

Texte pseudonymisé

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

**N° 52 / 2023 pénal
du 11.05.2023
Not. 19005/17/CD
Numéro CAS-2022-00068 du registre**

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

sur le pourvoi de

PERSONNE1.), né le DATE1.) à ADRESSE1.), demeurant à L-ADRESSE2.),

prévenu et défendeur au civil,

demandeur en cassation,

comparant par Maître Roby SCHONS, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

en présence du **Ministère public**

et de

PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE3.),

demanderesse au civil,

défenderesse en cassation,

l'arrêt qui suit :

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 14 juin 2022 sous le numéro 22/22 - Crim. par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, chambre criminelle ;

Vu le pourvoi en cassation au pénal et au civil, formé par Maître Roby SCHONS, avocat à la Cour, au nom de PERSONNE1.), suivant déclaration du 12 juillet 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 9 août 2022 par PERSONNE1.) à PERSONNE2.), déposé le 10 août 2022 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait condamné PERSONNE1.) du chef de viols sur un enfant de moins de 16 ans par une personne ayant autorité sur la victime et de viols par une personne ayant autorité sur la victime, à une peine de réclusion assortie d'un sursis partiel. Elle avait en outre condamné le demandeur en cassation à dédommager la partie civile. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Violation de la loi du 8 mars 2017 portant modification du Code de procédure pénale et notamment des articles 3-6 (1) 10, ensemble 3-6 (2), 3-6 (8) et 3-6 (8) paragraphe 2, 185 § 2, 185 § 2 bis et 185 § 4 du Code de procédure pénale (ci-après cpp), en ce sens que la cour d'appel, chambre criminelle, a refusé leur application au profit du demandeur en cassation au cours de l'audience de la chambre criminelle de la cour 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, partant que le défaut, sinon le refus, d'application, par les magistrats d'appel, des précitées dispositions de procédure pénale lors de l'audience d'appel au moment des débats au fond, cause torts et griefs au requérant en cassation, le privant de la sorte d'un droit fondamental, individuel, et directement invocable en matière pénale, à lire le droit à l'assistance réelle et effective d'un avocat.

Art. 3-6. (1 - dispositions temporaires) (L. 8 mars 2017)

(1) A droit de se faire assister d'un avocat : 10. le prévenu (...)

(2) Si l'avocat désigné par les personnes visées au paragraphe 1 ne peut être contacté ou refuse de les assister ou si elles ne peuvent désigner un avocat, l'avocat est, sans retard indu, choisi et désigné d'office par l'officier de police judiciaire, le ministère public, le juge d'instruction ou le président de la juridiction d'instruction ou de fond sur base de listes de permanence établies par le Bâtonnier à disposition des cabinets d'instruction, des Parquets ainsi que de la Police grand-ducale en vertu de l'article 37, paragraphe 4, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

(8) Si les personnes visées au paragraphe 1 sont majeures, elles peuvent valablement renoncer de plein gré et sans équivoque à ce droit après avoir été dûment informées sur la teneur de ce droit, sur les conséquences éventuelles d'une

renonciation ainsi que sur la possibilité de révoquer leur renonciation à tout moment. La révocation de la renonciation ne prend cependant effet qu'à partir du moment où elle est faite.

La renonciation à ce droit, la révocation de la renonciation ainsi que les circonstances de la renonciation sont constatées par écrit, datées et signées par elles.

Art. 185. (L. 27 juin 2008)

(2) Si le prévenu ne comparait pas en personne ou ne charge pas un avocat de présenter ses moyens de défense, sans fournir une excuse valable, il sera jugé par défaut.

(2bis) (L. du 10 août 2018)

Lorsque la citation a été notifiée à la personne du prévenu, le jugement du tribunal sera réputé contradictoire.

(4) Le tribunal peut ordonner par un jugement non susceptible de recours la comparution en personne. Ce jugement est signifié au prévenu à la requête du ministère public, en annexe à la nouvelle citation.

Si le prévenu ne donne pas suite à la citation à comparaître, un avocat pourra présenter ses moyens de défense. La décision à intervenir est contradictoire.

Si le prévenu ne comparait pas en personne ou ne charge pas un avocat de présenter ses moyens de défense, la décision à intervenir est réputée contradictoire. >>

L'incident procédural lors de la phase d'instruction en audience devant la chambre criminelle de la cour d'appel peut se résumer de la façon suivante :

Le demandeur en cassation s'est présenté à l'audience de la chambre criminelle de la cour d'appel, du 27 mai 2022, suite à une première refixation contradictoire préalablement convenue avec la représentante du ministère public lors de l'audience publique du 8 février 2022.

Avant l'audience en question, le défenseur avait informé la représentante du ministère public par différents courriers de son impossibilité manifeste de pouvoir utilement préparer la défense de son mandant en raison d'une surcharge de travail imprévue et conditionnée par le calendrier lui imposée par la CEDH dans le cadre d'une autre affaire, ce dont rend compte l'arrêt querellé. (Pièce N° 1)

La représentante du ministère public s'est opposée à la refixation de l'affaire, par courrier de réponse et a informé le mandataire du demandeur en cassation que la chambre criminelle de la cour d'appel déciderait de la refixation ou non de l'affaire lors de l'audience des débats, suite à l'incident de procédure. (Pièce N° 2)

Que lors de l'audience du 27 mai 2022, contrairement aux affirmations de l'arrêt page 31 retenant que << A cette dernière audience, le prévenu et défendeur au civil PERSONNE1.) bien que régulièrement convoqué, ne fut ni présent, ni représenté >> le mandataire du requérant présent(s) a réexposé la demande de

refixation de l'affaire, même à brève échéance, et en tout état de cause après la date du 7 juin 2022, en raison des précitées contraintes imprévisibles de son calepin, demande qui fut rejetée par la chambre criminelle après une brève suspension de l'audience à cet effet.

Que suite à ce refus de report de l'audience et en raison de l'impossibilité de préparer utilement l'affaire, criminelle, qualificatif qui démontre le sérieux de l'affaire en question, le mandataire ne vit d'autre solution que de déposer son mandat à l'audience, et ce en accord avec le mandant, qui << stante pede >> demanda à la présidente de la chambre criminelle la désignation d'un nouvel avocat pour l'assister dans le cadre de son affaire criminelle en appel.

Cette demande de commission de nouvel avocat lui fut refusée par la juridiction qui décida de toiser l'affaire en présence du prévenu, non assisté par un défenseur, ce que l'actuel demandeur en cassation refusa, préférant ne pas assister à l'audience, vu que son droit fondamental à l'assistance d'un défenseur ne fut pas respecté par la juridiction, alors que le prévenu n'y avait pas renoncé, et avait même spécialement demandé la désignation d'un nouveau défenseur à l'audience, requête qui lui fut refusée par la juridiction criminelle.

L'affaire fut instruite par la juridiction criminelle, en l'absence du prévenu, la cour rendit un arrêt réputé contradictoire en invoquant l'article 185 paragraphe 2 du Code de procédure pénale, la chambre criminelle de la cour d'appel dans son arrêt précité à la page 32 retient comme suit :

<< que si le prévenu ne comparait pas en personne ou ne charge pas un avocat de présenter ses moyens de défense, sans fournir une excuse valable, il sera jugé par défaut. Quant à l'article 185, paragraphe 2 bis, tel qu'introduit par la loi du 10 août 2018 portant modification du Code de procédure pénale, celui-ci dispose que lorsque la citation a été notifiée à la personne du prévenu, le jugement sera réputé contradictoire.

La cour d'appel constate que sans fournir une excuse valable, ni le prévenu (PERSONNE1.), ni son avocat, ne comparaissent à cette audience de la cour d'appel du 27 mai 2022, fixée contradictoirement pour plaidoiries.

La cour d'appel constate en outre que le prévenu a personnellement réceptionné la citation du 5 octobre 2021 le 25 octobre 2021, de sorte que l'arrêt à rendre sera réputé contradictoire à son encontre. >>

Que contrairement aux constatations de la chambre criminelle de la cour d'appel, il échet de constater que :

- le prévenu a bien comparu en personne lors de l'audience du 27 mai 2022 devant la chambre criminelle de la cour d'appel du 27 mai 2022 suite à la refixation à même date lors de l'audience du 8 février 2022,

- que le prévenu a bien chargé un mandataire aux fins de présenter ses moyens de défense dans le cadre de l'affaire criminelle en question,

- que le mandataire a demandé la re fixation de l'affaire, quitte à ce que ce soit la seconde, la première ayant été conditionnée par la reprise du dossier. Il a par ailleurs invoqué une excuse légitime, notamment une surcharge de travail en raison d'une fixation d'une échéance rapprochée par une juridiction supranationale, échéance qu'il ne pouvait légitimement prévoir lors de la première re fixation du 8 février 2022, alors qu'elle n'est intervenue que le 26 avril 2022, par courrier de ladite juridiction supranationale, fixant la date limite pour dépôt des observations en réponse à celles du gouvernement, ensemble la présentation de la demande de satisfaction équitable, au 7 juin 2022, (Pièce N° 3)

- alors que la juridiction criminelle ayant refusé d'admettre l'excuse de surcharge de travail imprévisible en raison des circonstances précitées, partant de considérer cette excuse comme excuse valable, le mandataire, afin de préserver l'ensemble des droits de la défense du mandant, et notamment le droit primordial de pouvoir bénéficier pleinement d'une assistance réelle et effective d'un mandataire au pénal, a déposé en audience son mandat, ce qui a entraîné que le prévenu s'est trouvé << de facto >> dépourvu de toute assistance au criminel, ce qui << per se >> vaut excuse valable, dans le chef de ce dernier, afin de pouvoir demander la désignation d'un nouvel avocat, au besoin commis d'office, par la présidente de la juridiction, vue la situation résultant du dépôt de mandat de l'avocat officiant à l'audience de la chambre criminelle même,

- or cette désignation lui fut refusée, la chambre criminelle exigeant la poursuite des débats au criminel en la seule présence du prévenu, ce dernier n'y consentant pas, a préféré quitter la salle d'audience, de manière parfaitement excusé, alors que sans mandataire, au moment du déroulement du fond de l'affaire criminelle.

Il s'évince que l'actuel demandeur en cassation ne saurait être considéré comme personne se trouvant dans les conditions pour être jugé, ni par défaut, ni par arrêt contradictoire, alors que présent à l'audience et initialement assisté, mais sans mandataire en raison des suites de l'incident d'audience, à lire suite au dépôt de mandat à l'audience par son mandataire pour des raisons légitimes, dans le chef de ce dernier.

Que la situation << audiencielle >> du demandeur en cassation nécessitait que les mesures requises par l'article Art. 3-6, (2), ensemble l'article 185 (4) du Code de procédure pénale, soient prises en audience publique, à savoir que soit désigné nouvel avocat au profit de l'actuel demandeur en cassation, qui le demanda expressément, et se réfère à ce sujet à l'extrait du plumitif, dont copie lui fut refusée suite à sa demande, sous motivation que la cour d'appel n'en délivre point (sic !). (Pièce N° 4 demande par mail)

Il s'évince également que l'actuel demandeur en cassation ne saurait être considéré comme s'être trouvé lors de l'audience criminelle de la cour d'appel du 27 mai 2022 dans les conditions pour que soit pris à son encontre un arrêt réputé contradictoire, tel qu'en l'occurrence, alors que notifié à personne, il fut présent à l'audience et ne quitta cette dernière que suite au refus incompréhensible et injustifié de la présidente de la juridiction criminelle de lui désigner un nouveau défenseur au pénal.

Qu'en effet les conditions prévues par le texte légal des articles 185 paragraphe 2 et 185 paragraphe 2 bis, ne furent satisfaites dans son chef, et qu'il fut pour le surplus loisible à la chambre criminelle de la cour d'appel de faire application de l'article 185 paragraphe 4 combiné avec les articles 210 et 211 du Code de procédure pénale, ce qu'elle n'a pas cru utile.

En effet, le demandeur en cassation, lors de l'audience devant la chambre criminelle de la cour d'appel a initialement bien comparu, fut représenté et s'est trouvé - en raison de l'incident d'audience en relation avec le rejet de l'excuse légitimement avancée par son mandataire, mais refusée par la chambre criminelle, sans autre motivation quant à son refus - dans la situation d'un prévenu sans l'assistance d'un avocat en raison du dépôt de mandat pour les raisons pré-expliquées, sans que pour autant la juridiction d'appel ne prenne en considération, réellement et effectivement, cette situation nouvelle dans le chef du requérant en cassation, ce qui aurait dû l'amener à lui désigner un nouveau mandataire et ce même d'office.

Le demandeur en cassation fait ici sienne le paragraphe 463 de l'arrêt KHODORKOVSKIY AND LEBEDEV V. RUSSIA (N°2) du 14 janvier 2020, disant pour droit conventionnel que : << (a) general principles: The Court reiterates that the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, as guaranteed by Article 6 § 3 (c) is one of the fundamental features of a fair trial (see Salduz v Turkey (GG), n° 36391/02 §51, ECHR 2008, (51. La Cour réaffirme par ailleurs que, quoique non absolu, le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable (Poitrimol c. France, 23 novembre 1993, § 34, série A no 277-A, et Demeboukov c. Bulgarie, no 68020/01, § 50, 28 février 2008). Cela étant, l'article 6 § 3 c) ne précise pas les conditions d'exercice du droit qu'il consacre. Il laisse ainsi aux Etats contractants le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir, la tâche de la Cour consistant à rechercher si la voie qu'ils ont empruntée cadre avec les exigences d'un procès équitable. A cet égard, il ne faut pas oublier que la Convention a pour but de "protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs" et que la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à l'accusé (Imbrioscia, précité, § 38)) and Dvorski v. Croatia (GG), n° 25703/11, § 76, ECHR 2015 (76. La Cour rappelle que si l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider du "bien-fondé de l'accusation", il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des stades antérieurs à la phase de jugement. Ainsi, l'article 6 - surtout son paragraphe 3 - peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès. Ainsi qu'il est établi dans la jurisprudence de la Cour, le droit énoncé au paragraphe 3 c) de l'article 6 constitue un élément parmi d'autres de la notion de procès équitable en matière pénale énoncée au paragraphe 1 (Imbrioscia c. Suisse, 24 novembre 1993, §§ 36-37, série A no 275, et Salduz c. Turquie [GC], no 36391/02, § 50, CEDH 2008).

77. La Cour a dit aussi que, pour exercer ses droits, l'accusé doit pouvoir en principe bénéficier effectivement de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de la procédure pénale, (ainsi qu'aux stades ultérieurs, sauf renonciation expresse

et non équivoque, quod non en l'occurrence, nous soulignons) car une législation nationale peut attacher à son attitude au cours de la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de la suite de la procédure (Salduz, précité, § 52). En outre, l'accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable lors de cette phase, vulnérabilité qui, dans la plupart des cas, ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat, dont la tâche consiste notamment à veiller au respect du droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même (ibidem, § 54 ; voir aussi Pavlenko c. Russie, no 42371/02, § 101, 1er avril 2010).

Le demandeur en cassation soutient que la précitée jurisprudence vaut également dans le cadre de sa convocation à une audience de jugement au fond et tout particulièrement en matière criminelle, aussi bien en première instance qu'en instance d'appel.

78. *Dans ces conditions, la Cour estime important que, dès les premiers stades de la procédure, un accusé qui ne souhaite pas se défendre lui-même (le requérant avait expressis verbis fait part à la chambre criminelle de la cour d'appel de cette volonté d'être assisté par un avocat) puisse recourir aux services d'un défenseur de son choix (pour un raisonnement plus étoffé, voir Martin c. Estonie, no 35985/09, §§ 90 et 93, 30 mai 2013). C'est ce qui découle du libellé même de l'article 6 § 3 c), qui garantit à "[t]out accusé [le] droit [à] se défendre [avec] l'assistance d'un défenseur de son choix (...)" et il s'agit d'une norme internationale généralement reconnue en matière de droits de l'homme qui permet d'assurer à l'accusé une défense effective. La Cour souligne que l'équité de la procédure exige que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil (Dayanan c. Turquie, no 7377/03, § 32, 13 octobre 2009, et paragraphe 108 ci-dessous).*

79. *Malgré l'importance de relations de confiance entre un avocat et son client, ce droit n'est pas absolu. Il est forcément sujet à certaines limitations en matière d'assistance judiciaire gratuite et aussi lorsqu'il appartient aux tribunaux de décider si les intérêts de la justice exigent de doter l'accusé d'un défenseur d'office (Croissant c. Allemagne, 25 septembre 1992, § 29, série A no 237-B). Selon la jurisprudence constante de la Cour, les autorités nationales doivent tenir compte des souhaits de l'accusé quant à son choix de représentation en justice, mais elles peuvent passer outre s'il existe des motifs pertinents et suffisants de juger que les intérêts de la justice le commandent (ibidem, § 29 ; voir aussi Meftah et autres c. France [GC], nos 32911/96 et 2 autres, § 45, CEDH 2002-VII, Mayzit c. Russie, no 63378/00, § 66, 20 janvier 2005, Klimentiev c. Russie, no 46503/99, § 116, 16 novembre 2006, Vitan c. Roumanie, no 42084/02, § 59, 25 mars 2008, Pavlenko, précité, § 98, Zagorodniy c. Ukraine, no 27004/06, § 52, 24 novembre 2011, et Martin, précité, § 90). Faute de tels motifs, une restriction au libre choix d'un défenseur emporterait violation du paragraphe 1 de l'article 6, ainsi que de son paragraphe 3 c), si la défense du requérant, au vu de la procédure dans son ensemble, s'en trouvait lésée (Croissant, précité, § 31 ; voir aussi Meftah et autres, précité, §§ 46-47, Vitan, précité, §§ 58-64, Zagorodniy, précité, §§ 53-55, et Martin, précité, §§ 90-97).*

80. *De plus, eu égard aux considérations ci-dessus et comme la Cour l'a dit dans son arrêt Salduz, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure "concret et effectif", il faut en principe que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à*

démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque de telles raisons peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction - quelle que soit sa justification - ne doit pas indûment léser l'accusé dans ses droits découlant de l'article 6. (...)).

Et pour clore cet argumentaire le demandeur en cassation fait sien l'arrêt de la Cour dans l'affaire *MARTIN V. ESTONIA*, req. 35985/09 notamment les paragraphes 77- 81, décidant que :

77. The Court reiterates that, although the primary purpose of Article 6, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a "tribunal" competent to determine "any criminal charge", it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 - especially paragraph 3 - may be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions (see *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 50, ECHR 2008; *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 131, ECHR 2005-IV; and *Imbrioscia v. Switzerland*, 24 November 1993, § 36, Series A no. 275).

78. The Court further reiterates that although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial (see *Salduz*, cited above, § 51; *Dembukov v. Bulgaria*, no. 68020/01, § 50, 28 February 2008; and *Poitrimol v. France*, 23 November 1993, § 34, Series A no. 277-A).

79. The Court has consistently viewed early access to a lawyer as a procedural guarantee of the privilege against self-incrimination and a fundamental safeguard against ill-treatment, noting the particular vulnerability of an accused at the early stages of the proceedings, when he is confronted with both the stress of the situation and the increasingly complex criminal legislation involved. (Notons que le stress en relation avec la convocation à une audience de chambre criminelle en appel suite à une condamnation de 12 ans dont 7 avec le sursis ainsi qu'une législation de plus en plus complexe peut également exister dans le chef de l'accusé cité au fond, de sorte que la situation ci-avant décrite par la Cour au stade pré-sententiel, demeure existante au moment de l'audience au fond !) Any exception to the enjoyment of this right should be clearly circumscribed and its application strictly limited in time. These principles are particularly called for in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies (see *Salduz*, cited above, § 54, and *Leonid Lazarenko*, no. 22313/04, § 50, 28 October 2010, § 50).

80. The afore-mentioned principles of the right to defence and the privilege against self-incrimination are generally recognised international human rights standards, which are at the core of the concept of a fair trial. Their rationale relates in particular to the protection of the accused against abusive coercion on the part of the authorities. They also contribute to the prevention of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused (see *Salduz*, cited above, § 53 ; *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, § 92, with further references ; *Pishchalnikov v. Russia*, no. 7025/04, § 68, 24 September 2009 ; and *Leonid Lazarenko*, cited above, § 51). The right not to incriminate oneself, in particular,

presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00, § 100, ECHR 2006-IX, with further references).

81. Lastly, the Court reiterates that it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (see, for example, Jalloh, cited above, § 94). While Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national legislation and the domestic courts (see, amongst others, Schenk v. Switzerland, 12 July 1988, §§ 45-46, Series A no. 140, and García Ruiz v. Spain [GC], no. 30544/96, § 28, ECHR 1999-I) >>

Partant et en conséquence de ce qui précède, l'arrêt est à casser et annuler avec renvoi subséquent devant une chambre criminelle de la cour d'appel autrement composée pour :

- principalement, défaut d'application de l'article Art. 3-6 (1), 10 du Code de procédure pénale tel qu'issu de la loi du 8 mars 2017, disposant que : << A droit de se faire assister d'un avocat : 10. le prévenu.(...) >> en combinaison avec 3-6 (2) disposant que << Si l'avocat désigné par les personnes visées au paragraphe 1 ne peut être contacté ou refuse de les assister ou si elles ne peuvent désigner un avocat, l'avocat est, sans retard indu, choisi et désigné d'office par l'officier de police judiciaire, le ministère public, le juge d'instruction ou le président de la juridiction d'instruction ou de fond sur base de listes de permanence établies par le Bâtonnier à disposition des cabinets d'instruction, des Parquets ainsi que de la Police grand-ducale en vertu de l'article 37, paragraphe 4, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat. >> (étant entendu et précisé que des listes identiques sont bien évidemment à la disposition des juridictions de fond, nous soulignons).

- sinon manque d'application de l'article 185 paragraphe 4 du Code de procédure pénale, certes facultatif,

- sinon fausse application des articles 185 paragraphe 2 du Code de procédure pénale ensemble 185 paragraphe 2 bis du même Code

- subsidiairement pour violation des articles 6 § 1 ensemble 6 § 3 c) de la convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Que nonobstant le grief soulevé au premier moyen, en date du 27 mai 2022, l'affaire ne fut pas en état d'être jugée devant la chambre criminelle de la cour d'appel en raison du défaut de la représentante du ministère public, en charge de l'affaire, de citer les témoins de l'accusation, auxquels elle ne pouvait renoncer de son propre gré, d'autant plus que l'accusé, contestant les faits et les infractions lui reprochés, n'avait pas à citer les précités témoins, tout particulièrement au regard de la récente jurisprudence de la Cour européenne en la matière (cf infra Arrêt KESKIN VS PAYS-BAS), situation qui confortait encore le mandataire du demandeur

en cassation en son dépôt de mandat, alors que les règles du procès équitables furent sujettes à caution, ab initio. ».

Réponse de la Cour

Il est fait grief aux juges d'appel d'avoir, en rejetant la demande de report d'audience et en statuant par un arrêt réputé contradictoire à l'encontre du demandeur en cassation, violé les articles 3-6, paragraphes 1 et 2 et 185, paragraphes 2, *2bis* et 4, du Code de procédure pénale ainsi que l'article 6, paragraphes 1 et 3, c), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « *la Convention* »).

Le reproche tiré d'une violation de l'article 3-6, paragraphes 1 et 2, du Code de procédure pénale, adressé à la présidente de la chambre criminelle de la Cour d'appel de s'être abstenue de désigner d'office un nouvel avocat au demandeur en cassation n'est pas fondé dès lors que le demandeur en cassation, en quittant la salle d'audience avec son avocat, a manifesté sa volonté de ne plus comparaître. En ces circonstances, la disposition invoquée n'avait pas vocation à s'appliquer.

L'article 185, paragraphe 4, du Code de procédure pénale confère aux juridictions la faculté d'ordonner la comparution en personne du prévenu. L'exercice de cette faculté relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Sous le couvert de la violation de l'article 185, paragraphes 2 et *2bis* du Code de procédure pénale, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation par les juges du fond du caractère justifié de l'excuse invoquée par le prévenu pour obtenir le report d'audience, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il ressort des actes de procédure auxquels la Cour peut avoir égard que le demandeur en cassation avait décidé de quitter la salle d'audience et avait manifesté sa volonté de ne plus comparaître. En rendant, en ces circonstances, un arrêt avec effet contradictoire, la Cour d'appel n'a pas violé l'article 6, paragraphes 1 et 3, c) de la Convention.

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

Sur le deuxième moyen de cassation

Énoncé du moyen

« Violation de la loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale et notamment des articles 190-1, ensemble 210 et 211 du Code de procédure pénale (ci-après cpp) en ce sens que la cour d'appel, chambre criminelle, a refusé son application au profit du demandeur 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, des précités articles lors de l'audience d'appel au moment des débats au fond, cause torts et griefs au requérant en cassation, le privant de la sorte d'un droit fondamental en matière pénale, à lire la confrontation, à l'audience publique lors des débats sur le fond devant la juridiction de jugement en appel, du droit de confronter les témoins de l'accusation, droit d'autant plus fondamental alors que le prévenu se dit innocent.

Il s'en suit que ce défaut de convocation des témoins de l'accusation, par la représentante du ministère public, constitue une violation flagrante des dispositions procédurales y relatives et notamment des articles, 190-1 lu en combinaison avec les articles 210 et 211, du Code de procédure pénale tels qu'issus de la législation applicable, à lire la loi du 9 décembre 2021, dispositions procédurales qui se lisent comme suit :

<< 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.

- 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 (...).

(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. >>

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. >>

<< Art. 211.

Les dispositions des articles précédents sur la solennité de l'instruction, la nature des preuves, la forme, l'authenticité et la signature du jugement définitif de première instance, la condamnation aux frais, ainsi que les peines que ces articles prononcent seront communes aux jugements rendus sur l'appel. >>

Les articles 190-1, ensemble 210 et 211, 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.

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, 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.

La nouvelle procédure confère désormais au prévenu le droit de confronter en instance d'appel, les témoins de l'accusation, dont les déclarations ont servi de base aux premiers juges pour fonder leur condamnation à l'encontre du prévenu.

Que ce droit dans le chef du prévenu de confronter en instance d'appel les précités témoins de l'accusation est plus significatif lorsque le prévenu conteste les charges libellées à son encontre dans la citation à l'audience, ce qui l'affranchit, par ailleurs, de toute obligation de convocation/citation des précités témoins de l'accusation à l'audience d'appel.

Que ce droit de confrontation des témoins de l'accusation, non seulement, procède d'une exigence procédurale nationale, les articles 190-1, 210 et 211 obligent, mais relève encore de la jurisprudence conventionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme prononcée en application de la convention de Sauvegardes des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (Cf infra, entre autres, arrêt KESKIN c. PAYS-BAS)

Il est sans conteste que 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 réel et effectif, ainsi qu'aux exigences d'un procès équitable et transparent, opère un changement radical quant à l'obligation d'audition des témoins de l'accusation en instance d'appel, partant quant à leur confrontation d'avec le prévenu qui conteste les infractions libellées à son encontre et pour lesquelles, le cas échéant, il fut condamné en première instance, comme en l'occurrence.

Or, cette maladresse, sinon inconvenance, ayant eu cours sous la législation antérieure à la précitée loi du 9 décembre 2021, à lire la mise en jugement d'un prévenu, sans possibilité, sinon garantie, de confrontation des témoins de l'accusation lors de l'instance d'appel, a perduré lors de la présente affaire en instance d'appel au fond, ce qui cause torts et griefs au demandeur en cassation.

Et que cette obligation d'audition, ensemble la faculté de confrontation des témoins de l'accusation dans le chef du prévenu qui conteste les faits, lors du déroulement de l'audience au fond en appel, s'impose désormais à la juridiction d'appel, sauf renonciation expresse constatée par écrit dans le chef du prévenu, quod non en l'occurrence, alors qu'elle est désormais clairement ancrée dans la loi de procédure pénale, l'article 190-1 du code de procédure pénale, disposant que suite à l'exposition sommaire des moyens d'appel par le prévenu, 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, (cf infra arrêt KESKIN v. PAYS-BAS), pour dans la suite interroger le prévenu à la barre.

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 qui s'est déroulée devant la chambre criminelle de la cour en date du 27 mai 2022, lors de laquelle la loi procédurale du 9 décembre 2021 devait par ailleurs s'appliquer.

En effet, il résulte de l'arrêt du 14 juin 2022, à l'exclusion de tout doute, que la procédure de l'article 190-1, ensemble celles des articles 210 et 211, du Code de procédure pénale, restèrent lettre morte, en raison du fait que la représentante du ministère public demeura manifestement en défaut de convoquer les témoins de l'accusation pour ladite audience qui, en raison de ce manquement même, n'ont pu être auditionnés, étant entendu que le prévenu, qui maintenait ses contestations par rapport aux infractions retenues à sa charge par les premiers juges avait par ailleurs quitté la salle d'audience suite à << l'incident d'audience >> pré-exposé.

Les contestations du prévenu renforçaient encore, dans le chef de la représentante du ministère public, l'obligation de convoquer lesdits témoins de l'accusation, dont les déclarations venaient, déjà en première instance, au soutien du réquisitoire de la partie poursuivante à l'encontre de l'actuel demandeur en cassation.

En effet les déclarations de précités témoins de l'accusation avaient jadis fondé et soutenu le réquisitoire, du moins en partie et furent, de surcroît, utilisés par les premiers juges pour fonder la condamnation de l'actuel demandeur en cassation.

Le demandeur en cassation au soutien de son affirmation du non-respect des règles procédurales quant à la convocation des témoins de l'accusation à l'audience d'appel se réfère à cet effet au contenu des pages 33 et 34 de l'arrêt à lire : <<

A cette même audience du 27 mai 2022, le représentant du ministère public a demandé la confirmation de la décision entreprise. Il résume le contexte de cette affaire tel que décrit par PERSONNE2.). Concernant la révélation des faits, il souligne que cette dernière aurait essayé de faire une tentative de dénonciation déjà en 2015 et aurait fini par raconter les faits lors d'une audition policière le 4 juillet 2017 dans le cadre d'une enquête ouverte pour incendie volontaire qui s'est produit le 27 mai 2017. Il rappelle que le prévenu est le compagnon de la mère de la victime depuis 2008.

Le représentant du ministère public souligne que PERSONNE2.) a donné une description détaillée des premiers viols commis sur sa personne, description qui permet de situer le début de la période infractionnelle, cette dernière ayant indiqué par exemple avoir été en classe de neige et en 6^e ou 5^e au Lycée. Elle aurait indiqué que le prévenu ne voulait pas qu'elle parte en classe de neige. Elle aurait également déclaré avoir eu un rapport sexuel avant de partir en classe de neige. A cet égard, elle aurait précisé que le prévenu, qui se disputait avec sa mère, dormait très souvent dans la chambre d'ami au premier étage. Elle aurait précisé que le prévenu l'a rejointe dans sa chambre à coucher pendant la nuit et l'a mise sous pression en lui demandant d'être "sage", c'est-à-dire ne pas s'opposer à un rapport sexuel, et au cas où elle a refusé d'être "sage", elle s'est vue refuser des sorties avec ses amis ou encore partir en classe de neige.

Selon le représentant du ministère public, les infractions de viol seraient établies par les déclarations de la victime, dont la crédibilité serait avérée tant par les détails donnés par cette dernière dans son récit, que par d'autres éléments objectifs du dossier. Il s'agirait notamment du contenu des messages envoyés à la victime par le prévenu des 12 décembre 2016, 24 janvier 2017 et 27 avril 2017, des vidéos enregistrés par la mère de la victime, du dossier gynécologique de la victime qui a consulté le docteur PERSONNE3.) pour une inflammation vaginale, respectivement une maladie sexuelle et enfin l'expertise du psychologue PERSONNEX). A cet égard, le représentant du ministère public relève que, selon cet expert, il n'existerait aucun motif pour lequel PERSONNE2.) aurait inventé les faits qui sont reprochés au prévenu. Il souligne notamment que l'expert conclu dans son rapport à "un vécu authentique". Il s'y ajouterait que d'après un rapport psychologique établi par le docteur PERSONNE4.), la victime présente des troubles post-traumatiques.

Il serait un fait qu'à un moment donné il y a eu une escalade de faits particulièrement troublants. Il s'agirait notamment du fait que les chevaux appartenant à la victime et sa mère ont été empoisonnés, que le chien de la victime est décédé lorsque celle-ci était absente et partie en classe de neige, que la voiture de la victime a été volée et retrouvée brûlée, que le téléphone portable de la victime a été utilisé pour effectuer des achats à ses frais via le compte Amazon ouvert par la victime et que les boulons des roues de la voiture de la victime ont été desserrés. A cet égard, le représentant du ministère public donne à considérer que le prévenu est mécanicien de profession.

Le représentant du ministère public insiste sur le fait qu'il y a des éléments dans le dossier qui montrent que le prévenu veut faire taire la victime à tout prix. Selon lui, le prévenu serait une personne dangereuse et notamment une personne manipulatrice qui essaierait de garder la victime sous son contrôle par tous les moyens. A ce sujet, il renvoie aux déclarations effectuées par le témoin PERSONNE5.) devant la police.

En outre, le fait que la mère n'ait pas confirmé les accusations de sa fille pendant l'instruction ne serait pas de nature à entacher la crédibilité du témoignage de celle-ci. A cet égard, il donne à considérer, au vu des éléments du dossier répressif, que la mère de la victime aurait notamment reconnu avoir eu des soupçons

quant à des abus sexuels commis par son compagnon sur la personne de sa fille et s'être cachée dans les escaliers pour vérifier.

Le fait que PERSONNE2.) ait attendu jusqu'en 2017 pour porter plainte contre le prévenu et qu'elle se soit rétractée de ses premières accusations faites en 2015, ne serait pas de nature à affecter la crédibilité de ses déclarations.

En conclusion, il serait établi que le prévenu a commis les viols sur la personne de PERSONNE2.).

>>

Il résulte à suffisance du précité extrait de l'arrêt qu'aucun témoin ne fut cité à l'audience de la chambre criminelle de la cour d'appel, partant qu'aucun témoin de l'accusation n'a pu être entendu par les juges d'appel lors de l'instruction à la barre, pratique qui n'est désormais plus conforme avec les prescriptions et exigences édictées aux précités articles 190-1, ensemble 210 et 211, du Code de procédure pénale, pas plus qu'elle ne satisfait les exigences de la jurisprudence conventionnelle de la Cour de Strasbourg (cf supra).

Or, le prévenu suite à l'application de la loi du 9 décembre 2021 a désormais un droit, individuel, personnel et directement applicable à l'instance d'appel, partant directement invocable par le prévenu à l'audience d'appel, afin ce que soient cités, à audience d'appel de la chambre criminelle de la cour d'appel, au moins les témoins de l'accusation ayant déposé en première instance, à lire en l'espèce ceux contenus dans la citation du parquet datée du 15 juillet 2020 et convoqués pour les audiences des 29 et 30 septembre 2020 ainsi que du 1^{er} octobre 2020.

En l'occurrence il s'agissait de l'ensemble des témoins qui avaient déposé devant la juridiction de première instance lors de l'instruction à la barre, à lire précisément : la mère de la prétendue victime, la dame PERSONNE6.), le commissaire enquêteur, PERSONNE7.), le copain de la prétendue victime, le sieur PERSONNE8.), une amie de la famille, la dame PERSONNE9.), la prétendue victime PERSONNE2.), ainsi que le frère de la prétendue victime, le sieur PERSONNE10.), ensemble les experts psychiatres, dont les rapports d'expertise ont également servi de base à la condamnation du requérant, à l'instar des déclarations des témoins de l'accusation, nonobstant les contestations émises par l'actuel demandeur en cassation.

Il ressort de manière non équivoque que le demandeur en cassation n'a pas pu bénéficier des garanties procédurales contenues dans les articles 190-1, 210 et 211 du Code de procédure pénale, notamment de la possibilité de pouvoir confronter les témoins de l'accusation à l'audience de l'instance d'appel, ce qui a rendu vaine l'équité de la procédure du second degré dressée à son encontre, son procès pénal, dans son intégralité, laisse d'être équitable !

Il s'évince que le non-respect de par la représentante du ministère public, des obligations procédurales contenues dans les précités articles 190-1, 210 et 211 de la loi de procédure pénale, en relation avec la convocation des témoins de l'accusation d'abord, de leur audition par la cour ensuite, ont eu irrémédiablement pour effet que

la procédure d'appel telle que suivie à l'encontre du demandeur en cassation, absent de surcroît pour les précitées raisons exposées, n'a pas rejoint les exigences prescrites, en matière d'audition de témoins, par les dispositions de procédure pénales précitées, pas plus que la procédure d'appel suivie devant la chambre criminelle en appel n'a satisfait aux exigences de procès équitable, partant qu'il y a lieu d'en tirer les conséquences dans la cadre du pourvoi en cassation.

Il s'ensuit que l'arrêt du 22/22 Crim. du 14 juin 2022 est à casser et annuler avec renvoi subséquent devant une chambre criminelle de la cour d'appel autrement composée, ce que le requérant demande à travers le présent mémoire en cassation, notamment pour violation de l'article 190-1, lu en combinaison avec les articles 210 et 211, du Code de procédure pénale, alors que le respect quant à une exigence fondamentale du débat judiciaire pleinement contradictoire, à comprendre la faculté de confronter les témoins de l'accusation au profit d'un prévenu qui conteste les infractions lui reprochées, constitue une exigence fondamentale du procès équitable, non satisfaite lors des débats qui se sont déroulés devant la chambre criminelle de la cour d'appel en audience du 27 mai 2022.

Partant, le demandeur en cassation, PERSONNE1.), loin de vouloir remettre en cause à travers le présent pourvoi en cassation l'appréciation souveraine des juges du fond, mais n'exigeant que le respect minimum des règles procédurales gouvernant un procès en appel digne de ce nom, demande à votre cour de cassation de prononcer, pour violation de la loi, notamment des articles 190-1, 210 et 211 du Code de procédure pénal, dispositions d'ordre public procédural protectrices :

- la cassation et l'annulation de l'arrêt n° 22/22, du 14 juin 2022, de la chambre criminelle de la cour d'appel,

- le renvoi devant une chambre criminelle 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.

II. Violation conventionnelle commise à l'encontre et au détriment du demandeur en Cassation. ».

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait grief à la Cour d'appel d'avoir violé les dispositions visées au moyen en ce qu'elle aurait statué sans avoir procédé à l'audition des témoins de l'accusation, le privant ainsi de la possibilité d'interroger, sinon de confronter les témoins, partant du droit à un procès équitable.

Le droit de faire interroger des témoins n'est pas un droit absolu. Il appartient au juge d'apprécier la nécessité d'entendre ou de réentendre un témoin, au regard des circonstances de l'affaire et des raisons avancées par la défense.

Les juges d'appel n'étaient partant pas obligés de réentendre les témoins entendus en première instance, de sorte que la Cour d'appel n'a pas violé les dispositions visées au moyen.

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

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Violation des articles conventionnels 6 § 1 ensemble 6 § 3 d) en ce sens que la chambre criminelle de la cour d'appel, a refusé leur application au profit du demandeur en cassation lors des débats au fond, alors que l'article 6 § 3 d) confère au prévenu le droit de confronter les témoins de l'accusation, tout particulièrement si sa condamnation par les premiers juges a été fondée sur leurs déclarations, qu'en conséquences le refus d'audition desdits témoins lors de l'audience en appel rend le procès inéquitable dans son intégralité,

Il s'évince en effet que, le défaut, sinon le refus, d'auditionner les témoins de l'accusation par les magistrats d'appel, au moment des débats au fond, cause torts et griefs au requérant en cassation, le privant, sans autre raison, et sans motivation susceptible de compréhension, du droit fondamental en matière pénale, de confronter devant la juridiction de jugement en appel, les témoins de l'accusation, droit d'autant plus fondamental alors que le prévenu se dit innocent.

Cette privation de la possibilité de confronter les témoins de l'accusation a eu pour conséquence directe que demandeur en cassation n'a à aucun moment pu bénéficier des garanties contenues dans les articles 6 § 1 ensemble 6 § 3 d), nonobstant le fait qu'il a, par ailleurs, quitté l'audience suite au refus, pas d'avantage compréhensible, de la présidente de la chambre criminelle de la cour d'appel de lui désigner un nouvel avocat pour l'assister dans sa défense au criminel, mandataire qui, le cas échéant et à titre superfétatoire, aurait pu réitérer la demande de convocation des témoins de l'accusation pour ensuite les confronter en audience publique.

Au vu des flagrantes violations des droits du demandeur en cassation, lors de son procès d'appel, ce dernier est hautement fondé à soulever devant votre juridiction la violation de ses droits conventionnels tels que découlant des précités articles.

En effet, en raison des précitées violations des droits de la défense du requérant, son procès d'appel devant la chambre criminelle de la cour d'appel n'a pas rejoint les exigences d'un procès équitable, tel qu'exigé dans une société démocratique.

Or, le demandeur en cassation, en sa qualité de justiciable, peut légitimement exiger que son procès devant la chambre criminelle de la cour d'appel satisfasse aux exigences du procès équitable.

Le demandeur 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.

Le demandeur 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 criminelle d'appel de pouvoir interroger, sinon confronter, les témoins de l'accusation, refus d'autant plus lourd de conséquences alors qu'il contestait, en appel comme devant ses premiers juges, les infractions mises à sa charge, et que last but not least il fut toujours présumé innocent.

Le demandeur en cassation allègue que, privé de ce droit fondamental de pouvoir confronter les témoins de l'accusation devant ses juges d'appel, - la représentante du ministère public en appel n'avait en effet pas cru utile de convoquer les témoins de l'accusation à l'audience de la cour, nonobstant le fait que les juges de première instance ont assis leur conviction pour condamner le requérant, sur les attestations et déclarations de ces précités témoins de l'accusation - son procès pénal n'a plus rejoint les exigences du procès équitable.

En effet les juges de première instance ont fondé leur jugement de condamnation sur les déclarations desdits témoins notamment de :

- Monsieur PERSONNE11.), policier enquêteur << relatant à l'audience de la chambre criminelle de première instance, le déroulement de l'enquête de police et confirmant sous la foi du serment les constatations faites lors de l'enquête et les éléments consignés dans les rapports et procès-verbaux de police dressés en cause >> (cf page 25 jugement criminel),

- les conclusions du rapport d'expertise en rapport avec le prévenu et établi par le docteur PERSONNEY),

- les conclusions du rapport du docteur PERSONNEX), relatives à la crédibilité de la prétendue victime PERSONNE2.),

- les déclarations sous la foi du serment d'autres témoins de l'accusation en première instance, notamment la prétendue victime PERSONNE2.), son actuel ami, PERSONNE8.), son frère, PERSONNE12.), sa mère, PERSONNE13.), une amie de cette dernière, PERSONNE14.), ainsi qu'une confidente de la prétendue victime, la dame PERSONNE15.), ensemble le sieur PERSONNE16.) décrivant la relation du prévenu d'avec les enfants de sa compagne de vie.

Tous les précités témoins avaient été expressément convoqués à l'audience de première instance par le représentant du ministère public et questionnés par ce dernier dans le cadre de l'instruction à la barre, étant souligné que non seulement le représentant du ministère public s'est fondé sur leurs déclarations dans son réquisitoire partant lors de sa démonstration de la culpabilité de l'actuel demandeur en cassation, mais que de surcroît ces déclarations de témoins ont été utilisés par les premiers juges aux fins de fonder leur condamnation à l'égard de l'actuel demandeur en cassation.

Il s'évince que le requérant, qui contestait et conteste toujours les faits, pouvait légitimement s'attendre à ce que les précités témoins de l'accusation furent

convoqués par la représentante du ministère public pour l'audience d'appel afin d'y pouvoir les confronter.

Or, le requérant s'est rendu compte lors de cette audience de la défaillance de la représentante du ministère public quant à ce point.

Partant, cette absence de convocation, en instance d'appel, des témoins ayant déposé à charge devant les premiers juges, a eu pour conséquence, que le demandeur en cassation fut privé de la faculté de confronter, en audience publique au fond en instance d'appel, les déclarations des témoins de l'accusation, utilisés contre lui pour fonder sa condamnation, ce qui lui a causé et cause toujours et encore, torts et griefs.

En effet, le demandeur en cassation ici, fait sienne la jurisprudence précitée de la Cour dans l'arrêt KHODORKOVSKIY AND LEBEDEV c. RUSSIE, (la version anglaise faisant foi), notamment de ses paragraphes 473 et suivants, à lire :

<< 2. Adversarial proceedings and examination of witnesses

(a) General principles

*473. The Court reiterates that the key principle governing the application of Article 6 is fairness. The right to a fair trial holds so prominent a place in a democratic society that there can be no justification for interpreting the guarantees of Article 6 § 1 of the Convention restrictively (see *Moreira de Azevedo v. Portugal*, 23 October 1990, § 66, Series A no. 189, and *Gregačević v. Croatia*, no. 58331/09, § 49, 10 July 2012).*

*474. The Court reiterates that the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 of the Convention and the guarantees relating to the examination of witnesses set out in Article 6 § 3 (d) of the Convention are elements of the right to a fair hearing set forth in Article 6 § 1 of the Convention and must be taken into account in any assessment of the fairness of proceedings as a whole (see *Doorson v. the Netherlands*, 26 March 1996, § 70, Reports 1996-II ; *Gäfgen v. Germany [GC]*, no. 22978/05, §§ 162 and 175, ECHR 2010; *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC]*, nos. 26766/05 and 22228/06, § 118, ECHR 2011; *Khodorkovskiy and Lebedev*, cited above, § 743; and *Karaman v. Germany*, no. 17103/10, §§ 42-43, 27 February 2014).*

*475. The Court further reiterates that as a general rule, Article 6 §§ 1 and 3 (d) requires that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statements or at a later stage (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 118; and *Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, nos. 26711/07, 32786/10 and 34278/10, § 81, 12 May 2016).*

*476. The term "witnesses" under Article 6 § 3 (d) of the Convention has an autonomous meaning which also includes expert witnesses (see *Gregačević*, cited above, § 67, and *Constantinides v. Greece*, no. 76438/12, §§ 37-38, 6 October 2016). However, the role of expert witnesses can be distinguished from that of an eye-witness who must give to the court his personal recollection of a particular event (see *Khodorkovskiy and Lebedev*, cited above, § 711). In analysing whether the personal appearance of an expert at the trial was necessary, the Court will therefore be primarily guided by the principles enshrined in the concept of a "fair trial" under Article 6 § 1 of the Convention, and in particular by the guarantees of "adversarial*

proceedings" and "equality of arms". That being said, some of the Court's approaches to the personal examination of "witnesses" under Article 6 § 3 (d) are no doubt relevant in the context of examination of expert evidence and may be applied, mutatis mutandis, with due regard to the difference in their status and role (see Bönisch v. Austria, 6 May 1985, § 29, Series A no. 92, with further references, and Matytsina v. Russia, no. 58428/10, § 168, 27 March 2014).

477. *The Court reiterates that the principle of equality of arms implies that the applicant must be "afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent" (see Bulut v. Austria, judgment of 22 February 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, § 47). 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. The Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether witness statements were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair (see, among many other authorities, Vidal, cited above, § 33, and Van Mechelen and Others, cited above, § 50).*

478. *The admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law (see Perna, cited above, § 29). Furthermore, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which defendants seek to adduce. Article 6 § 3 (d) leaves it to them, again as a general rule, to assess whether it is appropriate to call witnesses (see Vidal, cited above, § 33, Series A no. 235-B); it does not require the attendance and examination of every witness on the accused's behalf: its essential aim, as is indicated by the words "under the same conditions", is a full "equality of arms" in the matter (see, among other authorities, Murtazaliyeva v. Russia [GC], no. 36658/05, § 139, 18 December 2018, Engel and Others, cited above, § 91, and Bricmont v. Belgium, judgment of 7 July 1989, Series A no. 158, p. 31, § 89).*

479. *It is accordingly not sufficient for a defendant to complain that he has not been allowed to question certain witnesses; he must, in addition, support his request by explaining why it is important for the witnesses concerned to be heard and their evidence must be necessary for the establishment of the truth (see Murtazaliyeva, cited above, § 158, Engel and Others, cited above, § 91, and Perna, cited above, § 29). In respect of witnesses on behalf of the accused, only exceptional circumstances could lead the Court to conclude that a refusal to hear such witnesses violated Article 6 of the Convention (see Bricmont, cited above, § 89, and Dorokhov v. Russia, no. 66802/01, § 65, 14 February 2008).*

(b) Application of these principles to the present case

480. *The Court notes that the applicants' complaints concerning the taking and examination of evidence and breach of the principles of equality of arms and presumption of innocence in the proceedings may be divided into six groups. First, the applicants maintained that they had been unable to cross-examine most of the expert witnesses for the prosecution. Second, they complained that the court had permitted the prosecution to rely on their expert evidence but dismissed all but one request by the defence to allow their experts to testify or present their written opinions. Third, they argued that the court had failed to summon witnesses for the defence, to secure forced attendance of a number of witnesses or to obtain their questioning by video-conference or through letters rogatory. Fourth, the applicants complained that the court had refused to add exculpatory material to the case file or*

to order disclosure of exculpatory material or "source materials" in general. Fifth, they complained about the trial court having relied on judgments in other criminal cases. Sixth, the applicants claimed that the court had refused to exclude inadmissible evidence for the prosecution, including evidence obtained in breach of lawyer-client confidentiality. The Court will address the applicants' complaints in the above order.

i. Inability of the defence to cross-examine witnesses for the prosecution

481. The Court observes that on 27 December 2010 the Khamovnicheskiy District Court of Moscow found the applicants guilty of misappropriation and money laundering on the basis of, *inter alia*, a number of expert reports (see paragraph 290 above). The expert reports concerned, in particular, the consistency of the balance sheets of Yukos subsidiaries, distribution of profit by certain Yukos subsidiaries to foreign trading companies and the quantity of oil purchased by Yukos and its trading companies from the production entities (see paragraphs 159-169 above). The applicants asked that the experts Mr Yeloyan, Mr Kupriyanov, Mr Chernikov and Mr Migal, who prepared the above reports, be summoned before the trial court so that they could be questioned about their conclusions. However, the trial court dismissed the requests, finding that it was unnecessary to call in these experts (see paragraphs 170-178 above).

482. As the Court has held on many occasions, one of the requirements of a fair trial is the possibility for the accused to confront the witnesses in the presence of the judge who must ultimately decide the case, because the judge's observations on the demeanour and credibility of a certain witness may have consequences for the accused (see *Hanu v. Romania*, no. 10890/04, § 40, 4 June 2013 with further references). The same also applies to expert witnesses (see *Gregaćević*, cited above, § 67, and *Constantinides*, cited above, § 39): it is the Court's well-established case-law that the defence must have the right to study and challenge not only an expert report as such, but also the credibility of those who prepared it, by direct questioning (see, among other authorities, *Brandstetter v. Austria*, 28 August 1991, § 42, Series A no. 211; *Doorson*, cited above, §§ 81-82; *Mirilashvili v. Russia*, no. 6293/04, § 158, 11 December 2008; and *Matytsina v. Russia*, cited above, § 177).

483. In the present case, the applicants clearly indicated to the trial court that they wished to have the expert witnesses examined before the court in order to clarify a number of issues that required specialist knowledge, and to ascertain the experts' credibility (see paragraphs 170-178 above). For the Court, this request was sufficiently clearly formulated to explain why it was important for the applicants to hear the witnesses concerned. The trial court dismissed the applicants' request, finding that it was not necessary to call in the expert witnesses.

484. The Court reiterates that 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, unless the testimony of that witness is manifestly irrelevant or redundant (see *Khodorkovskiy and Lebedev*, cited above, § 712). The Court finds that the expert reports in question were of significant relevance for the case as part of the body of evidence relied on by the domestic courts in finding the applicants guilty of the offences with which they were charged. Furthermore, the applicants never had the possibility to confront these expert witnesses and to challenge their opinions during the investigation phase (see, by contrast, *Kashlev v. Estonia*, no. 22574/08, § 47, 26 April 2016). By failing to call the expert witnesses and to examine them during

the trial, the trial court was basing its conclusions on expert witness evidence which was never examined during the hearing (see Avagyan v. Armenia, no. 1837/10, § 46, 22 November 2018).

485. In these circumstances, the omission of the Khamovnicheskiy District Court to hear in person the expert witnesses whose reports were later used against the applicants was capable of substantially affecting their fair-trial rights, in particular the guarantees for "adversarial proceedings" and "equality of arms". There has accordingly been a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention. >>

Le demandeur en cassation fait siens les précédents paragraphes quant à l'absence de pouvoir questionnes les experts PERSONNEY) (auteur de l'expertise psychiatrique du requérant) et surtout PERSONNEX) (auteur du rapport de crédibilité de la prétendue victime PERSONNE2.)), rapport qui fut largement utilisé par le tribunal de première instance pour condamner l'actuel demandeur en cassation.

Il va sans dire que la même conclusion s'applique à l'absence du témoin PERSONNE7.), enquêteur en charge de l'affaire et auteur de nombreux rapports ayant servi au soutien de la condamnation du requérant par les premiers juges, de même que témoin de l'accusation en première instance, de sorte qu'il aurait appartenu à la représentante du ministère public en appel de garantir la présence de ce(s) témoin(s) en audience publique afin que soit offerte au requérant la possibilité de le(s) confronter.

Au vu de ce qui précède, le demandeur en cassation prétend qu'il y a eu violation des dispositions 6 § 3 d), ensemble 6 § 1 de la convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, alors que la non-convocation, partant la non-comparution, des témoins de l'accusation à l'audience d'appel, n'a de surcroît été motivée, par aucun motif justifiant la non-comparution desdits témoins au procès.

Force est de constater que, par ailleurs, la partie poursuivante n'invoquant aucun motif de non-convocation, tel le décès des témoins, l'état de santé des témoins, leur peur de déposer, voire des caractéristiques spécifiques de la procédure en matière pénale, voire même l'impossibilité pour la représentante du ministère public d'entrer en contact avec les témoins, argumentaire difficilement soutenable alors que le représentant du ministère public a néanmoins su les citer devant les premiers juges, la seule explication relative à leur absence en appel se trouve dans l'inaction parquetière.

Le fait que le demandeur en cassation n'ait pas demandé la convocation des 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 en question, ce 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 le requérant n'est pas tenu de démontrer l'importance d'un témoin de l'accusation.

En effet, 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 précités témoins, 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 également 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), arrêt postérieur à Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie (no 2) précité, dont la version anglaise fait 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. (*témoins de la défense non concernés par le présent recours en cassation*)

(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, 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) ; (Rappelons qu'aucune raison pour la non-convocation des témoins de l'accusation ne fut avancée par la partie poursuivante, ni relevée par la chambre criminelle d'appel dans son arrêt criminel de confirmation)*

(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (*ibid.*, §§ 119 and 126-147) ; (*Rappelons qu'aucune évidence matérielle ne fut utilisée pour la condamnation du demandeur en cassation*)

(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) (*ces derniers facteurs font parfaitement défaut*).

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 le demandeur en cassation fait valoir que lors de l'audience d'appel au fond il n'a pas bénéficié de possibilité de confronter les témoins de l'accusation, base essentielle sinon exclusive de sa condamnation en appel, étant entendu que sa condamnation par les premiers juges fut pour la majeure partie, sinon exclusivement fondée sur les déclarations que ces témoins avaient faites 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 du demandeur en cassation aussi bien en première instance qu'en instance d'appel, le dossier répressif ne contenant peu ou point d'autre évidence matérielle.

Par ailleurs, le demandeur en cassation critique que le refus de convocation desdits témoins par la représentante 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, 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 et discrétionnaire de la représentante 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 le(s) seul(s) prévenu(e)s en audience publique et dans la suite, à donner la parole aux mandataires de la défense.

Que par ailleurs, en cas de demandes d'auditions de « témoins de l'accusation » à l'instar qu'en cas de demande de convocation de témoins de la défense, la pratique générale et généralement appliquée par les juridictions répressives d'appel, veut que de telles demandes sont, dans la quasi-totalité des cas, jointes au fond, ce qui revenait à priver le demandeur 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 saurât rejoindre les exigences de procès équitables tel(les) que requis(es) 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 violation des articles conventionnels précités, ce que demande le demandeur 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). >>

Or, en l'occurrence précisément, les déclarations furent la partie déterminante, sinon la seule évidence ayant servi à la condamnation de l'actuel demandeur en cassation lors de son procès d'appel, il n'existât point d'autre évidence matérielle.

A cela s'ajoute que devant les premiers juges les témoignages des 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 l'actuel demandeur en cassation en première instance, condamnation maintenue en instance d'appel, sans que ne lui fut offert la possibilité de confronter, en audience publique, les témoins de l'accusation 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).

Notons que la chambre criminelle n'en fait point état dans son arrêt !

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 recognized 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, sous réserve qu'il n'a même pas pu s'expliquer devant la cour d'appel, vu le refus injustifié de lui commettre nouvel avocat ce qui a motivé son départ le jour du procès, en combinaison avec le fait 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 raisons d'appel, ensemble la pratique générale et généralement appliquée consistant dans le renvoi au fond quasi-systématique de toute demande d'audition de témoins, ont eu pour effet que les articles conventionnels 6 § 1, ensemble 6 § 3, ont été violés.

En conséquence, 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, l'affaire à renvoyer devant une chambre criminelle de la cour d'appel, autrement composée.

L'actuel demandeur en cassation considère sa demande d'autant plus fondée et motivée alors qu'ils n'existaient pas de "facteurs contre-balanciers/ facteurs contre-poids" 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 37 de son arrêt, décidant quant à ce point comme suit :

<<

Les juges de première instance ont fourni une relation correcte des faits et une analyse détaillée des témoignages recueillis, relation de faits et analyse auxquelles il convient de se référer, les débats en instance d'appel n'ayant pas apporté d'éléments nouveaux par rapport à ceux soumis au tribunal en première instance.

Il faut juste rappeler plus particulièrement que PERSONNE1.) est le compagnon de longue date de la mère de PERSONNE2.), qu'il logeait à la même adresse que cette dernière au moment des faits et qu'il lui est arrivé de dormir dans la chambre d'ami qui se trouve au même étage à côté de la chambre de PERSONNE2.).

Face aux contestations de PERSONNE1.), la crédibilité des déclarations de PERSONNE2.) est à examiner.

Le tribunal a correctement développé les critères selon lesquels il y a lieu d'apprécier le témoignage ainsi que la crédibilité de PERSONNE2.) et il est renvoyé aux développements correspondants.

Tout d'abord, et à l'instar du tribunal, il faut constater que PERSONNE2.) a fourni des déclarations constantes tout au long de la procédure. Ainsi, les déclarations de celle-ci sont-elles restées les mêmes tout au long de l'enquête policière et de l'expertise de crédibilité.

Aussi, le rapport de crédibilité du 3 novembre 2018, établi par l'expert PERSONNEX), conclut-il que l'examen du dossier et de la personnalité de PERSONNE2.) n'a pas mis en évidence des éléments susceptibles de mettre en doute la crédibilité de fond des déclarations de cette dernière. Ainsi, cet expert retient-il : « Les accusations portées par Madame PERSONNE2.) à l'encontre de Monsieur PERSONNE1.) sont en général cohérentes et crédibles d'un point de vue psychologique. En ce qui concerne ses allégations en rapport avec les soi-disant rapports sexuels, leur crédibilité a pu également être démontrée. Elles se fondent sur un vécu authentique. >>.

Pour rappel la dénommée PERSONNE2.) n'a jamais été personnellement entendue par les conseillers d'appel en audience public, de sorte que leur appréciation de la crédibilité de ses déclarations en sa qualité de témoin de l'accusation est pour le moins à nuancer, et pour le surplus à contester, ce qu'entreprend le demandeur en cassation à travers le présent mémoire, marquant son profond désaccord avec les énonciations suivantes de l'arrêt de la chambre criminelle, à lire :

<< La Cour d'appel considère partant que c'est à bon droit que les juges de première instance ont tenu les déclarations de PERSONNE2.) pour crédibles et qu'ils se sont, entre autres, basé sur ces déclarations pour apprécier les infractions de viol en litige.

Quant aux infractions de viol, l'analyse par les juges de première instance des éléments constitutifs de cette infraction est correcte et il y a lieu de s'y référer.

Par ailleurs, PERSONNE2.) ayant explicitement confirmé que PERSONNE1.) l'a pénétrée vaginalement et analement et l'a forcée à lui faire une fellation, entre l'année 2012 et le 2 avril 2014, ainsi qu'entre le 3 avril 2014 et le mois de septembre 2016 à ADRESSE4.), c'est à juste titre que les juges de première instance ont retenu que l'acte matériel de pénétration sexuelle au sens de l'article 375 du Code pénal est établi à charge du prévenu.

C'est en outre à bon droit que les juges de première instance ont retenu qu'il y avait absence de consentement dans le chef de PERSONNE2.) pour les deux périodes en litige. En effet, en ce qui concerne la période de 2012 jusqu'au 2 avril 2014, celle-ci ayant été âgée au moment de ces faits de moins de seize ans accomplis, il convient de confirmer les juges de première instance en ce qu'ils ont retenu qu'il y a de manière irréfragable absence de consentement dans le chef de PERSONNE2.). Pour ce qui concerne la période infractionnelle du 3 avril 2014 au mois de septembre 2016, il y a lieu de retenir à l'instar du tribunal, sur base des déclarations de PERSONNE2.), que cette dernière se trouvait dans une situation de stress intense, qu'elle avait été forcée par PERSONNE1.), de telle sorte qu'elle était dans l'impossibilité de donner un consentement libre.

L'infraction de viol exige également une intention criminelle dans le chef de l'auteur. Cette infraction n'est constituée que si l'auteur a voulu l'acte de nature sexuelle et que s'il l'a perçu comme tel. Les juges de première instance ont à cet égard, à juste titre, considéré que l'intention coupable dans le chef de PERSONNE1.) est établie. En effet, au vu des déclarations de PERSONNE2.), cette intention ne fait pas de doute, car elle découle à suffisance du fait que PERSONNE1.) était au courant de l'âge de PERSONNE2.), ainsi que du fait que les actes ont été commis de manière cachée et de manière forcée.

De même, c'est à juste titre et pour des motifs qu'il convient d'adopter, que les juges de première instance ont retenu la circonstance aggravante prévue à l'article 377 du Code pénal, le prévenu étant une personne qui a autorité sur PERSONNE2.) dans la mesure où il était le compagnon de sa mère, c'est-à-dire dans la mesure où il était le beau-père de la victime et qu'il logeait à la même adresse que cette dernière au moment des faits.

Il s'ensuit que c'est à bon droit et pour des motifs qu'il y a lieu d'adopter, que la juridiction de première instance a retenu PERSONNE1.) dans les liens de l'infraction à l'article 375 du Code pénal et qu'elle a retenu la circonstance aggravante prévue à l'article 377 1° du même code à charge de ce dernier.

(sic !) >>>.

Or, en l'occurrence le prévenu n'a même pas eu le droit de se faire assister par un nouvel avocat en instance d'appel de sorte qu'il est vain de se pencher sur les débats ayant pu avoir lieu devant la cour, ces derniers se sont limités à l'audition de la partie civile, ensemble le réquisitoire, certainement plus sévère qu'en première instance, vu le débouté à la page 39 de l'arrêt, sans qu'aucun témoin de l'accusation ne fut entendu, de sorte que sur ce point l'arrêt pèche, et que le simple renvoi à l'appréciation des faits par les juges de première instance, ne saurait à lui tout seul constituer un facteur de contrebalance suffisant.

Partant, le demandeur en cassation, Monsieur 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° 22/22 V, du 14 juin 2022, de la chambre criminelle de la cour d'appel,

- le renvoi devant une chambre criminelle 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 6, paragraphe 1, de la Convention consacre le droit à un procès équitable.

Aux termes de l'article 6, paragraphe 3, point d), de la Convention, toute personne accusée d'une infraction a le droit d'« *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.* ».

L'article 6 de la Convention ne réglemente pas l'administration des preuves en tant que telle, matière qui relève au premier chef du droit national des Etats membres. La Convention vise à garantir que la procédure, y compris la manière dont les preuves ont été recueillies, a été équitable dans son ensemble.

L'article 6 de la Convention ne reconnaît pas à l'accusé un droit absolu d'obtenir la comparution de témoins devant un tribunal. Il incombe au juge national de décider, au vu de la motivation de la demande d'audition de témoins, si celle-ci est nécessaire ou opportune pour la manifestation de la vérité et les droits de la défense.

En l'absence de toute demande d'audition de témoins, il n'y a pas eu atteinte à l'équité globale du procès.

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

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation

rejette le pourvoi,

condamne le demandeur en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux du Ministère public étant liquidés à 10 euros.

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

Théa HARLES-WALCH, conseiller à la Cour de cassation, président,
Christiane JUNCK, conseiller à la Cour de cassation,
Agnès ZAGO, conseiller à la Cour de cassation,
Thierry HOSCHEIT, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Laure MEYER, conseiller à la Cour de cassation,

qui, à l'exception du conseiller Christiane JUNCK, qui se trouvait dans l'impossibilité de signer, ont signé le présent arrêt avec le greffier à la Cour Daniel SCHROEDER.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le conseiller Théa HARLES-WALCH en présence du premier avocat général Monique SCHMITZ et du greffier Daniel SCHROEDER.

Conclusions du Parquet Général dans le cadre du pourvoi en cassation

de PERSONNE1.),

en présence

de la partie civile PERSONNE2.)

et

du Ministère public

(Affaire numéro CAS-2022-00068 du registre)

Sur la recevabilité du pourvoi

Par déclaration faite le 12 juillet 2022 au greffe de la Cour Supérieure de Justice, Maître Roby SCHONS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, forma au nom et pour le compte de PERSONNE1.) un pourvoi en cassation au pénal et au civil contre l'arrêt n° 22/22 Crim. de la Cour d'appel, chambre criminelle, du 14 juin 2022.

Cette déclaration de recours a été suivie en date du 10 août 2022 du dépôt d'un mémoire en cassation, signé par Maître Roby SCHONS, précité, signifié antérieurement à son dépôt à la partie civile PERSONNE2.).

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt définitif rendu en matière criminelle, de sorte qu'il est susceptible de faire l'objet d'un pourvoi au regard des articles 216, 222, 407 et 416 du Code de procédure pénale.

Il respecte les conditions de recevabilité définies par les articles 41 et 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation¹.

Il en suit qu'il est recevable.

¹ Le délai du pourvoi, d'un mois, prévu par l'article 41 de la loi précitée de 1885 a été respecté, la déclaration du pourvoi, le 12 juillet 2022, contre un arrêt réputé contradictoire au sens de l'article 185, paragraphe 2bis, prononcé le 14 juin 2022, ayant eu lieu moins d'un mois après la date du prononcé de l'arrêt attaqué. Le délai du dépôt du mémoire, d'un mois, prévu par l'article 43, alinéa 1, de la même loi a de même été respecté, le mémoire ayant été déposé le 10 août 2022, donc dans le mois de la date de la déclaration de pourvoi (du 12 juillet 2022). Le mémoire de la partie condamnée et défenderesse au civil a été signifié, conformément à l'article 43, alinéa 2, de la loi précitée, à la partie civile antérieurement à son dépôt. Le mémoire a été, conformément à l'article 43, alinéa 1, précité, signé par un avocat à la Cour, il précise les dispositions attaquées et contient les moyens de cassation.

Sur les faits

Il résulte de l'arrêt attaqué que PERSONNE1.) a été condamné par la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour viols sur enfant de moins de seize ans par une personne ayant autorité sur la victime et pour viols par une personne ayant autorité sur la victime à une peine de réclusion de douze ans dont sept ans avec sursis et, au civil, au paiement de dommages-intérêts. Sur appels du prévenu, du Ministère public et de la partie civile, la Cour d'appel confirma le jugement entrepris.

Sur le premier moyen de cassation

Le premier moyen de cassation est tiré de la violation des articles 3-6, paragraphes 1 et 2, 185, paragraphes 2, 2bis et 4, du Code de procédure pénale et 6, paragraphes 1 et 3, c), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que la chambre criminelle de la Cour d'appel refusa, à l'audience du 27 mai 2022, de faire droit à une seconde demande de remise du demandeur en cassation, constata que ce dernier et son défenseur refusèrent de comparaître sans fournir une excuse valable et rendit un arrêt réputé contradictoire, aux motifs que « *En vertu de ces appels et par citation du 5 octobre 2021, les parties furent régulièrement requises de comparaître à l'audience publique du 8 février 2022 devant la Cour d'appel de Luxembourg, chambre criminelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés. A cette audience, l'affaire a été remise contradictoirement à l'audience publique du 27 mai 2022. A cette dernière audience, le prévenu et défendeur au civil PERSONNE1.) bien que régulièrement convoqué, ne fut ni présent, ni représenté. [...] A l'audience de la Cour d'appel du 27 mai 2022, le mandataire de PERSONNE1.) a formulé une demande pour une deuxième remise de la présente affaire. A l'appui de sa demande de remise, il fait valoir qu'il a été dans l'impossibilité de préparer la défense de son mandant étant donné qu'il doit répondre « aux conclusions du Gouvernement dans le cadre d'un recours devant la Cour Européenne des Droits de l'homme » dans une autre affaire. Le représentant du ministère public rappelle qu'il s'agit de la deuxième demande de remise et que le mandataire du prévenu a eu depuis le mois de février 2022, largement le temps de préparer la défense de son mandant. Il s'oppose partant formellement à une deuxième remise de l'affaire et demande à la Cour d'appel de statuer par un arrêt réputé contradictoire, la citation à comparaître ayant été notifiée à la personne du prévenu. A cette même audience, le mandataire de la demanderesse au civil s'est à son tour formellement opposé à cette deuxième demande de remise. Ensuite, le mandataire de PERSONNE1.) déclare déposer son mandat. Quant au prévenu, celui-ci déclare vouloir ne pas comparaître sans son avocat et quitte la salle d'audience. L'article 185, paragraphe 2 du Code de procédure pénale dispose que si le prévenu ne comparait pas en personne ou ne charge pas un avocat de présenter ses moyens de défense, sans fournir une excuse valable, il sera jugé par défaut. Quant à l'article 185, paragraphe 2 bis, tel qu'introduit par la loi du 10 août 2018 portant modification du Code de procédure pénale, celui-ci dispose que lorsque la citation a été notifiée à la personne du prévenu, le jugement sera réputé contradictoire. La Cour d'appel constate que sans fournir une excuse valable ni le prévenu PERSONNE1.), ni son avocat ne comparaissent à cette audience de la Cour d'appel du 27 mai 2022, fixée contradictoirement pour plaidoiries. La Cour d'appel constate en outre que le prévenu a personnellement réceptionné la citation du 5 octobre 2021 le 25 octobre 2021, de sorte que l'arrêt à rendre sera réputé contradictoire à son encontre.»², alors que, principalement, le demandeur jouit, sur base de l'article 3-6, paragraphe 1, du Code de*

² Arrêt attaqué, page 31, deuxième au quatrième alinéa, et page 32, quatrième au dernier alinéa.

procédure pénale, du droit de se faire assister d'un avocat et que, dans les circonstances de l'espèce, la Présidente de la juridiction de fond aurait dû choisir et désigner d'office un avocat sur base de l'article 3-6, paragraphe 2, du Code de procédure pénale, choisi sur les listes de permanence établies par le Bâtonnier en vertu de l'article 37, paragraphe 4, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, que, subsidiativement, la Cour d'appel aurait dû ordonner, sur base de l'article 185, paragraphe 4, du Code de procédure pénale, la comparution en personne du demandeur en cassation, que, plus subsidiativement, le demandeur en cassation avait comparu, avait chargé un avocat de sa défense et pouvait se prévaloir d'une excuse valable de ne pas être jugé en raison du dépôt du mandat par son avocat consécutif au refus par la Cour d'appel d'admettre comme cause d'excuse valable celle invoquée par cet avocat pour justifier une demande de remise, de sorte que la Cour d'appel a mal appliqué les articles 185, paragraphes 2 et 2bis, du Code de procédure pénale et que, encore plus subsidiativement, les droits du demandeur au titre des articles 6, paragraphe 1, et 6, paragraphe 3, c), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont été méconnus, le demandeur en cassation n'ayant pas été assisté d'un avocat.

L'article 185 du Code de procédure pénale dispose que :

« Art. 185.

(1) Le prévenu régulièrement cité doit comparaître, à moins qu'il ne fournisse une excuse dont la validité est appréciée par le tribunal.

Le prévenu comparaitra en personne.

Si le prévenu ne comparait pas en personne, un avocat pourra présenter ses moyens de défense.

Dans les deux hypothèses, il sera jugé par jugement contradictoire.

(2) Si le prévenu ne comparait pas en personne ou ne charge pas un avocat de présenter ses moyens de défense, sans fournir une excuse valable, il sera jugé par défaut.

(2bis) Lorsque la citation a été notifiée à la personne du prévenu, le jugement du tribunal sera réputé contradictoire.

(3) Si le prévenu, après avoir comparu à l'audience d'introduction, conformément au paragraphe 1er, ne comparait plus en personne ou ne charge plus un avocat de présenter ses moyens de défense, la décision à intervenir est réputée contradictoire.

(4) Le tribunal peut ordonner par un jugement non susceptible de recours la comparution en personne. Ce jugement est signifié au prévenu à la requête du ministère public, en annexe à la nouvelle citation.

Si le prévenu ne donne pas suite à la citation à comparaître, un avocat pourra présenter ses moyens de défense. La décision à intervenir est contradictoire.

Si le prévenu ne comparait pas en personne ou ne charge pas un avocat de présenter ses moyens de défense, la décision à intervenir est réputée contradictoire. ».

Le droit du prévenu à l'assistance d'un avocat est régi par l'article 3-6 du Code de procédure pénale, qui dispose notamment que :

« **Art. 3-6.**

(1) A droit de se faire assister d'un avocat :

[...]

10. le prévenu ;

[...]

(2) Si l'avocat désigné par les personnes visées au paragraphe 1 ne peut être contacté ou refuse de les assister ou si elles ne peuvent désigner un avocat, l'avocat est, sans retard indu, choisi et désigné d'office par l'officier de police judiciaire, le ministère public, le juge d'instruction ou le président de la juridiction d'instruction ou de fond sur base de listes de permanence établies par le Bâtonnier à disposition des cabinets d'instruction, des Parquets ainsi que de la Police grand-ducale en vertu de l'article 37, paragraphe 4, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

[...] ».

L'article 37, paragraphe 4, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, auquel il est renvoyé par l'article 3-6, paragraphe 2, du Code de procédure pénale, dispose que :

« **Art. 37.**

[...]

(4) Si, en application de l'article 3-6 du Code de procédure pénale une partie ne trouve pas de défenseur, l'avocat est choisi et désigné d'office sur base des listes de permanence à disposition des cabinets d'instruction, des Parquets ainsi que de la Police grand-ducale, listes établies par le Bâtonnier. Si les conditions légales prévues pour l'attribution de l'assistance judiciaire sont remplies dans le chef de la personne concernée, les indemnités de l'avocat sont à charge de l'Etat.

L'avocat figurant sur cette liste ne peut pas refuser son ministère sans motif valable. ».

La Cour d'appel a, en l'espèce, rendu à l'encontre du demandeur en cassation un arrêt réputé contradictoire au sens de l'article 185, paragraphe 2bis, précité du Code de procédure pénale aux motifs que :

« En vertu de ces appels et par citation du 5 octobre 2021, les parties furent régulièrement requises de comparaître à l'audience publique du 8 février 2022 devant la Cour d'appel de Luxembourg, chambre criminelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience, l'affaire a été remise contradictoirement à l'audience publique du 27 mai 2022.

A cette dernière audience, le prévenu et défendeur au civil PERSONNE1.) bien que régulièrement convoqué, ne fut ni présent, ni représenté.

[...]

A l'audience de la Cour d'appel du 27 mai 2022, le mandataire de PERSONNE1.) a formulé une demande pour une deuxième remise de la présente affaire.

A l'appui de sa demande de remise, il fait valoir qu'il a été dans l'impossibilité de préparer la défense de son mandant étant donné qu'il doit répondre « aux conclusions du Gouvernement dans le cadre d'un recours devant la Cour Européenne des Droits de l'homme » dans une autre affaire.

Le représentant du ministère public rappelle qu'il s'agit de la deuxième demande de remise et que le mandataire du prévenu a eu depuis le mois de février 2022, largement le temps de préparer la défense de son mandant. Il s'oppose partant formellement à une deuxième remise de l'affaire et demande à la Cour d'appel de statuer par un arrêt réputé contradictoire, la citation à comparaître ayant été notifiée à la personne du prévenu.

A cette même audience, le mandataire de la demanderesse au civil s'est à son tour formellement opposé à cette deuxième demande de remise.

Ensuite, le mandataire de PERSONNE1.) déclare déposer son mandat. Quant au prévenu, celui-ci déclare vouloir ne pas comparaître sans son avocat et quitte la salle d'audience.

L'article 185, paragraphe 2 du Code de procédure pénale dispose que si le prévenu ne comparait pas en personne ou ne charge pas un avocat de présenter ses moyens de défense, sans fournir une excuse valable, il sera jugé par défaut. Quant à l'article 185, paragraphe 2 bis, tel qu'introduit par la loi du 10 août 2018 portant modification du Code de procédure pénale, celui-ci dispose que lorsque la citation a été notifiée à la personne du prévenu, le jugement sera réputé contradictoire.

La Cour d'appel constate que sans fournir une excuse valable ni le prévenu PERSONNE1.), ni son avocat ne comparaissent à cette audience de la Cour d'appel du 27 mai 2022, fixée contradictoirement pour plaidoiries.

La Cour d'appel constate en outre que le prévenu a personnellement réceptionné la citation du 5 octobre 2021 le 25 octobre 2021, de sorte que l'arrêt à rendre sera réputé contradictoire à son encontre. »³.

Le demandeur en cassation critique cette décision en considérant :

- que la Présidente de la juridiction de fond aurait dû choisir et désigner d'office un avocat, sur base de l'article 3-6, paragraphe 2, du Code de procédure pénale, choisi sur

³ Idem et loc.cit.

les listes de permanence établies par le Bâtonnier en vertu de l'article 37, paragraphe 4, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat (branche principale),

- sinon que la Cour d'appel aurait dû ordonner, sur base de l'article 185, paragraphe 4, du Code de procédure pénale, la comparution en personne du demandeur en cassation (branche subsidiaire),
- sinon que c'est à tort que la Cour d'appel, après avoir refusé d'admettre comme cause d'excuse valable le motif pour lequel l'avocat du demandeur en cassation avait demandé la remise de l'affaire, a omis de qualifier comme cause d'excuse valable la décision de l'avocat de déposer, à la suite de ce refus, le mandat, ce qui constituerait une mauvaise application des articles 185, paragraphes 2 et 2bis, du Code de procédure pénale (branche plus subsidiaire),
- sinon que la Cour d'appel a ainsi méconnu les droits de la défense du demandeur en cassation au titre des articles 6, paragraphe 1, et 6, paragraphe 3, c), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (branche encore plus subsidiaire).

Sur la branche principale du moyen

Dans la branche principale du moyen, le demandeur en cassation critique que la Présidente de la juridiction de fond aurait dû choisir et désigner d'office un avocat sur base de l'article 3-6, paragraphe 2, du Code de procédure pénale.

L'article 185 du Code de procédure pénale dispose, dans son paragraphe 1, que le « [l]e prévenu régulièrement cité doit comparaître, à moins qu'il ne fournisse une excuse dont la validité est appréciée par le tribunal », dans son paragraphe 2, que « [s]i le prévenu ne comparaît pas en personne ou ne charge pas un avocat de présenter ses moyens de défense, sans fournir une excuse valable, il sera jugé par défaut » et, dans son paragraphe 2bis, que « [l]orsque la citation a été notifiée à la personne du prévenu, le jugement du tribunal sera réputé contradictoire ».

Il en suit que la méconnaissance de l'obligation de comparaître par un refus délibéré de comparution entraîne le jugement par défaut ou, en cas notification de la citation à personne, le jugement réputé contradictoire du prévenu.

En l'espèce, il résulte des constatations de fait de l'arrêt attaqué que, par suite du refus de la Cour d'appel d'admettre la cause d'excuse invoquée par l'avocat du demandeur en cassation aux fins de reporter l'audience⁴, « le mandataire de PERSONNE1.) déclar[a] déposer son mandat. Quant au prévenu, celui-ci déclar[a] vouloir ne pas comparaître sans son avocat et quitt[a] la salle d'audience. »⁵.

Le prévenu, en quittant la salle d'audience, refusa délibérément de comparaître

⁴ La Cour d'appel « constate que sans fournir une excuse valable ni le prévenu [...], ni son avocat ne comparaissent à cette audience de la Cour d'appel du 27 mai 2022, fixée contradictoirement pour plaidoiries » (idem, même page, avant-dernier alinéa). Elle refusa donc d'admettre le motif de report de l'audience comme excuse valable au sens de l'article, paragraphes 1 et 2, du Code de procédure pénale.

⁵ Idem, page 32, huitième alinéa.

C'est dès lors dans le respect de la loi que la Cour d'appel, tirant les conséquences de ce refus délibéré de comparution, prit l'affaire par défaut.

Cette conclusion n'est pas remise en cause par la circonstance que le refus délibéré de comparution était la conséquence de la déclaration de l'avocat du prévenu de déposer son mandat en réaction au refus par la Cour d'appel d'admettre un nouveau report de l'affaire et, de toute vraisemblance, dans le but plausible de déjouer ce refus en tentant de forcer la main à la Cour d'appel en l'obligeant de revenir à sa décision et d'imposer ainsi un nouveau report de l'affaire, dépourvu, suivant l'appréciation de la Cour d'appel, de toute justification valable.

Le moyen fait de ce point de vue soutenir que le refus délibéré du prévenu de comparaître en quittant la salle d'audience était inspiré par la crainte de devoir comparaître sans l'assistance d'un avocat et que la Cour d'appel aurait dû prendre en considération cette crainte en désignant d'office au prévenu un nouvel avocat choisi, en application de l'article 3-6, paragraphe 2, du Code de procédure pénale, ensemble avec l'article 37, paragraphe 4, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, « *sur base de listes de permanence établies par le Bâtonnier* »⁶.

Le moyen méconnaît que, avant de quitter la salle d'audience, le prévenu n'avait, suivant les constatations de fait de l'arrêt, pas exprimé une telle crainte ou demandé à la Cour d'appel de lui désigner un nouvel avocat. Il résulte, tout au contraire, des constatations de l'arrêt, que le prévenu « *déclar[a] vouloir ne pas comparaître sans son avocat* »⁷ et que, ainsi compris, c'était pour empêcher d'être défendu par quiconque d'autre que ce dernier qu'il « *quitt[a] la salle d'audience* ».

Il résulte donc des constatations de fait de l'arrêt que le prévenu non seulement n'envisagea pas la désignation d'un nouvel avocat et, en quittant la salle d'audience, coupa court à toute discussion sur cette question et priva la Cour d'appel de toute possibilité de soulever celle-ci d'office en sa présence, mais quitta la salle d'audience dans l'intention d'éviter de devoir comparaître, non pas sans avocat, mais « *sans son avocat* »⁸.

Dans ces circonstances le prévenu exprima de façon non équivoque son refus de se faire assister d'un avocat différent de celui qu'il avait mandaté et qui continue d'ailleurs de l'assister à l'occasion du présent pourvoi.

Il ne saurait dès lors être reproché à la Cour d'appel de s'être abstenue d'imposer au prévenu, contre la volonté exprimée par ce dernier, un nouvel avocat par une désignation d'office d'un nouvel avocat « *sur base de listes de permanence établies par le Bâtonnier* »⁹ en application de l'article 3-6, paragraphe 2, du Code de procédure pénale, ensemble avec l'article 37, paragraphe 4, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

Il en suit que la branche principale du moyen n'est pas fondée.

⁶ Article 3-6, paragraphe 2, du Code de procédure pénale.

⁷ Arrêt attaqué, page 32, huitième alinéa (c'est nous qui soulignons).

⁸ Idem et loc.cit.

⁹ Article 3-6, paragraphe 2, du Code de procédure pénale.

Sur la branche subsidiaire du moyen

Le prévenu fait soutenir à titre subsidiaire que la Cour d'appel aurait dû ordonner sa comparution en personne sur base de l'article 185, paragraphe 4, du Code de procédure pénale.

Cette disposition confère à la juridiction une faculté¹⁰ d'obliger un prévenu de comparaître en personne ou de charger un avocat de présenter ses moyens de défense et, à défaut, de rendre à son égard un jugement réputé contradictoire.

Elle résulte d'une loi du 27 juin 2008, qui a réformé l'article 185 du Code de procédure pénale¹¹. Dans le cadre de cette réforme le législateur avait introduit la possibilité pour le prévenu, au lieu de devoir nécessairement comparaître en personne, de charger un avocat pour présenter ses moyens de défense, hypothèse dans laquelle le jugement rendu est contradictoire¹². Aux fins de conférer néanmoins aux juridictions la possibilité de s'assurer la présence personnelle du prévenu dans les cas dans lesquels elles considèrent qu'une comparution personnelle est nécessaire pour rendre leur jugement, le législateur a prévu que « [l]e tribunal peut ordonner la comparution en personne du prévenu en vertu du paragraphe (4) »¹³. Cette faculté a donc été introduite aux fins de corriger, si nécessaire, « [l]a décision du prévenu de ne pas comparaître, mais de charger un avocat de la défense de ses moyens »¹⁴, étant précisé que, dans l'intention du législateur, « les tribunaux correctionnels ne devraient désormais ordonner la comparution personnelle que dans des situations exceptionnelles »¹⁵. Le paragraphe 4 de l'article 185 constitue donc un correctif exceptionnel à disposition des juridictions aux fins de s'assurer de la présence personnelle d'un prévenu ayant opté pour se faire représenter par un avocat.

En l'espèce, le prévenu comparut en personne à l'audience et ne chargea pas un avocat de le représenter. La disposition visée était dès lors inapplicable en cause.

Il en suit que la branche subsidiaire du moyen n'est pas fondée.

Sur la branche plus subsidiaire du moyen

Dans la branche plus subsidiaire du moyen le prévenu fait soutenir que c'est à tort que la Cour d'appel, après avoir refusé d'admettre comme cause d'excuse valable le motif pour lequel son avocat avait demandé la remise de l'affaire, a omis de qualifier comme cause d'excuse valable la décision consécutive de l'avocat de déposer, à la suite de ce refus, le mandat, ce qui constituerait une mauvaise application des articles 185, paragraphes 2 et 2bis, du Code de procédure pénale.

¹⁰ « Le tribunal peut ordonner [...] » (Article 185, paragraphe 4, alinéa 1, première phrase, du Code de procédure pénale).

¹¹ Loi du 27 juin 2008 portant modification des articles 116, 126, 127, 152, 185, 188, 620 et 621 du Code d'instruction criminelle et abrogation de l'article 186 dudit Code (Mémorial, A, n° 97, du 9 juillet 2008, page 1294).

¹² Article 185, paragraphe 1, du Code de procédure pénale : « [...] Le prévenu comparaitra en personne. Si le prévenu ne comparait pas en personne, un avocat pourra présenter ses moyens de défense. Dans les deux hypothèses, il sera jugé par un jugement contradictoire ».

¹³ Rapport de la Commission juridique de la Chambre des députés sur le projet de loi n° 5597, ayant donné lieu la loi précitée du 27 juin 2008 (Document parlementaire n° 5597-6), page 7, sixième alinéa.

¹⁴ Idem, même page, septième alinéa.

¹⁵ Idem, même page, huitième alinéa.

L'article 185 du Code de procédure pénale impose au prévenu l'obligation de comparaître, en personne ou en chargeant un avocat de le représenter, « à moins qu'il ne fournisse une excuse dont la validité est appréciée par le tribunal »¹⁶. Suivant les travaux préparatoires de cette disposition « il appartient aux juridictions d'apprécier le bien-fondé de l'excuse »¹⁷. « [L]es juges d'appel [...] apprécient souverainement la question de savoir si les raisons invoquées par le [prévenu] pour justifier son absence à l'audience constituent une excuse valable »¹⁸.

Il a été vu ci-avant, dans le cadre de la discussion de la branche principale du moyen, que, suivant les constatations de fait de l'arrêt, le prévenu, après avoir comparu, avait, suite à l'annonce faite par son avocat de déposer le mandat en raison du refus par la Cour d'appel d'admettre le caractère justifié du motif de nouveau report de l'affaire invoqué par ce dernier, quitté la salle d'audience en déclarant ne pas vouloir « *comparaître sans son avocat* »¹⁹, ce qui amena la Cour d'appel à conclure que le prévenu ne comparaisait pas à l'audience « *sans fournir une excuse valable* »²⁰.

Par le grief tiré de la violation des dispositions visées, la branche plus subsidiaire du moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant votre Cour l'appréciation par la Cour d'appel de la question de savoir si les raisons invoquées par le prévenu pour justifier son absence à l'audience constituent une excuse valable, question qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et échappe à votre contrôle.

Il en suit, à titre principal, que cette branche ne saurait être accueillie.

Dans un ordre subsidiaire il est à observer que, en retenant le caractère non justifié du motif de non-comparution du prévenu, tiré de ce que son avocat venait de déposer son mandat parce que la Cour d'appel avait refusé de considérer comme excuse valable le motif de report invoqué par ce dernier et qu'il ne voulait pas comparaître sans son avocat, alors que, au lieu de permettre une discussion contradictoire sur les suites à donner à l'affaire dans ces circonstances, notamment au sujet de la nomination d'un éventuel nouvel avocat, il mit la Cour d'appel devant le fait accompli en quittant la salle d'audience, que l'affaire avait déjà connu une précédente remise, que les parties adverses, dont la victime des crimes reprochés au prévenu, s'opposèrent formellement à toute nouvelle remise et que le motif invoqué par l'avocat du prévenu pour justifier le nouveau report de l'affaire et, suite au refus de ce motif par la Cour d'appel, le dépôt du mandat – consistant à alléguer une impossibilité de préparer l'affaire, qui avait été contradictoirement fixée le 8 février 2022 à l'audience du 27 mai 2022, en vue de rédiger un corps de conclusions dans une affaire – ne pouvaient être qualifiés de causes d'excuse valable de non-comparution, la Cour d'appel a correctement et sans insuffisance de motifs de fait appliqué les dispositions légales visées.

Il en suit, à titre subsidiaire, que la branche plus subsidiaire du moyen n'est pas fondée.

¹⁶ Article 185, paragraphe 1, alinéa 1, du Code de procédure pénale.

¹⁷ Document parlementaire n° 5597-6, précité, page 6, sous « Article 5 », troisième alinéa.

¹⁸ Cour de cassation, 18 juin 2020, n° 86/2020 pénal, numéro CAS-2019-00121 du registre (réponse au premier moyen).

¹⁹ Arrêt attaqué, page 32, huitième alinéa.

²⁰ Idem, même page, avant-dernier alinéa.

Sur la branche encore plus subsidiaire du moyen

Dans la branche encore plus subsidiaire du moyen, le prévenu fait soutenir que la Cour d'appel a méconnu ses droits de la défense au titre des articles 6, paragraphe 1, et 6, paragraphe 3, c), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable²¹. Ce droit implique, en principe, celui à l'avocat de son choix²². Ce droit n'est toutefois pas absolu et les juridictions nationales peuvent passer outre s'il existe des motifs pertinents et suffisants de juger que les intérêts de la justice le commandent²³. Le prévenu est, en outre, en droit de renoncer au droit d'accès à un avocat, à condition que cette renonciation soit consciente et éclairée²⁴.

Par ailleurs, s'agissant de la question connexe de la présence de l'accusé à l'audience, une audience peut avoir lieu en l'absence de l'accusé si celui-ci a renoncé à son droit d'y assister, pareille renonciation pouvant être expresse ou tacite en fonction du comportement de l'accusé, par exemple s'il cherche à se soustraire à la justice²⁵. De ce point de vue la comparution personnelle du prévenu ne revêt pas la même importance décisive en appel qu'au premier degré²⁶. Il importe de s'attacher notamment au point de savoir si la juridiction d'appel a, ou non, rendu une décision plus défavorable que celle des juges de première instance, par exemple en infirmant un acquittement²⁷.

Le cas d'espèce se caractérisa par plusieurs éléments :

- le prévenu, qui, nonobstant la nature criminelle des faits lui reprochés, ne se trouva pas en détention préventive, demanda, à la suite de son appel contre le jugement de première instance, contre l'opposition formelle de la victime et du Ministère public, une deuxième remise consécutive de l'audience de plaidoiries,
- l'article 185 du Code de procédure pénale impose au prévenu l'obligation de comparaître « *à moins qu'il ne fournisse une excuse dont la validité est appréciée par le tribunal* », sous peine de la sanction de voir l'arrêt rendu par défaut avec néanmoins possibilité de former opposition ou si, comme en l'espèce, la citation a été notifiée à la personne du prévenu, de voir l'arrêt rendu avec effet contradictoire,
- à l'appui de sa deuxième demande de remise l'avocat du prévenu invoqua un motif de convenance personnelle tiré d'une surcharge de travail à laquelle la Cour d'appel dénia tout caractère d'excuse valable,
- confronté au refus d'admission de ce motif de remise, l'avocat du prévenu déclara le dépôt de son mandat,

²¹ Cour européenne des droits de l'homme, Guide sur l'article 6 (volet pénal), mis à jour au 31 août 2022, [Guide sur l'article 6 - Droit à un procès équitable \(volet pénal\) \(coe.int\)](#) (consulté le 17 février 2023), n° 450, page 87, et les références y citées.

²² Idem, n° 476, page 92, et les références y citées.

²³ Idem, n° 477, page 92, et les références y citées.

²⁴ Idem, n° 471, page 91.

²⁵ Idem, n° 290, page 60.

²⁶ Idem, n° 298, page 61.

²⁷ Idem, n° 302, page 62.

- le prévenu quitta la salle d'audience tout en déclarant ne pas vouloir comparaître « *sans son avocat* »²⁸, donc en déclarant ne pas vouloir être défendu par tout défenseur autre que son avocat,
- il refusa ainsi la nomination d'office de tout autre avocat et, en quittant la salle d'audience, empêcha toute discussion contradictoire sur cette question,
- la Cour d'appel dénia à cette non-comparution, consécutive au fait pour le prévenu de quitter la salle d'audience, tout caractère d'excuse valable et rendit un arrêt avec effet contradictoire,
- elle se limita à confirmer le jugement entrepris et maintint, nonobstant des conclusions contraires du Ministère public²⁹, en faveur du prévenu le bénéfice d'un sursis partiel³⁰, qui lui avait été accordé par les juges de première instance³¹.

Il en résulte que suite à la déclaration de dépôt de mandat de son avocat, consécutive au refus par la Cour d'appel de reporter une nouvelle fois l'audience pour le motif de convenance personnelle invoqué par l'avocat et jugé non sérieux par la Cour d'appel, le prévenu quitta la salle d'audience tout en déclarant ne pas vouloir comparaître « *sans son avocat* »³², de sorte que, nonobstant son obligation légale de comparution, il refusa de comparaître, donc empêcha par le fait accompli toute possibilité pour la Cour d'appel de discuter avec lui :

- sur la question de son assistance par un défenseur dans ces circonstances nouvelles, dans un contexte d'obligation légale de comparution et d'une affaire ayant déjà connu une précédente remise, impliquant la présence d'une victime de graves et multiples atteintes volontaires à l'intégrité physique s'étant constituée partie civile, et
- sur celle d'un remplacement de son défenseur, qui venait de l'abandonner, par un nouveau défenseur éventuellement désigné d'office.

Dans ces circonstances, la Cour d'appel ne saurait se voir reprocher d'avoir méconnu les dispositions visées, en refusant d'admettre que le refus délibéré de comparution par le prévenu, caractérisé par le fait de quitter la salle d'audience, était justifié par une cause d'excuse valable et en s'abstenant de nommer, contre la volonté déclarée du prévenu, un avocat différent de celui qui venait de déposer son mandat. Il en est ainsi d'autant moins que la Cour d'appel prit, nonobstant les conclusions contraires du Ministère public, soin de ne pas alourdir la peine du prévenu.

Il en suit que la branche encore plus subsidiaire du moyen n'est pas non plus fondée.

Conclusion

Le premier moyen n'est pas fondé.

²⁸ Arrêt attaqué, page 32, huitième alinéa.

²⁹ Idem, page 24, antépénultième alinéa.

³⁰ Idem, page 38, sixième alinéa.

³¹ Idem, page 25, dernier alinéa (le sursis partiel avait été retenu par les juges de première instance en raison de l'absence d'antécédents judiciaires du prévenu).

³² Idem, page 32, huitième alinéa.

Sur le deuxième moyen de cassation

Le deuxième moyen de cassation est tiré de la violation des articles 3-6, paragraphes 1 et 2, 185, paragraphes 2, *2bis* et 4, du Code de procédure pénale et 6, paragraphes 1 et 3, c), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que le Parquet général omit de convoquer à l'audience, comme le demandeur en cassation l'avait demandé, les témoins à charge entendus en première instance et que la Cour d'appel a rendu son arrêt sans entendre ces témoins, alors que les articles 210 et 211 du Code de procédure pénale, qui opèrent un renvoi à l'article 190-1, paragraphe 3, du Code de procédure pénale, obligeaient la Cour d'appel d'entendre des témoins.

L'article 210 du Code de procédure pénale, tel qu'il a été modifié par l'article 15 de la loi du 9 décembre 2021 portant modification du Code de procédure pénale³³, applicable à l'occasion de la tenue de l'audience de la Cour d'appel, qui a eu lieu postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi³⁴, à savoir le 27 mai 2022³⁵, 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 ».

L'ordre de la parole des parties auquel il est ainsi renvoyé est celui prévu par l'article 190-1, paragraphe 4, du Code de procédure pénale, qui a également été adopté sous cette forme modifiée par la loi précitée du 9 décembre 2021 :

« Art. 190-1. [...]

(4) L'instruction à l'audience terminée, la partie 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.

[...] ».

Le demandeur en cassation critique que la Cour d'appel a omis de procéder à l'audition de témoins, ce qui méconnaît l'article 190-1 du Code de procédure pénale, auquel renvoie l'article 210 de ce Code.

Cette critique procède d'une mauvaise lecture de la loi.

L'article 210 ne renvoie, en effet, à l'article 190-1 que pour déterminer la forme et l'ordre de la prise de parole des parties autres que l'appelant principal, donc, selon les cas, le prévenu, le Ministère public ou la partie civile : *« ensuite les autres parties ont la parole dans la forme et*

³³ Mémorial, A, 2021, n° 861 du 10 décembre 2021.

³⁴ La loi nouvelle, qui n'a pas fixé un autre délai d'entrée en vigueur, est entrée en vigueur conformément à l'article 4 de la loi du 23 décembre 2016 concernant le Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg (Mémorial, A, 2016, n° 309 du 28 décembre 2016, page 6460), le quatrième jour qui suivait celui de sa publication au Mémorial, intervenue le 10 décembre 2021, de sorte que la loi est entrée en vigueur le 14 décembre 2021.

³⁵ Voir l'arrêt attaqué, page 31, troisième alinéa. Les lois de procédure pénale ont, en règle, un effet immédiat, donc s'appliquent immédiatement aux procédures en cours (Franklin KUTY, Principes généraux du droit pénal belge, Tome I, La loi pénale, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2018, n° 498, page 353).

dans l'ordre prescrits par l'article 190-1 ». Cet ordre de parole est défini par le paragraphe 4 de l'article 190-1. L'audition des témoins, qui ne sont pas des parties, prévue par le paragraphe 3 de l'article précité, est étrangère à ce renvoi. La procédure devant la Cour d'appel ne comporte donc pas l'audition de témoins. Celle-ci peut certes être demandée par les parties et ordonnée par la Cour d'appel. Elle n'a cependant, contrairement à la procédure suivie en première instance, pas lieu d'office. Vous avez confirmé cette analyse dans votre arrêt n° 145/2022 pénal, numéro CAS-2022-00027 du registre, du 1^{er} décembre 2012, précisant, en réponse à un moyen similaire relatif à une procédure d'appel sous l'empire de la loi du 9 décembre 2021, qu'aucune prescription légale n'oblige la Cour d'appel à réentendre les témoins entendus en première instance³⁶.

Il en suit que le deuxième moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Le troisième moyen de cassation est tiré de la violation des articles 6, paragraphes 1 et 3, d), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que le Parquet général omit de convoquer à l'audience, comme le demandeur en cassation l'avait demandé, les témoins à charge entendus en première instance et que la Cour d'appel a rendu son arrêt sans entendre ces témoins, alors que les dispositions visées conféraient au demandeur en cassation le droit de confronter les témoins de l'accusation, sur les déclarations desquelles sa condamnation a été fondée, de sorte que le refus d'audition de ces témoins en appel a rendu le procès inéquitable dans son intégralité.

Le prévenu reproche à la Cour d'appel d'avoir omis de réentendre les témoins à charge, déjà entendus en première instance.

Conformément à votre jurisprudence, aucune prescription légale n'oblige la Cour d'appel à réentendre les témoins entendus en première instance³⁷.

Conformément aux règles de procédure applicables il appartient aux parties qui souhaitent voir ordonner des mesures d'instruction par la Cour d'appel, telle l'audition de témoins, de saisir celle-ci d'une demande à cette fin et de lui permettre ainsi de statuer sur cette demande³⁸. Or, le prévenu, en omettant de comparaître, a, en l'espèce, omis de saisir la Cour d'appel d'une telle demande. Il ne saurait dès lors reprocher à celle-ci d'avoir omis de décider d'une demande dont il ne l'a pas saisie. Ayant, par le fait de quitter la salle d'audience, décidé de ne pas participer à l'audience de la Cour d'appel, il ne saurait, de surcroît, reprocher à celle-ci de l'avoir privé de la possibilité de confronter les témoins à charge.

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

³⁶ Réponse au troisième moyen.

³⁷ Arrêt précité, réponse au troisième moyen.

³⁸ Voir, à titre d'illustration: Cour d'appel, dixième chambre, 24 octobre 2012, n° 472/12 X (page 15) ; Cour d'appel, chambre criminelle, 17 décembre 2014, n° 45/14 Ch.Crim (page 36); Cour d'appel, dixième chambre, 18 novembre 2015, n° 511/15 X (page 9) ; idem, 15 mars 2017, n° 117/17 X (page 11).

Conclusion :

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

Pour le Procureur général d'Etat
Le Procureur général d'Etat adjoint

John PETRY