusqu'à ce que leur culpabilité ait été légalement établie >>.

Suivant l'article 6 § 2 de la convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, << Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >>.

Or en l'occurrence, ces dispositions n'ont pas été respectées par la juridiction d'appel, alors que la demanderesse en cassation a dû se défendre devant ses juges d'appel en audience publique avant qu'un réquisitoire, par rapport aux infractions et par rapport à la peine, n'a été pris à son encontre, en audience publique, de sorte qu'elle a été considérée << comme coupable à un point tel de devoir se défendre sans connaître la position de la partie poursuivante quant, aux infractions et à la peine, ensemble son augmentation demandées à son égard >>, partant le principe de jurisprudence conventionnelle strasbourgeoise << Justice must not only be done, but must also be seen to be done >>, a été malmené.

En d'autres termes elle apparaissait en audience publique, comme étant d'ores et déjà coupable, d'avoir commis les infractions, alors qu'on l'obligeait à se défendre en méconnaissance de la position soutenue par la partie accusatrice, à lire le réquisitoire, à comprendre la démonstration sur sa culpabilité à l'exclusion de tout doute raisonnable, de même que le réquisitoire sur la peine.

Tiré de la violation du droit matériel européen, de l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne disposant que : << Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie et que le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé. >>, ensemble l'article 3, de la directive (UE) 2016/343 du parlement européen et du conseil, du 9 mars 2016, disposant que << Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies soient présumés innocents jusqu'à ce que leur culpabilité ait été légalement établie >> ainsi que de la violation du droit conventionnel européen de l'article 6 paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales stipulant que toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >>.

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé la présomption d'innocence de la demanderesse en cassation lors du déroulement de l'audience d'appel au fond.

Aux motifs que la présidente de la cour d'appel a donné la parole à la défense afin que soit présentée la défense de la requérante en audience publique, sans que les témoins, à charge et à décharge, ne soient entendus en instance d'appel et avant toute présentation du réquisitoire quant aux infractions et à la peine en audience publique par le représentant du ministère public, réquisitoire qui demandait de surcroît une augmentation de la peine que, ni la requérante, ni son mandataire, ne connaissaient au moment de la présentation de la défense au pénal.

Alors qu'en procédant de la sorte, en contradiction avec les exigences de la loi de procédure en cours, instaurant l'ordre du déroulement de l'audience pénale en instance d'appel, à lire : l'audition des témoins en audience publique, suivie de l'interrogation, à la barre du/de la prévenu(e), pour suite à la clôture de l'instruction en audience donner la parole (éventuellement à la partie civile pour faire valoir ses droits), à l'accusation pour requérir ce que de droit quant aux infractions et à la

peine, et pour finalement, offrir la parole à la défense, donnant ainsi à cette dernière l'occasion de présenter à la juridiction ses moyens de défense en connaissance de cause du réquisitoire quant aux infraction et à la peine, la partie civile pouvant à l'instar du représentant du ministère public répliquer, alors que le/la prévenue ou son mandataire ont le dernier mot.

Or, en faisant fi des exigences contenues dans le droit processuel d'ordre public protecteur, tel qu'instauré par la loi du 9 décembre 2021 et actuellement ancré dans le code de procédure pénal aux articles 190-1, ensemble 210, applicables à la cause, les magistrats de la cour d'appel dans leur arrêt précité du 15 février 2022 ont violé les précités articles 48 par. 1 de la CDF, l'article 3, de la directive (UE) 2016/343 et 6 par. 2 de la CEDH en ce sens qu'ils ont considéré, implicitement mais nécessairement, la demanderesse en cassation, comme coupable des faits à un point tel, qu'ils ont demandé à la prévenue ainsi qu'à son mandataire, de présenter la défense en totale ignorance du contenu du réquisitoire à intervenir, partant de la démonstration de la culpabilité de la requérante à l'exclusion de tout doute, ensemble de la peine requise, lui déniait de la sorte et en conséquence de ce non-respect de l'ordre public procédural audienciel, son droit légitime à la présomption d'innocence, droit à caractère civil, fondamental dans une société démocratique, étant souligné que la présomption d'innocence de la demanderesse en cassation n'a point été ébranlée, jusqu'au jour du prononcé de son arrêt, par un quelconque jugement définitif, en d'autres termes qu'elle n'a pas été déclarée coupable de faits répressifs pouvant lui ôter sa présomption d'innocence et ce conformément à la loi et par un tribunal, indépendant et impartial, à l'issue d'un procès public et équitable, de sorte que la demanderesse en cassation, certes mis en cause dans le cadre de la procédure pénale dont question, reste pleinement présumée innocente au moment du déroulement de son procès en instance d'appel.

Et afin de souligner l'importance et la valeur de la présomption d'innocence il y a lieu ici de reprendre les Déclarations des Présidents du Conseil européen, du Parlement européen et de la Commission sur la Charte des droits fondamentaux et notamment :

M. Jacques Chirac, Président du Conseil européen

<< A Nice, nous avons proclamé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce texte a une très grande valeur politique. On en mesurera dans l'avenir toute la portée et je rends hommage à votre Assemblée qui a largement contribué à son élaboration >>.

(Strasbourg, le 12 décembre 2000)

Mme Nicole Fontaine, Présidente du Parlement européen

<< Signer, c'est s'engager (...) - Que tous les citoyennes et citoyens de l'Union sachent que, dès à présent (...) la Charte sera la loi de l'Assemblée (...). Elle sera dorénavant notre référence pour tous les actes du Parlement européen qui auront un lien direct ou indirect avec les citoyens de toute l'Union >>.

(Nice le 7 décembre 2000)

M. Romano Prodi, Président de la Commission

<< Pour la Commission, la proclamation marque l'engagement des institutions à respecter la Charte dans toutes les actions et politiques de l'Union (...). Les citoyens et citoyennes peuvent compter sur la Commission pour la faire respecter (...) >>.

(Nice, le 7 décembre 2000)

Et qu'encre que l'article 48 alinéa premier de la charte des droits fondamentaux (CDF), l'article 3, de la directive (UE) 2016/343, ainsi que l'article 6 paragraphe 2 de la CEDH visent expressément et exclusivement la présomption d'innocence et ce assurément pour lui donner d'avantage de valeur et d'importance notamment en ce sens qu'elle a la valeur d'un droit fondamental, d'où il s'ensuit que la règle de la présomption d'innocence est une règle essentielle.

Et par ailleurs que la présomption d'innocence est non seulement une règle de preuve en ce sens que la charge de la preuve incombe à l'accusation et que le doute profite à l'accusé, mais que la présomption d'innocence est encore une règle de fond en ce sens qu'elle est l'expression d'un véritable droit subjectif pour toute personne, droit effectif et concret et non pas théorique et illusoire, raison pour laquelle il existe un étroit lien entre la présomption d'innocence et le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de garder le silence dont le non-respect emporte violation de l'article 6 paragraphe 2 CEDH et 48 CDF et 3 de la directive précitée, ce qui est implicitement mais nécessairement la cas si une personne doit se défendre en audience publique sans avoir eu la faculté de connaître, en matière pénale, le réquisitoire du représentant du ministère public, quant aux infractions dans les débats, ainsi que sur la peine requise par ce dernier.

Et surtout que la présomption d'innocence profite à toute personne non condamnée par un jugement définitif contre toute constatation formelle ou apparente de sa culpabilité et ce sous quelque forme que ce soit.

Et en conséquence que la présomption d'innocence s'impose avant tout et en tout état de cause aux juges et conseillers d'appel dans le cadre d'un procès pénal, mais non exclusivement dans le cadre d'un procès pénal, de sorte que ceux-ci ne doivent pas, a priori, avoir la conviction que la personne en cause est coupable, ce qui est implicitement mais nécessairement le cas si une personne doit se défendre, en audience publique, en méconnaissance du réquisitoire à intervenir sur les infractions et sur la peine lors du déroulement d'un procès pénal.

Et que d'avantage que la Cour européenne a explicité le sens du paragraphe 2 de l'article 6 dans le sens que ce dernier exige que les membres d'un tribunal, en remplissant leurs fonctions, ne partent point de l'idée préconçue que le prévenu a commis les actes incriminés, en d'autres termes, qu'une motivation ne doit pas donner l'impression de la culpabilité de la personne en cause sous peine de violation de l'article 6, et qu'il suffit même qu'une motivation donne à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable suffise pour caractériser une violation de l'article 6 et ce au regard du principe conventionnel du << Justice must not only be

done, Justice but must also be seen to be done >> de la sorte que la Cour EDH a rappelé dans son arrêt Affaire LIZASO AZCONOBETA C Espagne (Req n° 28834/08) que : 7 << si le principe de la présomption d'innocence consacré par le paragraphe 2 de l'article 6 figure parmi les éléments du procès pénal équitable exigé par le paragraphe 1 de la même disposition (Kamasinski c. Autriche, 19 décembre 1989, § 62, série A n° 168) il ne se limite pas à une simple garantie procédurale en matière pénale. Sa portée est plus étendue et exige qu'aucun représentant de l'État ou d'une autorité publique ne déclare qu'une personne est coupable d'une infraction avant que sa culpabilité n'ait été établie par un tribunal (Allenet de Ribemont c. France, 10 février 1995, §§ 35-36, série A n° 308 ; Viorel Burzo c. Roumanie, n°s 75109/01 et 12639/02, § 156, 30 juin 2009 ; Moullet c. France (déc.), n° 27521/04, 13 septembre 2007). . En outre, la Cour précise qu'une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal mais aussi d'autres agents de l'État (Allenet de Ribemont c. France, arrêt du 10 février 1995, § 36 , série A n° 308; Daktaras c. Lituanie, n° 42095/98, §§ 41-42, CEDH 2000-X) et des personnalités publiques ("public officials" ; Butkevičius c. Lituanie, n° 48297/99, § 53, CEDH 2002-II (extraits)) et a conclu à une violation de l'article 6 par.2 CEDH.

Et que finalement, il résulte du précédent paragraphe que si << le principe de la présomption d'innocence consacré par le paragraphe 2 de l'article 6 >> ne se limite pas à une simple garantie procédurale en matière pénale, il n'en demeure pas moins qu'il s'applique également aux garanties procédurales en matière pénale, de sorte que le non-respect de garanties procédurales essentielles, sinon inhérentes au procès pénal même, telle l'ordre du déroulement entre réquisitoire et plaidoiries peut constituer "per se" une violation de la présomption d'innocence du/de la prévenu(e), tout particulièrement si ce/cette dernier(ère) doit se défendre en l'absence de connaissance des reproches lui adressés par le représentant du ministère public, donc du réquisitoire, alors qu'exiger de lui/d'elle un acte de défense, sans connaissance précise de l'accusation dressée en audience publique ainsi que de la peine subséquente, revient à le/la considérer comme coupable, sinon du moins, lui attribuer un fort air de culpabilité, alors que toujours et encore présumé(e) innocent(e) à ce moment précis du procès pénal.

Et qu'en effet selon la jurisprudence de la Cour, << le "tribunal" se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel: trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (voir notamment l'arrêt Sramek du 22 octobre 1984, série A n° 84, p. 17, § 36) et COUR (PLÉNIÈRE), AFFAIRE H. c. Belgique, (Requête n° 8950/80), 30 novembre 1987, § 50, >> de sorte qu'en condamnant la demanderesse en cassation à une peine d'emprisonnement et en alourdissant sa peine par le prononcé en appel d'une peine supplémentaire, notamment celle de l'interdiction de conduire certes assortis du sursis intégral, mais en méconnaissance de la procédure résultant de la combinaison des articles 190-1 et 201 du code de procédure pénale, la cinquième chambre de la cour d'appel a violé les précités articles 48 CDF, l'article 3, de la directive (UE) 2016/343 et 6 par. 2 CEDH, en ne respectant point la présomption d'innocence de la demanderesse en cassation, raison pour laquelle la cassation de l'arrêt est encourue et que la demanderesse est fondé à demander que l'arrêt n° 30/22 V rendu par la cinquième chambre correctionnelle de la cour d'appel en date du 15 février 2022, soit cassé et annulé ainsi que l'affaire, renvoyée devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel autrement composée, afin de statuer sur

le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués, notamment sur le fond de l'affaire.

Partant, la demanderesse en cassation, PERSONNE1.), demande à votre cour de cassation de prononcer, pour violation des articles 48 de la charte des droits fondamentaux ensemble la violation de l'article 6 § 2 de la convention européenne de sauvegardes des droits et des libertés fondamentales, partant en raison de la violation de sa présomption d'innocence, lors de l'audience de jugement en appel,

- la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 30/22 V, du 15 février 2022, de la 5^{ème} chambre correctionnelle de la cour d'appel,

- le renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, afin de statuer sur le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués. ».

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief à la Cour d'appel d'avoir violé la présomption d'innocence consacrée par les textes visés au moyen, en ce qu'elle a donné la parole à la défense avant d'entendre le ministère public en son réquisitoire.

La demanderesse en cassation n'établit pas en quoi le fait pour la Cour d'appel d'avoir inversé l'ordre de parole entre le ministère public et la prévenue en lui donnant la parole avant d'entendre le réquisitoire du ministère public, alors qu'il est constant que la prévenue a eu la parole en dernier, aurait porté atteinte à la présomption d'innocence.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« La présomption d'innocence, règle de preuve et de fond

La présomption d'innocence est non seulement une règle de preuve en ce sens que la charge de la preuve incombe à l'accusation et que le doute profite à l'accusé, mais que la présomption d'innocence est encore une règle de fond en ce sens qu'elle est l'expression d'un véritable droit subjectif, être présumé innocent, pour toute personne concernée par une instance pénale dirigée à son encontre.

La demanderesse en cassation au soutien de son moyen invoque ici devant votre cour de cassation l'arrêt KESKIN c Royaume des Pays-Bas, de la quatrième chambre de la Cour, prononcée en date du 19 janvier 2021, requête n° 2205/16, arrêt devenu définitif en date du 19 avril 2021.

La demanderesse en cassation soulève la violation de l'article 6 § 1, ensemble 6 § 3 d) de la convention européenne, arguant que son procès n'a pas été équitable, alors qu'il lui fut refusé, sinon qu'il lui fut impossible, lors de l'instruction à la barre

devant la chambre correctionnelle d'appel de pouvoir interroger, sinon confronter, les témoins de l'accusation, ce à quoi une personne présumée innocente doit avoir droit.

Elle fut partant privée d'un droit essentiel du procès pénal, qui aux yeux de la demanderesse en cassation ne rejoint plus les exigences du procès équitable.

En effet, le représentant du ministère public en appel n'avait pas convoqué de témoins à l'audience, alors que les juges de première instance ont pu assoir leur conviction pour entrer en voie de condamnation, sur les attestations et déclarations de ces précités témoins de l'accusation, à comprendre les policiers en charge de l'enquête et ayant déposé devant les premiers juges.

De la sorte, cette absence de convocation, en instance d'appel, des témoins ayant déposé à charge devant les premiers juges, a eu pour conséquence, que la demanderesse en cassation fut privée de la faculté de confronter, en audience publique au fond en instance d'appel, les déclarations des témoins policiers en charge de l'enquête, ce qui lui a causé torts et griefs, d'autant plus que ces témoignages furent utilisés contre elle et ont servi à fonder sa condamnation.

La demanderesse en cassation estime qu'il y a eu violation des dispositions 6 § 1, ensemble 6 § 3 d) de la convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, alors que la non-comparution des témoins de l'accusation à l'audience d'appel, n'a pas été motivé par aucun motif justifiant la non-comparution de ces témoins au procès, la partie poursuivante n'invoquant point de motifs de non-comparution, tel le décès des témoins, l'état de santé des témoins, leur peur de déposer, voire l'impossibilité pour le représentant du ministère public d'entrer en contact avec les témoins, des policiers, ou mêmes des caractéristiques spécifiques de la procédure en matière pénale.

Le fait que la demanderesse n'ait pas demandé la convocation ces témoins de l'accusation à l'audience, ne saurait avoir la moindre conséquence quant à cette violation de ses droits conventionnels, alors qu'en ce qui concerne les témoins, mentionnés à l'article 190-1 cpp, sont bien ceux de l'accusation, et non ceux de la défense.

Et les témoins de l'accusation doivent être présents à l'audience de jugement, de première instance ou d'appel, au moment de l'instruction à la barre, d'autant plus que la requérante n'est pas tenue de démontrer l'importance d'un témoin de l'accusation, et que dès lors que << l'accusation a estimé qu'une personne donnée constituait une source pertinente d'information et s'est fondée sur son témoignage pendant le procès >>, tels les déclarations des policiers enquêteurs en l'occurrence, qui de surcroît furent utilisés au soutien d'un verdict de culpabilité, tel en l'espèce, il est de principe ou du moins de jurisprudence supranationale conventionnelle, que la comparution et l'audition de tels témoins de l'accusation sont présumées nécessaires (voir Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie (no 2)).

Telle est en effet la position de la Cour strasbourgeoise dans l'affaire précitée, Keskin c Royaume des Pays-Bas, jugée par la quatrième chambre, en date

du 19 janvier 2021, (requête 2205/17), la version anglaise faisant foi, la Cour jugeant que :

<< 1. *The Court's assessment*

(a) *Relevant principles*

38. *The Court's primary concern under Article 6 § 1 of the Convention is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (see, among many other authorities, Taxquet v. Belgium [GC], no. 926/05, § 84, ECHR 2010, and Schatschaschwili v. Germany [GC], no. 9154/10, § 101, ECHR 2015). Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident. In evaluating the overall fairness of the proceedings, the Court will take into account, if appropriate, the minimum rights listed in Article 6 § 3, which exemplify the requirements of a fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases. They can be viewed, therefore, as specific aspects of the concept of a fair trial in criminal proceedings in Article 6 § 1 (see, for example, Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 50541/08 and 3 others, § 251, 13 September 2016; Gäfgen v. Germany [GC], no. 22978/05, § 169, ECHR 2010; Schatschaschwili, cited above, § 100; and Boshkoski v. North Macedonia, no. 71034/13, § 37, 4 June 2020).*

39. *The Court reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law, and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them. As regards statements made by witnesses, the Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether those statements were properly admitted as evidence, but rather - as already set out in paragraph 38 above - to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair (see, among many other authorities, Van Mechelen and Others v. the Netherlands, 23 April 1997, § 50, Reports of Judgments and Decisions 1997 III, and Perna, cited above, § 29).*

40. *As is apparent from the text of Article 6 § 3 (d) (see paragraph 25 above), this provision sets out a right relating to the examination of witnesses against the accused. The Court has defined such witnesses, to whom it also frequently refers as "prosecution witnesses", as persons whose deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction and which thus constitutes evidence for the prosecution (see Lucà v. Italy, no. 33354/96, § 41, ECHR 2001 II). Paragraph 3 (d) also contains a right to obtain the attendance and examination of witnesses on behalf of the accused, or "defence witnesses", that is to say witnesses whose statements are in favour of the defendant (see, for instance, Pello v. Estonia, no. 11423/03, § 31, 12 April 2007).*

41. *The case-law of the Court reflects the fact that paragraph 3 (d) of Article 6 comprises those two distinct rights. The Court has developed general principles which relate exclusively to the right to examine, or have examined, prosecution witnesses, as well as general principles specifically concerning the right to obtain the attendance and examination of defence witnesses.*

(i) *The right to obtain the attendance and examination of defence witnesses*

42. *When it comes to defence witnesses, it is the Court's established case-law that Article 6 § 3 (d) does not require the attendance and examination of every witness on the accused's behalf, the essential aim of that provision, as indicated by the words "under the same conditions", being to ensure a full "equality of arms" in the matter (see, amongst many authorities, Murtazaliyeva v. Russia [GC], no. 36658/05, § 139, 18 December 2018, in which judgment the Court reaffirmed and further clarified the general principles concerning the right to obtain attendance and examination of defence witnesses). The concept of "equality of arms" does not, however, exhaust the content of paragraph 3 (d) of Article 6, nor that of paragraph 1, of which this phrase represents one application among many others (see, among other authorities, Vidal v. Belgium, 22 April 1992, § 33, Series A no. 235 B).*

43. *As a general rule, it is for the domestic courts to assess the relevance of the evidence which defendants seek to adduce, and Article 6 § 3 (d) leaves it to them, again as a general rule, to assess whether it is appropriate to call a particular witness (see Perna, cited above, § 29). It is not sufficient for a defendant to complain that he or she has not been allowed to question certain witnesses; he or she must, in addition, support the request by explaining why it is important for the witnesses concerned to be heard, and their evidence must be capable of influencing the outcome of a trial or must reasonably be expected to strengthen the position of the defence (see Perna, cited above, § 29, and Murtazaliyeva, cited above, §§ 140 and 160). Whether the defendant has advanced "sufficient reasons" for his or her request to call a witness will depend on the role of the testimony of that witness in the circumstances of any given case (ibid., § 161). The Court has formulated the following three-pronged test where a request for the examination of a defence witness on behalf of the accused has been made in accordance with domestic law (ibid., § 158):*

(i) *Whether the request to examine a witness was sufficiently reasoned and relevant to the subject matter of the accusation?*

(ii) *Whether the domestic courts considered the relevance of that testimony and provided sufficient reasons for their decision not to examine a witness at trial?*

(iii) *Whether the domestic courts' decision not to examine a witness undermined the overall fairness of the proceedings?. >>*

Il est évident que l'article 190-1 (3) en disposant que : << Ensuite, les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu, (...), >> concerne dès lors, uniquement mais nécessairement, les seuls témoins de la défense et non des témoins de l'accusation, qui doivent être entendus lors de l'instruction à la barre et pour lesquels la nuance << s'il y a lieu >> contenue dans l'article 190-1 n'a pas lieu de s'appliquer, alors que les principes gouvernant la récolte des déclarations de témoins de l'accusation sont différents, tel qu'il résulte toujours et encore de l'arrêt KESKIN précité que :

<< (ii) The right to cross-examine prosecution witnesses

44. As regards the right to the examination of prosecution witnesses, the Court has held that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings (see *Lucà v. Italy*, cited above, § 39, and *Al Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, § 118, ECHR 2011).

45. Contrary to the situation with defence witnesses, the accused is not required to demonstrate the importance of a prosecution witness. In principle, if the prosecution decides that a particular person is a relevant source of information and relies on his or her testimony at the trial, and if the testimony of that witness is used by the court to support a guilty verdict, it must be presumed that his or her personal appearance and questioning are necessary (see *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, nos. 11082/06 and 13772/05, § 712, 25 July 2013, and *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia* (no. 2), nos. 51111/07 and 42757/05, § 484, 14 January 2020).

(iii) Principles on the admission of untested evidence of prosecution witnesses absent from trial (*Rappelons qu'aucun témoin, (policiers en charge de l'enquête ayant déposé en première instance, ne fut appelé par la partie poursuivante pour l'instance d'appel au fond)*)

46. In *Al-Khawaja and Tahery* (cited above, §§ 119) the Grand Chamber of the Court summarised and refined the principles to be applied in cases where a prosecution witness did not attend the trial and statements previously made by him or her were admitted as evidence. The compatibility of such proceedings with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention must be examined in three steps:

(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statement as evidence (*ibid.*, §§ 119-125);

(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (*ibid.*, §§ 119 and 126-147); and

(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps faced by the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair (*ibid.*, § 147).

47. In its Grand Chamber judgment *Schatschaschwili* (cited above, §§ 111-31) the Court reaffirmed and further clarified those principles. The Court noted that, as a rule, it will be pertinent to examine the three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test in the order defined in that judgment; it acknowledged, however, that in a given case, it may be more appropriate to examine the steps in a different order, in particular if one of the steps proves to be particularly conclusive as to either the fairness or the unfairness of the proceedings (*ibid.*, § 118). In this latter context the Court made reference, *inter alia*, to a case in which the statement of the untested witnesses was neither "sole" nor "decisive" (*Mitkus v. Latvia*, no. 7259/03, §§ 102 and 106, 2 October 2012).

48. The Court further explained that "good reason for the absence of a witness" must exist from the trial court's perspective, that is, the court must have had good factual or legal grounds not to secure the witness's attendance at the trial. If there was a good reason for the witness's non-attendance in that sense, it followed that there was a good reason, or justification, for the trial court to admit the untested statements of the absent witness as evidence (see *Schatschaschwili*, cited above, § 119). While the absence of a good reason for the non-attendance of the witness could not of itself be conclusive of the unfairness of the applicant's trial, it was a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which might tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention (*ibid.*, § 113).

49. As regards the question whether the evidence of the absent witness whose statements were admitted in evidence was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (second step of the *Al-Khawaja and Tahery* test), the Court reiterated that "sole" evidence is to be understood as the only evidence against the accused and that "decisive" should be narrowly interpreted as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supporting evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive (*ibid.*, § 123).

50. It further held that it is not for the Court to act as a court of fourth instance, its starting-point for deciding whether an applicant's conviction was based solely or to a decisive extent on the depositions of an absent witness being the judgments of the domestic courts. The Court must review the domestic courts' evaluation in the light of the meaning it has given to "sole" and "decisive" evidence and ascertain for itself whether the domestic courts' evaluation of the weight of the evidence was unacceptable or arbitrary. It must further make its own assessment of the weight of the evidence given by an absent witness if the domestic courts did not indicate their position on that issue or if their position is not clear (*ibid.*, § 124).

51. Furthermore, given that its concern is to ascertain whether the proceedings as a whole were fair, the Court should not only review the existence of sufficient counterbalancing factors in cases where the evidence of the absent witness was the sole or the decisive basis for the applicant's conviction, but also in cases where it found it unclear whether the evidence in question was sole or decisive but nevertheless was satisfied that it carried significant weight and its admission might have handicapped the defence. The extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair would depend on the weight of the evidence of the absent witness. The more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors would have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair (*ibid.*, § 116). >>

En l'occurrence la demanderesse en cassation fait valoir que lors de l'audience d'appel au fond elle n'a pas bénéficié de possibilité de confronter les témoins de l'accusation, nonobstant le fait que sa condamnation fut fondée sur les déclarations que ces témoins avaient fait devant les premiers juges, ce qui démontre

le poids que les déclarations des témoins de l'accusation, qui ont déposé à l'audience de première instance tel qu'il résulte du plunitif d'audience, ont pu jouer dans la condamnation de la demanderesse en cassation lors de la première instance, nonobstant l'existence d'autre évidence contenue dans le dossier répressif.

Par ailleurs, elle critique que le refus de convocation desdits témoins par le représentant du ministère public ne fut nullement conditionné par un des critères prévus par la jurisprudence strasbourgeoise, tels la mort, la peur, des problèmes de santé, dans le chef des témoins de l'accusation, voire l'impossibilité de les joindre, étant rappelé que ces témoins sont essentiellement sinon exclusivement les OPJ en charge de l'enquête, voire tout autre critère spécifique et propre à des procédures pénales.

La seule raison de cette absence des témoins accusateurs à l'audience du fond en appel, consiste en la décision unilatérale du représentant du ministère public de ne pas appeler lesdits témoins, combiné avec le fait que cette pratique de ne « presque jamais » convoquer les témoins accusateurs ayant déposé en première instance et dont les témoignages ont servi aux fins de condamnation, constitue une pratique générale et généralement appliquée au pays lors des procès en appel au fond, pratique générale et généralement appliquée qui se limite à interroger les seuls prévenu(e)s en audience publique et dans la suite, à donner la parole aux mandataires de la défense, et ce avant le réquisitoire du représentant du ministère public, du moins jusqu'à la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 2021, étant remarqué qu'en cas de demandes d'auditions de témoins, cette pratique générale et généralement appliquée veut que de telles demandes soient dans la quasi-00majorité des cas jointes au fond, ce qui revenait à priver la demanderesse en cassation, de facto, de la possibilité, réelle et effective, de confronter les témoins de l'accusation lors des débats au fond dont l'importance devant les premiers juges n'est plus à remettre en cause.

Qu'une telle pratique ne saurait rejoindre les exigences de procès équitables telles que requises par l'article 6 § 1, pas plus que la pratique ne saurait être conforme aux exigences de l'article conventionnel 6 § 3 d), il s'évince qu'il y a lieu de constater que la procédure telle que suivie en instance d'appel au fond, ensemble l'impossibilité de contredire les témoins de l'accusation, ont eu pour effet la violations des articles conventionnels précités, ce que demande la requérante en cassation, la Cour strasbourgeoise jugeant par ailleurs dans la précitée affaire KESKIN que :

<< 56. As to any requirement for the defence to substantiate a request to examine prosecution witnesses, the Court reiterates, as already set out in paragraph 44 above, that the underlying principle of the right contained in Article 6 § 3 (d) of the Convention in relation to the examination of prosecution witnesses is that the defendant in a criminal trial should have an effective opportunity to challenge the evidence against him or her. This principle requires that a defendant be able to test the truthfulness and reliability of evidence provided by witnesses which incriminates him or her, by having them orally examined in his or her presence, either at the time the witness was making the statement or at some later stage of the proceedings (see paragraph 46 above). Therefore, in a situation where the prosecution relies on such a witness statement and the trial court may use that statement to support a guilty

verdict, the interest of the defence in being able to have the witness concerned examined in his or her presence must be presumed and, as such, constitutes all the reason required to accede to a request by the defence to summon that witness (see paragraph 45 above).

60. The Court observes that in the cases which led to the Perna and Poropat judgments, the accused applicants had sought the attendance and examination of witnesses whose testimony they believed could arguably have strengthened the position of their defence, or even led to their acquittal (see Perna, cited above, §§ 17 and 31, and Poropat, cited above, §§ 13 and 46); accordingly, their requests concerned witnesses on their behalf. This is consequently not the same situation as the one which pertains where an accused is confronted with witness testimony which incriminates him or her (see paragraph 45 above).

61. Moreover, the Perna judgment - to which reference is made in paragraph 42 of the Poropat judgment - pre-dates the Al-Khawaja and Tahery judgment (cited above), in which the Grand Chamber consolidated and clarified its case-law as regards the examination of witnesses for the prosecution under Article 6 § 3 (d). (This also applies to the four other Court rulings to which the Government refer in their submissions of 4 September 2017 (see paragraph 37 above) and which were issued between 2005 and 2010. Accordingly, in so far as those four rulings are not in line with the principles enunciated in Al-Khawaja and Tahery, they were superseded by that Grand Chamber judgment, which was rendered in 2011 and thus before the present case was decided in the domestic courts (see paragraphs 5, 11 and 17 above). In addition, it is to be noted that none of the four cases referred to by the Government concerned a situation like that in the present case, where a request to call prosecution witnesses was rejected at the domestic level for the reason that it lacked substantiation.) The Court takes this opportunity to reaffirm the general principles relating to the right of an accused to examine or have examined witnesses against him or her, as set out in paragraphs 44, 45 above, from which it follows that the interest of the defence in being able to have those witnesses examined in its presence must in principle be presumed (see also paragraph 60 above).

62. The above considerations lead the Court to the conclusion in the present case that it cannot be said that the Court of Appeal established good factual or legal grounds for not securing the attendance of prosecution witnesses A to G.

63. The absence of a good reason for the non-attendance of the witnesses is not of itself conclusive of the unfairness of the applicant's trial. However, it constitutes a very important factor to be weighed in the overall balance together with the other relevant considerations, notably whether the evidence of the witnesses was the sole or decisive basis for the conviction and whether there were sufficient counterbalancing factors (see Schatschaschwili, cited above, § 113). >>

A cela s'ajoute que devant les premiers juges les témoignages des policiers en charge de l'enquête, témoins de l'accusation non convoqués par la partie poursuivante, furent d'une importance telle qu'ils ont fortement pesé sur la décision des précités juges de première instance, partant sur l'issue de l'affaire menant à une lourde condamnation de la demanderesse en cassation en première instance, condamnation qui fut encore aggravée en instance d'appel, sans qu'elle n'eût la

possibilité de confronter, en audience publique, les témoins de l'accusation, qui lors de la première instance n'ont fait que détailler et expliciter le contenu de leur enquête, partant exposer l'évidence matérielle contenue dans le dossier répressif, et ce dans le cadre d'une procédure d'appel dont le déroulement fut manifestement contraire à la loi procédurale, et sans que n'existaient à ce moment de << counterbalancing factors >>, la Cour décidant dans le précité arrêt KESKIN que :

<< 65. The Court reiterates that there must be counterbalancing factors which permit a fair and proper assessment of the reliability of the untested witness evidence. It has found the following elements of relevance in the assessment of the adequacy of counterbalancing factors: the trial court's approach to the untested evidence, the availability and strength of corroborative evidence supporting the untested witness statements, and the procedural measures taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial (see Schatschaschwili, cited above, §§ 125 31 and 151).

*68. As regards procedural measures which may have been capable of compensating for the defence's lack of opportunity to cross examine the witnesses, the Court notes that the applicant was able, in the course of the domestic proceedings, to give his own version of the events in question, which he did at the hearing held before the Court of Appeal on 16 September 2014 (see paragraph 9 above). It further appears from the reasoning employed by the Court of Appeal for its refusals to allow the applicant to cross examine witnesses that it had been open to him to challenge the accuracy of the statements which those witnesses had made to the police (see paragraphs 8 and 12 above). In this context the Court observes that, at the abovementioned hearing, the applicant disputed that witness D could have recognised him from a particular photograph and that he had had contact with a number of the witnesses who had claimed that they had had contact with him (see paragraph 9 above). The Court considers that an opportunity to challenge and rebut absent witnesses' statements is of limited use in a situation where a defendant has been denied the possibility to cross examine the witnesses, and moreover it has repeatedly held that such an opportunity cannot, of itself, be regarded as a sufficient counterbalancing factor to compensate for the handicap for the defence created by the witnesses' absence (see, mutatis mutandis, *Trampevski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 4570/07, § 49, 10 July 2012, and *Riahi v. Belgium*, no. 65400/10, § 41, 14 June 2016). This is also the case here.*

69. Having regard to the above, the Court finds that it cannot be said that there were sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps under which the defence laboured.

(iv) Conclusion

70. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the applicant's inability to cross examine the prosecution witnesses rendered the trial as a whole unfair. There has, accordingly, been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention. >>

Que la requérante en cassation fait sienne la précitée analyse alors que l'absence de convocation des témoins de l'accusation, fondée sur la seule et unique

décision du représentant du ministère public, ensemble la pratique générale et généralement appliquée par les juridictions répressives d'appel de n'entendre que les prévenu(e)s, et leurs mandataires principalement en leurs raison d'appel et brièvement quant au fond, ensemble la pratique générale et généralement appliquée consistant dans le renvoi au fond quasi-systématique de toute demande d'audition de témoins, ensemble le non-respect des loi procédurales quant au déroulement de l'audience ont eu pour effet que les articles conventionnels 6 § 1, ensemble 6 § 3, ont été violés, ce qui a eu pour conséquence que le procès au fond en audience d'appel n'a pas satisfaits aux exigences du procès équitable, partant l'arrêt est à casser, et annuler avec renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, demande soutenue par la demanderesse en cassation, argumentaire d'autant plus fortement soutenu qu'ils n'existaient pas de "counterbalancing factors" quant à l'admission des déclarations des témoins accusateurs ayant déposé en première instance et parfaitement absents en appel, tel qu'il résulte à suffisance de l'arrêt, la cour d'appel, à la page 53 de son arrêt, décidant quant à ce point comme suit : << Appréciation de la cour d'appel Il résulte des éléments du dossier répressif, discutés à l'audience de la cour d'appel que les juges de première instance ont fourni une relation correcte et minutieuse des faits à laquelle il y a lieu de se référer, les débats en instance d'appel n'ayant pas apporté de faits nouveaux par rapport à ceux qui ont été soumis à l'examen de la juridiction de première instance, >> (sic !).

Or si débats il y a eu, étant entendu qu'ils se sont limités à la seule audition des prévenus, ensemble les plaidoiries de leurs mandataires, il n'empêche qu'aucun témoin de l'accusation ne fut entendu, de sorte que sur ce point l'arrêt pêche, et que le simple renvoi à l'appréciation des faits par les juges de première instance, abstraction faite que << les débats n'ont pas apporté de faits nouveaux à ceux qui ont été soumis à l'examen de la juridiction de première instance >>, et pour cause !, ne saurait à lui tout seul constituer un facteur de contrebalance suffisant, d'autant plus quant la cour a alourdi la peine de la demanderesse en cassation, en prononçant une peine supplémentaire, celle de l'interdiction de conduire, sans prendre des << procedural measures to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial >> tel qu'exigé par la Cour dans le précité arrêt KESKIN.

Partant, la demanderesse en cassation, PERSONNE1.), demande à votre cour de cassation de prononcer, pour violation des articles conventionnels 6 § 1, ensemble 6 § 3d) :

- la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 30/22 V, du 15 février 2022, de la 5^{ième} chambre correctionnelle de la cour d'appel,*
- le renvoi devant une chambre correctionnelle de la cour d'appel, autrement composée, afin de statuer sur le mérite des différents moyens qui pourront y être invoqués, notamment sur le fond de l'affaire. ».*

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief à la Cour d'appel d'avoir violé l'article 6, paragraphe 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au procès équitable, ensemble l'article 6, paragraphe 3, point d), de la Convention, en ce que la possibilité d'interroger, sinon de confronter les témoins de l'accusation, lui aurait été refusée.

Aucune prescription légale n'obligeant la Cour d'appel à réentendre les témoins entendus en première instance et, à défaut par la partie demanderesse en cassation d'avoir demandé en instance d'appel l'audition des témoins entendus en première instance, la Cour d'appel n'a pas violé les dispositions visées au moyen.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 17 euros.

Ainsi jugé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **premier décembre deux mille vingt-deux**, à la Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, composée de :

MAGISTRAT2.), président de la Cour,
MAGISTRAT3.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT4.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT5.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT6.), conseiller à la Cour d'appel,

qui, à l'exception des conseillers MAGISTRAT4.) et MAGISTRAT5.), qui se trouvaient dans l'impossibilité de signer, ont signé le présent arrêt avec le greffier à la Cour GREFFIER1.).

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président MAGISTRAT2.) en présence de l'avocat général MAGISTRAT7.) et du greffier GREFFIER1.).

Conclusions du Parquet Général

dans l'affaire de cassation

PERSONNE1.)

contre Ministère Public

(No CAS-2022-00027 du registre)

Par déclaration faite le 11 mars 2022 au greffe de la Cour Supérieure de Justice du Grand-Duché de Luxembourg, Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, a formé pour compte et au nom de PERSONNE1.) un recours en cassation contre un arrêt n° 30/22 V. rendu le 15 février 2022 par la Cour d'appel siégeant en matière correctionnelle.

Cette déclaration de recours a été suivie le 7 avril 2022 par le dépôt du mémoire en cassation prévu à l'article 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Le pourvoi a été déclaré dans les formes et délais de la loi. De même, le mémoire en cassation prévu à l'article 43 de la loi modifiée du 18 février 1885, qui a été signifié en date du 21 août 2019 aux parties civiles, a été déposé dans les formes et délais y imposés.

Faits et rétroactes :

Par jugement n° 795/2021 du 1^{er} avril 2021 de la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, PERSONNE1.) et PERSONNE2.) ont été condamnés chacun à une peine d'emprisonnement de six ans, assortie quant à son exécution d'un sursis de deux ans et à une amende de 2.000 euros, du chef d'infractions aux articles 8, 8-1 et 10 de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie. Ils ont notamment été condamnés pour avoir importé, préparé et vendu une quantité totale de 13,3 kilogrammes d'héroïne dans le cadre d'une association de malfaiteurs.

Ce jugement a également condamné PERSONNE3.) à une peine d'emprisonnement de sept ans et à une amende de 5.000 euros, du chef

d'infractions aux articles 8, 8-1 et 10 de la loi modifiée du 19 février 1973. Il a notamment été condamné pour avoir importé plus de 79 kilogrammes d'héroïne dans le cadre d'une association de malfaiteurs qu'il a dirigée.

Trois autres prévenus ont été condamnés en première instance pour infractions à la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie

Par déclarations au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, PERSONNE1.), PERSONNE2.), PERSONNE3.) et le Procureur d'Etat ont fait relever appel de ce jugement.

Par arrêt n° 30/22 V. du 15 février 2022, la chambre correctionnelle de la Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance en ce qui concerne les infractions retenues contre PERSONNE1.) et les peines prononcées contre elle.

La Cour d'appel a encore prononcé contre PERSONNE1.) du chef des infractions retenues à sa charge pour la durée de vingt-quatre (24) mois l'interdiction de conduire un véhicule automoteur des catégories A - F sur toutes les voies publiques et a dit qu'il sera sursis à l'exécution de l'intégralité de cette interdiction de conduire.

Le pourvoi est dirigé contre cet arrêt.

Quant aux premier et deuxième moyens de cassation réunis:

Le premier moyen de cassation est tiré de

« Violation de la loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale et notamment de l'articles, 190-1 du code de procédure pénale (ci-après cpp), ensemble l'article 210 cpp, en ce sens que la cour d'appel 5^{ième} chambre correctionnelle, a refusé leur application au profit de la demanderesse en cassation au cours de l'audience d'appel lors des débats au fond, alors que les lois de procédure, conférant des protections/garanties procédurales en matière répressive, s'appliquent dès leur entrée en vigueur aux affaires en cours, et que le défaut, sinon le refus, d'application, par les magistrats d'appel, de la précitée loi de procédure lors de l'audience d'appel au moment des débats au fond, cause torts et griefs à la requérante en cassation. »

Le deuxième moyen de cassation est tiré

« de la violation du droit matériel européen, de l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne disposant que : « Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie et que le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé. », ensemble l'article 3, de la directive (UE) 2016/343 du parlement européen et du conseil, du 9 mars 2016, disposant que « Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies soient présumés innocents jusqu'à ce que leur culpabilité ait été légalement établie » ainsi que de la violation du droit conventionnel européen de l'article 6 paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales stipulant que « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

Dans le développement de son premier moyen de cassation, la demanderesse en cassation soutient que :

« Les articles 190-1, ensemble 210, du code de procédure pénale constituent des dispositions d'ordre public procédural protectrices de droits personnels, individuels et directement invocables par la personne mise en jugement, aussi bien devant le juge du fond de première instance que devant le juge du fond en instance d'appel, de sorte que leur violation entraîne nécessairement un préjudice d'une ampleur telle qu'il ne peut en résulter que la nullité de l'arrêt prononcé en contravention des précitées dispositions procédurales, consacrant des droits procéduraux fondamentaux et inhérents au procès équitable même, tel qu'il doit avoir cours dans une société démocratique. »¹

Dans le développement de son deuxième moyen de cassation, la demanderesse en cassation soutient que :

« Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé la présomption d'innocence de la demanderesse en cassation lors du déroulement de l'audience d'appel au fond.

Aux motifs que la présidente de la cour d'appel a donné la parole à la défense afin que soit présentée la défense de la requérante en audience publique, sans que les témoins, à charge et à décharge, ne soient entendus en instance d'appel et avant toute présentation du réquisitoire quant aux infractions et à la peine en audience publique par le représentant du ministère public, réquisitoire qui demandait de surcroît une augmentation de la peine que, ni la requérante, ni son mandataire, ne connaissaient au moment de la présentation de la défense au pénal. »

¹ Mémoire en cassation p.4

Alors qu'en procédant de la sorte, en contradiction avec les exigences de la loi de procédure en cours, instaurant l'ordre du déroulement de l'audience pénale en instance d'appel, à lire : l'audition des témoins en audience publique, suivie de l'interrogation, à la barre du/de la prévenu(e), pour suite à la clôture de l'instruction en audience donner la parole (éventuellement à la partie civile pour faire valoir ses droits), à l'accusation pour requérir ce que de droit quant aux infractions et à la peine, et pour finalement, offrir la parole à la défense, donnant ainsi à cette dernière l'occasion de présenter à la juridiction ses moyens de défense en connaissance de cause du réquisitoire quant aux infraction et à la peine, la partie civile pouvant à l'instar du représentant du ministère public répliquer, alors que le/la prévenue ou son mandataire ont le dernier mot. »²

Selon la demanderesse en cassation, en procédant de cette sorte, les juges d'appel « ont considéré, implicitement mais nécessairement, la demanderesse en cassation, comme coupable des faits... »³

Quelques remarques préliminaires s'imposent :

1. L'affaire a été plaidée à l'audience de la Cour d'appel du 18 janvier 2022.

A cette audience, le prévenu PERSONNE2.), assisté de l'interprète Nadia TLEMCANI, dûment assermentée à l'audience, les prévenus PERSONNE1.) et PERSONNE3.), les deux assistés de l'interprète PERSONNE4.), dûment assermenté à l'audience, et après avoir été avertis de leur droit de se taire et de ne pas s'incriminer eux-mêmes, furent entendus en leurs explications et moyens de défense.⁴

Immédiatement après les auditions des trois prévenus, Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, s'est levé et a développé plus amplement les moyens de défense et d'appel du prévenu PERSONNE2.).

Suite aux plaidoiries de Maître AVOCAT2.), Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, s'est levé et a développé plus amplement les moyens de défense et d'appel des prévenus PERSONNE1.) et PERSONNE3.).

Ensuite, le soussigné, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

Les prévenus PERSONNE2.), PERSONNE1.) et PERSONNE3.) eurent la parole en dernier.⁵

² Mémoire en cassation p.7

³ Mémoire en cassation p.7 dernier alinéa

⁴ Voir arrêt entrepris p. 46

⁵ Voir arrêt entrepris p. 46

Il est donc important de noter qu'à l'audience de la Cour d'appel du 18 janvier 2022, Me AVOCAT2.) et Me AVOCAT1.) ont directement commencé à plaider après l'audition des trois prévenus sans y être obligés par Madame la Présidente de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel et même sans y avoir été invités.

Ni l'un des trois prévenus, ni Me AVOCAT2.), ni Me AVOCAT1.), n'ont demandé à ce que le représentant du ministère public présente son réquisitoire avant les plaidoiries de la défense.

Madame la Présidente de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel n'a donc ni obligé la défense à prendre la parole avant toute présentation de réquisitoire par le représentant du ministère public ni invité la défense à ce faire, mais la défense a immédiatement pris la parole après l'audition des prévenus.

Il est donc faux de prétendre comme le fait la demanderesse en cassation dans son premier moyen de cassation que la cour d'appel 5^{ième} chambre correctionnelle aurait refusé l'application de l'article 210 du Code de procédure pénale au profit de la demanderesse en cassation au cours de l'audience d'appel.

Même à supposer une telle manière de procéder de Madame la Présidente de la Cour d'appel respectivement de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel établie, quod non, il n'en résulterait nullement une violation de la présomption d'innocence tel qu'il sera expliqué ci-après.

2. Il est du moins surprenant de constater que les deux autres prévenus en instance d'appel, et notamment PERSONNE3.), n'ont pas introduit de pourvoi en cassation et ne critiquent donc nullement la manière dont le procès en appel s'est déroulé.

Ceci est d'autant surprenant que Me AVOCAT1.) a assisté en première instance et en instance d'appel tant PERSONNE3.) que PERSONNE1.).

La loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale⁶ a inversé l'ordre des plaidoiries.

L'article 190-1 du code de procédure pénale tel qu'issu de la loi du 9 décembre 2021 dispose que:

« Art. 190-1.

(1)

Après que le prévenu a été cité à comparaître devant le tribunal, le dossier de la procédure et les pièces à conviction sont déposés au greffe de la juridiction saisie.

⁶ Mémorial A N° 861 du 10 décembre 2021

(2)

À l'audience, le président du tribunal constate l'identité du prévenu et donne connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal. Il l'informe de son droit de se taire et de son droit de ne pas s'incriminer soi-même. Il constate aussi, s'il y a lieu, la présence ou l'absence de la partie civile, des témoins, des experts et des interprètes.

Le prévenu comparaît libre à l'audience dans le cadre de l'affaire le concernant, sauf décision motivée du président du tribunal, rendue soit d'office, soit à la requête du procureur d'État, pour des raisons liées au cas d'espèce relatives à la sécurité ou à la nécessité d'empêcher les suspects ou les personnes poursuivies de prendre la fuite ou d'entrer en contact avec des tiers.

(3)

Ensuite, les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu, et les reproches proposés et jugés ; les pièces pouvant servir à conviction ou à décharge sont représentées aux témoins et aux parties ; le prévenu est interrogé.

(4)

L'instruction à l'audience terminée, la partie civile est entendue en sa demande, s'il y a lieu, le ministère public prend ses conclusions et le prévenu et, s'il y a lieu, la personne civilement responsable, présentent leur défense. La partie civile et le ministère public peuvent répliquer. Le prévenu ou son conseil ont toujours la parole en dernier.

(5)

Dans le cas où le prévenu, la partie civile ou le témoin ne parlent pas la même langue ou ne parlent pas une des langues dont il peut être fait usage en matière judiciaire ou s'il est nécessaire de traduire un document versé aux débats, le président désigne d'office un interprète et lui fait prêter serment de traduire fidèlement les paroles prononcées ou les écrits versés.

(6)

Le ministère public, le prévenu et la partie civile peuvent récuser l'interprète, en motivant leur récusation. Le tribunal se prononce sur cette récusation, et sa décision n'est susceptible d'aucune voie de recours.

(7)

L'interprète ne peut, même du consentement du prévenu ou du ministère public, être pris parmi les juges composant le tribunal, le greffier qui tient l'audience, les parties et les témoins. »

L'article 210 du code de procédure pénale tel qu'issu de la loi du 9 décembre 2021 dispose que :

« Art. 210.

Avant que les juges émettent leur opinion, la partie ayant relevé appel principal expose sommairement les motifs de son appel, ensuite les autres parties ont la parole dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1. »

Sous l'article 190-1 ancien du Code de procédure il était de jurisprudence constante que :

« L'article 190-1, alinéa 3 du code d'instruction criminelle organise l'ordre de parole des acteurs au procès et le fait que le ministère public requiert après la présentation des éléments et moyens de défense, s'inscrit dans le cadre du déroulement de la procédure pénale, dès lors que le prévenu reçoit la notification de l'ordonnance de renvoi ou de la citation à prévenu, ainsi que la communication du dossier répressif et est, ainsi, mis à même de connaître les faits dont il a à répondre devant la juridiction répressive. »

Les plaidoiries de la défense développant la position du prévenu donnent ensuite au ministère public la possibilité de prendre ses réquisitions à bon escient dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et d'une juste application de la loi, réquisitions par rapport auxquelles le prévenu ou son défenseur peuvent répliquer.

L'ordre dans lequel il y a lieu d'accomplir diverses formalités prévues à l'article 190-1 du code d'instruction criminelle n'est pas prescrit à peine de nullité, du moment qu'il n'est pas porté atteinte aux droits de la défense.⁷

Les articles 6,2 et 6,3 de la Convention européenne des droits de l'Homme exigent, quant au déroulement de la procédure à l'audience, que les principes de la présomption d'innocence, du contradictoire et de l'égalité des armes soient respectés.

*Tant la présomption d'innocence que le principe du contradictoire et l'égalité des armes sont assurés à l'audience par la possibilité de faire citer des témoins, de recourir au ministère d'avocat, le cas échéant d'être assisté d'un interprète et par le droit de réfuter tous les moyens et éléments présentés par le ministère public, droit qui est respecté par l'obligation de donner la **parole** en dernier au prévenu ou à son représentant.*

Dans la mesure où l'article 190-1, alinéa 3 dispose qu'après le résumé de l'affaire et les conclusions données par le procureur d'Etat, le prévenu et les personnes civilement responsables peuvent répliquer et doivent donc avoir la

⁷ Souligné par le soussigné

parole en dernier, il n'est pas contraire aux articles 6,2 et 6,3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dès lors qu'il garantit le droit à un procès équitable s'inscrivant par ailleurs dans les principes généraux des droits de la défense qui dominent tout procès pénal. »⁸

Cette jurisprudence reste évidemment valable sous les articles 190-1 et 210 du Code de procédure pénale tel modifiés par la loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale.

Etant donné que l'ordre dans lequel il y a lieu d'accomplir diverses formalités prévues à l'article 190-1 du code de procédure pénale (auquel l'article 210 du Code de procédure pénale renvoie) n'est pas prescrit à peine de nullité, du moment qu'il n'est pas porté atteinte aux droits de la défense et que l'actuelle demanderesse en cassation (tout comme les deux autres prévenus en appel) a eu l'occasion de librement prendre position sur les infractions lui reprochées et les peines prononcées en première instance et a eu l'occasion de répliquer au réquisitoire du ministère public et a eu la parole en dernier devant la Cour d'appel⁹, les deux moyens de cassation ne sont pas fondés.

Quant au troisième moyen de cassation :

« La présomption d'innocence, règle de preuve et de fond

La présomption d'innocence est non seulement une règle de preuve en ce sens que la charge de la preuve incombe à l'accusation et que le doute profite à l'accusé, mais que la présomption d'innocence est encore une règle de fond en ce sens qu'elle est l'expression d'un véritable droit subjectif, être présumé innocent, pour toute personne concernée par une instance pénale dirigée à son encontre. »

Selon la demanderesse en cassation :

« La demanderesse en cassation soulève la violation de l'article 6 § 1, ensemble 6 § 3 d) de la convention européenne, arguant que son procès n'a pas été équitable, alors qu'il lui fut refusé, sinon qu'il lui fut impossible, lors de l'instruction à la barre devant la chambre correctionnelle d'appel de pouvoir interroger, sinon confronter, les témoins de l'accusation, ce à quoi une personne présumée innocente doit avoir droit.

Elle fut partant privée d'un droit essentiel du procès pénal, qui aux yeux de la demanderesse en cassation ne rejoint plus les exigences du procès équitable.

⁸ Voir notamment Cour d'appel, N° 1/06 X du 4 janvier 2006 de la dixième chambre de la Cour d'appel

⁹ Voir l'arrêt entrepris p. 46

En effet, le représentant du ministère public en appel n'avait pas convoqué de témoins à l'audience, alors que les juges de première instance ont pu assoir leur conviction pour entrer en voie de condamnation, sur les attestations et déclarations de ces précités témoins de l'accusation, à comprendre les policiers en charge de l'enquête et ayant déposé devant les premiers juges.

De la sorte, cette absence de convocation, en instance d'appel, des témoins ayant déposé à charge devant les premiers juges, a eu pour conséquence, que la demanderesse en cassation fut privée de la faculté de confronter, en audience publique au fond en instance d'appel, les déclarations des témoins policiers en charge de l'enquête, ce qui lui a causé torts et griefs, d'autant plus que ces témoignages furent utilisés contre elle et ont servi à fonder sa condamnation. »¹⁰

A titre principal

L'article 210 du code de procédure pénale tel qu'issu de la loi du 9 décembre 2021 quant à lui dispose que :

« Art. 210.

*Avant que les juges émettent leur opinion, la partie ayant relevé appel principal expose sommairement les motifs de son appel, ensuite **les autres parties**¹¹ ont la parole dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1. »*

La demanderesse fait à l'évidence une lecture erronée de l'article 210 du Code de procédure pénale tel qu'issu de la loi du 9 décembre 2021, cet article prévoyant que « **les autres parties**¹² ont la parole dans la forme et dans l'ordre prescrits par l'article 190-1. » or un témoin n'est pas **une autre partie** à la procédure.

En n'ayant pas de nouveau entendu en instance d'appel les témoins entendus en première instance, la Cour d'appel n'a donc pas violé l'article 210 du Code de procédure pénale et n'a donc pas non plus violé l'article 6 de la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le troisième moyen de cassation n'est donc pas fondé.

¹⁰ Mémoire en cassation p. 10 et 11

¹¹ Mis en évidence par le soussigné

¹² Mis en évidence par le soussigné

A titre subsidiaire

Selon l'article 2 du Protocole N° 7 à la CEDH :

« Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation.¹³ L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi. »

L'article 2 du Protocole N°7 à la CEDH prévoit donc seulement le « droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation »¹⁴ et non le droit pour la personne déclarée coupable à ce que la juridiction supérieure procède de nouveau en appel à une instruction complète avec une nouvelle audition des témoins entendus en première instance.

L'article 190-1 (3) du Code de procédure pénale précité tel qu'issu de la loi du 9 décembre 2021 dispose que:

« (3)

Ensuite, les témoins pour ou contre sont entendus, s'il y a lieu¹⁵, et les reproches proposés et jugés ; les pièces pouvant servir à conviction ou à décharge sont représentées aux témoins et aux parties ; le prévenu est interrogé. »

En utilisant les mots « *s'il y a lieu* », il est évident que l'article 190-1 (3) du Code de procédure pénale ne prévoit aucune obligation pour les juges du fond tant de première instance que de l'instance d'appel d'entendre des témoins.¹⁶

Selon ladite disposition, les juges du fond ont la faculté d'ordonner la ré-audition de témoins ou l'audition de nouveaux témoins. Ils n'en ont pas l'obligation.

La Cour d'appel n'a partant qu'usé de son pouvoir souverain pour apprécier l'utilité d'une nouvelle audition des témoins entendus en première instance pour la manifestation de la vérité.¹⁷

Ainsi, sous le couvert du grief tiré de la violation de la disposition visée au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation, par les juges du fond, de la pertinence d'une mesure d'instruction supplémentaire ainsi que de la

¹³ Souligné par le soussigné

¹⁴ Souligné par le soussigné

¹⁵ Souligné par le soussigné

¹⁶ Dans beaucoup de procès pénaux aucun témoin n'est entendu et ceci tant en première instance qu'en instance d'appel

¹⁷ Cass, N° 5/2008 pénal du 7 février 2008, réponse au troisième moyen de cassation, qui était également tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 3, d), de la Convention ; Cass N° 22/2014 pénal du 15 mai 2014 ; Cass N° 47/2014 pénal du 18 décembre 2014 ; Cass N° 17/2016 pénal du 28 avril 2019

valeur des éléments de preuve déjà recueillis, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.¹⁸

Le troisième moyen de cassation ne saurait donc être accueilli.

A titre très subsidiaire

Il y a lieu d'insister sur le fait que la demanderesse en cassation n'a à aucun moment demandé à la Cour d'appel de procéder à une nouvelle audition de tous les témoins entendus en première instance.

La demanderesse en cassation n'ayant pas demandé une nouvelle audition des témoins entendus en première instance, ne peut pas argumenter que la décision de la Cour d'appel de ne pas procéder à une nouvelle audition des témoins entendus en première instance violerait la présomption d'innocence.

Dans une affaire dans laquelle un témoin n'a été entendu par les juges du fond ni en première instance, ni en instance d'appel, votre Cour a décidé :

« Mais attendu que les juges du fond ne sont pas obligés de procéder à l'interrogatoire d'un témoin dont l'audition n'a pas été sollicitée par le prévenu ;

D'où il suit que le moyen¹⁹ n'est pas fondé ; »²⁰

Il en suit que le troisième moyen de cassation n'est pas fondé.

Conclusion

Le pourvoi est recevable mais non fondé.

Pour le Procureur général d'Etat,
le premier avocat général,

Serge WAGNER

¹⁸ Cass N° 28/08 du 8 mai 2008; Cass N° 17/2018 pénal du 22 mars 2018, N° 3971 du registre (réponse au dixième moyen de cassation) ; Cass N° 12/2019 pénal du 24 janvier 2019, N° 4076 du registre ; Cass N° 101/2020 pénal du 16 juillet 2020, N° CAS-2019-00107 du registre.

¹⁹ Le moyen était tiré, comme dans la présente espèce, de la violation de l'article 6.1 combiné avec l'article 6.3.b) et d) de la CEDH

²⁰ Cass, N° 04/97 pénal du 23 janvier 1997, N° 1343 du registre