Le double degré de juridiction en matière pénale, réalité ou leurre ?

par André Elvinger
avocat à la Cour
Elvinger, Hoss & Prussen

©Elvinger, Hoss & Prussen

Sommaire

nos

Les textes internationaux……... 1 - 4

Le droit interne luxembourgeois……... 5 - 9

Le problème de l'évocation……. 10 - 11

La Cour de cassation ne peut pas être considérée comme un deuxième degré de juridiction…… 12 - 16

La jurisprudence luxembourgeoise sur l'évocation…….17 - 20

La législation et la jurisprudence belges……..21 - 29

La législation et la jurisprudence françaises……30 - 33

Conclusion…….. 34

I. Les textes internationaux.

1. Le droit au double degré de juridiction n'est pas un droit qui figurerait dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la « *Convention* ») telle que signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée, quant au Luxembourg, par la loi du 29 août 1953[1]. Selon certains, ce droit y aurait été « *oublié* »[2]. L'article 6 de la Convention proclame bien le droit à un procès équitable tant en matière civile qu'en droit pénal, mais ne mentionne pas, fût-ce en matière pénale, un droit à un double degré de juridiction.

2. Par contre, le Pacte relatif aux droits civils et politiques (ci-après le « *Pacte* »), adopté par l'assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976 et ratifié, quant au Luxembourg, par la loi du 3 juin 1983, dispose à son article 14, paragraphe 5 que: « *Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi* ».

3. La Convention a emboîté le pas au Pacte par son Protocole no 7 (ci-après le « *Protocole no 7* ») fait à Strasbourg le 22 novembre 1984 et approuvé, quant au Luxembourg, par la loi du 27 février 1989. L'article 2 de ce Protocole dispose, en son premier paragraphe que : « *Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi* ». Le paragraphe 2 de cet article 2 ajoute toutefois que « *ce droit peut faire l'objet d'exceptions pour des infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi, ou lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son acquittement* ».

On aura noté que ce paragraphe rend le Protocole no 7 plus restrictif que celui, antérieur en date, de l'article 14, paragraphe 5 du Pacte. Aussi la formule très générale

---

[1] Dean Spielmann, Le droit au double degré de juridiction en matière pénale dans le système européen de protection des droits de l'homme (Bulletin du Cercle François Laurent, I, 1991, p.2)

[2] Commentaire article par article de la Convention européenne des droits de l'homme, dir. Pettiti, sous Protocole no 7, par R. Koering-Joulin

du Pacte lui a-t-elle attiré de nombreuses réserves. La ratification par le Luxembourg comporte, entre autres, la réserve suivante : « *Le gouvernement luxembourgeois déclare … que le … paragraphe 5 ne s'appliquera pas aux personnes qui, en vertu de la loi luxembourgeoise, sont directement déférées à une juridiction supérieure ou traduites devant la Cour d'assises* ».

4. Quant à la Charte communautaire des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000[3], qui traite de la justice dans son chapitre VI et qui consacre, entre autres à son article 47, le droit à un recours effectif et celui d'accéder à un tribunal impartial, elle ne se réfère pas à un droit au double degré de juridiction.

II. Le droit interne luxembourgeois.

5. Le droit au double degré de juridiction n'est pas inscrit à la Constitution. Ni les articles 13 et 14 du chapitre traitant des droits fondamentaux[4], ni les articles 84 à 95 ter, traitant de la justice, n'énoncent un tel principe, que ce soit en matière civile ou en matière pénale. La proposition de révision portant modification et nouvel agencement de la Constitution[5], qui introduit entre autres des droits fondamentaux « *nouveaux* »[6], ne se réfère pas davantage à un droit au double degré de juridiction.

Cependant le droit luxembourgeois interne n'avait pas attendu l'avènement des dispositions internationales pour introduire, en droit civil comme en droit pénal, un système comportant, sauf exceptions, deux degrés de juridiction. L'article 172 du code d'instruction criminelle dispose que les jugements rendus par les tribunaux de police sont susceptibles d'appel devant le tribunal correctionnel, et l'article 199 dispose de même que les jugements rendus en matière correctionnelle pourront être attaqués par la voie de l'appel.

6. Une exception existe pour les personnes revêtues de hautes fonctions qui sont directement traduites devant une juridiction supérieure. C'est le cas des membres du gouvernement, mis en accusation par la Chambre des députés, qui sont jugés, aux termes des articles 82 et 116 de la Constitution par la Cour supérieure de justice en

---

[3] 2010/C 8302 (texte adapté au traité de Lisbonne J.O. 30.01.2010)
[4] Art. 3: droit de ne pas être distrait du juge naturel ; art. 14 : « *nulla poena sine lege* ».
[5] Doc. parl. 6030
[6] Droit à l'inviolabilité de la dignité humaine (art. 11 de la proposition de révision) et droit à ce que l'Etat veille à ce que toute personne puisse vivre dans un logement approprié (art. 37).

assemblée générale[7]. L'exception existe également pour les juges, membres du parquet et officiers de police judiciaire aux termes des articles 479 à 503 du code d'instruction criminelle et pour les officiers d'un certain rang aux termes de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1982 concernant la refonte du code de procédure militaire.

Ces exceptions au double degré de juridiction qualifiées de « *privilège* », terme parfois critiqué[8], sont couvertes, en ce qui concerne le Pacte, par la réserve faite par le gouvernement luxembourgeois, et en ce qui concerne le Protocole no 7, par l'alinéa 2 de l'article 2.

7. La grande exception, mais qui était couverte par la réserve luxembourgeoise au Pacte, était le régime de la Cour d'assises qui, sans appel, ne pouvait faire l'objet que d'un recours en cassation. Ce régime a été supprimé par la loi du 17 juin 1987 portant suppression de la Cour d'assises qui dispose, à l'article 217 nouveau du code d'instruction criminelle, que ce sont les chambres criminelles des tribunaux d'arrondissement qui connaissent des crimes dont elles sont saisies, et, à l'article 221, que l'appel des jugements de la chambre criminelle du tribunal est porté devant la chambre criminelle de la Cour d'appel. La Cour d'assises n'avait pas véritablement mérité son nom puisque, le jury ayant été supprimé dès 1814, elle était composée de magistrats professionnels.

8. L'innovation majeure dans le régime des affaires criminelles, outre les changements apportés à une procédure surannée, consistait dans l'introduction du double degré de juridiction.

L'exposé des motifs du projet de loi[9] s'était exprimé en des termes soulignant le caractère « *élémentaire* » du droit au double degré de juridiction :

« *La réforme proposée, en supprimant la Cour d'assises et en déférant au tribunal correctionnel la connaissance des crimes, réalise cet objectif élémentaire d'un double degré de juridiction pour toutes les affaires pénales, supprimant l'inégalité existante privant les condamnés aux peines les plus graves des garanties qu'on considère comme fondamentales pour les coupables des infractions les plus légères* ».

---

[7] Quant à savoir quelle instance il y a lieu d'entendre par « *la Cour supérieure en assemblée générale* » au sens de l'article 116 de la Constitution, il est renvoyé aux conclusions prises par le ministère public (citées dans Dean Spielmann, op. cit., p.38 et 39) à l'occasion d'une affaire W contre G.Z.G. et Z. ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1991

[8] Cf. Georges Margue, rapporteur sur le projet de loi 3290, séance du 12 janvier 1989, p.1390

[9] Doc. parl. no 2980, p. 13

Et l'exposé des motifs continuait en constatant que « *l'existence d'un double degré de juridiction en matière pénale nous est d'ailleurs imposée par le Pacte des Nations Unies du 19 décembre 1966 sur les droits civils et politiques … qui dans son article 14.5 exige que toute personne condamnée ait la possibilité de faire réexaminer la déclaration de culpabilité par une juridiction supérieure* ».

Le rapport de la Commission juridique, déposé le 14 janvier 1987[10], rappelait à la fois le Protocole no 7, non encore approuvé à ce moment[11], et le Pacte. Le Conseil d'Etat, à son tour, avait dit[12] que l'argument qui le conduisait à se rallier aux solutions du projet de loi résidait dans la nécessité d'instaurer un double degré de juridiction en matière criminelle.

9. On peut encore noter, dans le domaine du droit administratif – qui, lorsqu'il s'agit de décisions statuant en matière disciplinaire, se rapproche du droit pénal – que l'unique degré de juridiction qui existait dans le régime du Conseil d'Etat, comité du contentieux, fut supprimé par les deux lois du 2 juillet 1996 portant révision de l'article 83 bis et de l'article 95 de la Constitution et par la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Ces dispositions ont introduit, en matière administrative et fiscale, le double degré de juridiction en instituant la compétence de première instance du tribunal administratif et en deuxième instance celle de la Cour administrative.

Le Luxembourg était-il donc d'ores et déjà en règle avec ses engagements internationaux ?

III. Le problème de l'évocation.

10. L'article 215 du code d'instruction criminelle était, depuis son introduction, conçu en ces termes : « *Si le jugement est annulé pour violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité, la Cour où le tribunal statuera sur le fond* ».

---

[10] Doc. parl. no 2980[2], p.10

[11] Le projet de loi ayant été déposé le 10 décembre 1985, le Protocole no 7 n'avait pas encore été approuvé à ce moment, la loi d'approbation datant du 27 février 1989.

[12] Doc. parl. no 2980[1], p.2

La loi du 17 juin 1987, qui non seulement supprimait comme on l'a vu la Cour d'assises, mais encore modifiait la compétence et la procédure en matière d'instruction et de jugement des infractions, changeait la teneur de cet article comme suit :

« *Si un jugement qui met fin à la poursuite est annulé pour violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, la Cour ou le tribunal évoquera et statuera sur le fond* ».

On voit que cette modification consistait à exiger, pour qu'il puisse y avoir évocation, que le jugement de première instance ait mis fin à la poursuite, d'une part, et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, d'autre part. Le texte avait été adopté par la Commission juridique de la Chambre sur proposition du député Georges Margue[13]. Le Conseil d'Etat s'était interrogé sur les motifs à l'origine de cette modification, mais avait « *supposé* » que l'un des soucis du législateur était que « *dans certaines hypothèses, notamment en cas d'annulation de jugements n'ayant pas statué au fond, mais seulement vidé une exception ou un incident, les parties ne soient privées du bénéfice du double degré de juridiction* »[14] [15].

11. On peut se demander si la modification a pour autant exclu l'évocation lorsque, le jugement de première instance n'ayant pas statué sur le fond, mais, par exemple, annulé la procédure pour irrégularité de l'instruction ou nullité de la citation, a ainsi « *mis fin à la poursuite* ». L'autre condition inscrite au nouveau texte, à savoir que devant la Cour, l'affaire fût en état de « *recevoir une solution définitive* », signifie-t-elle, pour que l'évocation soit admissible, que le jugement annulé ait statué sur le fond ? Il semble bien qu'il faille comprendre en ce sens la jurisprudence actuelle de la Cour d'appel[16].

---

[13] Doc. parl. no 2980[2], p.17
[14] Doc. parl. no 2980[2], p.30
[15] Voir également l'intervention du député Georges Margue (compte-rendu de la 64ème séance du 12 mai 1987, pages 3616 et 3617) selon laquelle le but était de remédier à des situations telles que, par exemple, celle où des témoins avaient été entendus en première instance et où, le jugement étant annulé pour vice de forme par la Cour d'appel, celle-ci statuait sur le fond, sans nouvelle instruction, sur base d'un plumitif d'audience reconnu comme étant généralement peu satisfaisant. Dans son rapport sur le projet de loi no 3290 portant approbation du Protocole no 7, la Commission des affaires étrangères (infra sub 16) était allée jusqu'à dire que « *l'application jurisprudentielle de l'article 215, en cas de réformation d'un jugement sur incident, frise le scandale* ».
[16] Infra no 19

IV. La Cour de cassation ne peut pas, en droit luxembourgeois, être considérée comme un deuxième degré de juridiction.

12. C'est cependant en sens contraire que s'était prononcée la Commission européenne des droits de l'homme dans une décision du 8 décembre 1992.[17]

Dans l'affaire soumise à la Commission, il s'agissait d'une requête introduite contre le Luxembourg par un inspecteur de police qui, lors du contrôle d'un véhicule automobile, avait par accident tué un occupant de ce véhicule. S'agissant d'un officier de police judiciaire, il avait été déféré à la Cour d'appel par application des articles 483 et 479 du code d'instruction criminelle. Condamné, il avait introduit un pourvoi devant la Cour de cassation. Celle-ci, par arrêt du 14 mars 1991[18], rejeta le pourvoi, à l'appui duquel l'intéressé avait invoqué à la fois l'article 14, paragraphe 5 du Pacte et l'article 2 du Protocole no 7.

La Cour de cassation avait jugé, quant au Pacte, que celui-ci ne pouvait pas être invoqué directement par un particulier devant une juridiction nationale (une thèse dont on peut admettre qu'elle ne prévaudrait plus aujourd'hui).[19]

Quant au Protocole no 7, la Cour de cassation avait constaté que le pourvoi était limité à l'arrêt de la Cour qui avait condamné aux dommages-intérêts.

---

[17] NW c/ Luxembourg, requête no 19715/92

[18] No 04/91 no 928, commenté par Dean Spielmann, op. cit. p.36.

[19] Il est vrai que le Pacte, contrairement à la Convention, n'a pas institué de juridiction internationale, mais une Commission, et que seuls les Etats membres peuvent recourir entre eux devant la Commission. Mais ce n'était pas là nécessairement une raison pour dire, comme l'a fait la Cour de cassation, qu'il résulterait « *de l'article 2.2 du Pacte que celui-ci ne contient aucune disposition pouvant être invoquée directement par un particulier devant une juridiction nationale, l'adhésion au pacte ayant pour seul effet de créer des obligations pour les Etats contractants* ». La solution avait été critiquée par Dean Spielmann (op. cit. p.41 note 49) et récemment par Patrick Kinsch qui considère ce motif de l'arrêt comme très discutable (Patrick Kinsch, Le rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois, Rapport national luxembourgeois au 18ème congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Pasicrisie, vol.34, p.405). Comme le constate cet auteur (voir les citations aux notes 40, 41, 42, 43 et 44), les juridictions ont adopté tantôt la position de l'arrêt de cassation cité ci-dessus, tantôt celle selon laquelle rien ne s'oppose à l'application directe du Pacte devant les tribunaux. Il semble cependant que deux arrêts plus récents de la Cour de cassation aient implicitement (Patrick Kinsch, op.cit. notes 43 et 44 : cass. 11 juillet 2002, Pas. 32, 341 ; Ann. dr. lux. 13 (2003), 676 et cass. 14 décembre 2006, Ann. dr. lux. 17-18 (2007-2008) 573), en mettant la Convention et le Pacte sur le même plan, adopté la thèse selon laquelle l'article 14 paragraphe 5 du Pacte peut être directement invoqué devant les juridictions luxembourgeoises. On verra plus loin (infra nos 23 et suivants) que cette position est actuellement admise par la jurisprudence belge pour laquelle l'article 14, paragraphe 5 du Pacte est la seule disposition internationale applicable concernant le double degré de juridiction, la Belgique n'ayant pas ratifié le Protocole no 7.

13. La Commission aurait pu se contenter de dire, comme l'avait fait la Cour de cassation, que la requête ne portait pas sur une condamnation pénale. Elle aurait aussi pu invoquer l'alinéa 2 de l'article 2 du Protocole no 7[20] en ce que l'on se trouvait dans un des cas où, comme le prévoit cette disposition, l'intéressé avait été « *jugé en première instance par la plus haute juridiction* ».

La Commission a préféré se prononcer sur la question de savoir si le recours en cassation était à considérer comme un deuxième degré de juridiction. Elle a observé que « *dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, les possibilités de recours ne sont pas réglées de la même manière* », que « *dans certains pays, l'examen par une juridiction supérieure peut se limiter, comme en l'espèce, à l'application de la loi, tel que le pourvoi en cassation* » et que « *ainsi l'article 2 du Protocole no 7 laisse à la législation interne le soin de déterminer les modalités de l'exercice du droit de faire examiner la condamnation par une juridiction supérieure* ». Elle a donc conclu que l'ouverture du pourvoi en cassation, dont le requérant disposait en droit luxembourgeois, répondait aux exigences de l'article 2 du Protocole no 7.

14. La position ainsi prise par la Commission ne manque pas de surprendre. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a itérativement accepté comme deuxième degré de juridiction une instance qui, telle qu'une cour de cassation, se limite à l'examen de l'application de la loi[21]. Cependant le Luxembourg, faisant usage de la faculté laissée par l'article 2 du Protocole no 7 de « *faire régir par la loi* » l'exercice du droit au double degré de juridiction, avait, avant que la Commission prenne cette décision, écarté la proposition législative qui aurait, à propos du Protocole no 7, considéré comme constitutive d'un double degré de juridiction une juridiction qui se limiterait à un contrôle de l'application de la loi[22]. Et on verra que la Cour d'appel, par la suite, n'a même plus, dans ses arrêts, mentionné le recours en cassation comme deuxième degré de juridiction[23].

15. Contrairement à la solution retenue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'article 2 du Protocole no 7, il semble être admis aujourd'hui, sous le régime de l'article 14, paragraphe 5 du Pacte, qu'un pourvoi en cassation ne pourrait être considéré comme équivalant à un deuxième degré de

---

[20] La Commission n'avait pas compétence en ce qui concerne le Pacte.
[21] Voir pour les décisions récentes Pesti et Frodl c/ Autriche, no 27618/95 et no 27619/95, 18 janvier 2000 et Hannak c/ Autriche, no 70883/01, 9 juillet 2002.
[22] Infra no 16.
[23] Infra nos 17 et suivants.

juridiction qu'à condition que la juridiction de cassation procède à un examen sur le fond (« *a genuine review* »)[24].

Le Luxembourg, ayant approuvé l'article 14, paragraphe 5 du Pacte, contrairement à d'autres Etats[25], sans autre réserve que la possibilité d'application d'une peine plus sévère pour la même infraction en appel et le cas des personnes directement déférées à une juridiction supérieure, ne pourrait invoquer l'ouverture du pourvoi en cassation comme équivalant à la protection d'un double degré de juridiction.

16. Il en est de même au regard de l'article 2 du Protocole no 7.

A l'origine, le projet de loi no 3290 portant approbation du Protocole no 7 prévoyait un article 3 conçu comme suit : « *Au sens de l'article 2, paragraphe 1, l'examen par une juridiction supérieure peut se limiter à un contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation* ». Ce texte s'emparait du point 18 du Rapport explicatif élaboré par les experts du Conseil de l'Europe. Le projet invoquait aussi, dans l'exposé des motifs[26], à titre d'exemple la « *déclaration interprétative adoptée par le gouvernement français* ».

Le Conseil d'Etat[27] estimait n'être « *pas entièrement convaincu* » de la nécessité de prévoir cet article 3 du projet, estimant que l'article 2 du Protocole laissait « *toute latitude au législateur national* » et rappelant, lui aussi, le point 18 du *Rapport explicatif*, pour dire, tout en ne s'y opposant pas, que la déclaration visée à l'article 3 n'était « *peut-être pas indispensable* ».

Le rapport de la Commission des Affaires Etrangères[28] allait s'exprimer dans un tout autre sens. Le pourvoi en cassation, disait-il, « *malgré l'appréciation indulgente du Rapport explicatif* », n'est nullement l'équivalent d'un appel, et il estimait qu'il en était ainsi tout particulièrement dans la pratique luxembourgeoise de la Cour de cassation, considérée comme « *excessivement indulgente vis-à-vis des juges du fond en ce qui concerne la motivation en fait de leur décision, et notamment en ce qui concerne*

---

[24] Manfred Nowak dans *UN Covenant on civil and political rights, CCPR commentary*, deuxième édition, qui s'exprime comme suit (sub 81, pages 348 et 349) : « *Proceedings limited to mere questions of law are therefore insufficient* ».
[25] Pour la France, voir infra nos 30 et 31
[26] Doc. parl. 3290, p.2
[27] Doc. parl. no 3290, p.13
[28] Doc. parl. no 3290[1], p.3

l'obligation écrite aux articles 163 et 195 du code d'instruction criminelle de déterminer les circonstances constitutives de l'infraction ».[29]

Aussi la Commission se prononçait-elle contre la disposition prévue, et le texte, dans la teneur proposée par elle, omettait-il l'article 3 tel qu'il avait figuré au projet. C'est donc avec l'omission de cet article 3 que la Chambre des députés, ayant entendu l'intervention musclée du député Georges Margue comme rapporteur[30], allait voter la loi d'approbation.

Le législateur ne pouvait pas plus clairement faire entendre qu'en droit luxembourgeois, le pourvoi en cassation ne doit pas être considéré comme deuxième degré de juridiction.

V. La jurisprudence luxembourgeoise sur l'évocation.

17. Il n'est donc pas étonnant qu'à deux reprises, la Cour d'appel ait consacré le double degré de juridiction sans invoquer l'existence du recours en cassation et en passant outre au droit d'évocation prévu à l'article 215 du code d'instruction criminelle.

18. Dans le cas d'un arrêt de la Cour d'appel rendu le 21 décembre 1992[31], les appelants avaient invoqué la nullité du jugement de première instance pour défaut de motifs en ce que ce jugement n'avait pas précisé si les prévenus étaient coupables comme auteurs ou complices au sens des articles 66 et 67 du code pénal, omettant de

---

[29] Sur un autre plan, celui des exigences procédurales, la Cour européenne des droits de l'homme, par des arrêts des 24 avril 2008 (K. et autres c. Luxembourg no 17140/05), 30 juillet 2009 (D. c. Luxembourg no 18522/06) et 22 juillet 2010 (E c. Luxembourg, no 49375/07), a condamné le Luxembourg sur la base de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en constatant, dans la pratique de la Cour de cassation luxembourgeoise, un formalisme excessif qui « *affaiblit à un degré considérable la protection des droits des justiciables devant la haute juridiction nationale* ». A cet égard, et sans doute suite à ces arrêts, la Cour de cassation a infléchi la position qui était la sienne depuis son arrêt du 17 février 1994 (Pas. 30, 229), qui avait consisté à dire que « *la discussion qui développe le moyen ne peut suppléer à l'absence de formulation du moyen* ». Depuis un arrêt du 28 janvier 2010 (Journal des Tribunaux Luxembourg 2010, p.60, note P. Kinsch), la Cour de cassation accepte en effet de prendre en considération la « *discussion* » qui « *explique* » le moyen de cassation proprement dit. Ce revirement de jurisprudence coïncide avec la modification par la loi du 3 août 2010 de l'article 10 de la loi sur les pourvois et la procédure en cassation, intervenue sur la base du projet de loi no 6108, qui énonce le même principe – censé satisfaire les exigences de la Cour européenne – en disant que « *l'énoncé du moyen peut être complété par des développements en droit qui sont pris en considération* ». Cette modification législative s'accompagne d'une codification sur le modèle français des exigences de rédaction des moyens de cassation qui, utiles pour la connaissance de ces exigences, risquent toutefois d'en ajouter de nouvelles.

[30] 30ème séance du jeudi 12 janvier 1989, p.1390

[31] Journal des Tribunaux (belge) 1993, page 268

spécifier les éléments de leur participation directe ou indirecte à l'infraction. La Cour accueillait ce moyen des appelants en constatant que le degré d'implication de chacun des inculpés ne se dégageait pas à suffisance de droit de la partie descriptive du jugement de première instance.

Aussi la Cour d'appel annulait-elle ce jugement, tout en refusant de faire droit à la demande du ministère public de procéder par évocation en application de l'article 215 du code d'instruction criminelle. La Cour rejetait la thèse du parquet général selon laquelle l'évocation ne porterait pas atteinte à la prérogative du double degré, le parquet ayant argué que nonobstant la mise à néant de la décision de condamnation, il aurait été pleinement statué en première instance sur le litige. La Cour jugea en effet que si elle procédait à l'évocation, elle serait « *amenée à se prononcer sur un point de fait et de droit qui n'avait pas été examiné au niveau inférieur privant ainsi les intéressés du droit de voir juger la question, du moins en ce qui concerne son volet matériel, par une instance supérieure* ». Aussi la Cour renvoyait-elle l'affaire devant la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement autrement composée.

Dans ses observations sur cet arrêt, Dean Spielmann[32], qui saluait la décision de la Cour d'appel, notait que les appelants s'étaient prévalus non seulement de l'article 2 du Protocole no 7, mais également de l'article 14, point 5 du Pacte, dispositions auxquelles la Cour d'appel s'était référée sans les invoquer expressément dans leur décision.

Le commentateur, ayant cité la Cour de cassation de Belgique pour avoir, à plusieurs reprises, refusé d'écarter l'article 215 du code d'instruction criminelle belge (resté identique à l'ancien texte luxembourgeois de cet article)[33], estimait que les travaux préparatoires de la loi luxembourgeoise du 27 février 1989 ayant approuvé le Protocole no 7 « *plaident en faveur d'une interprétation extensive* ».

19. Plus récemment, dans un arrêt du 29 mars 2006[34], la Cour d'appel a à nouveau écarté l'évocation sur base de l'article 215 du code d'instruction criminelle et renvoyé devant les premiers juges, invoquant cette fois expressément l'article 2 du Protocole no 7.

---

[32] Journal des Tribunaux (belge) 1993, page 269
[33] Il est renvoyé quant à la jurisprudence belge aux développements ci-après, nos 21 et suivants.
[34] Arrêt no 176/06 pénal cité au Bulletin des droits de l'homme no 14 de 2009, page 122

La Cour s'exprime à cette occasion comme suit : « *L'article 2 du Protocole additionnel no 7 … dispose que toute personne a droit au double degré de juridiction en matière pénale en ce qui concerne la déclaration de culpabilité et la condamnation à une peine* ». La Cour ajoute que « *l'article 215 du code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par la loi du 17 juin 1987, est devenu un texte restrictif en ce qui concerne les possibilités d'évocation d'un litige, dans le but également de garder aux parties le bénéfice du double degré de juridiction*. *Ce principe* », dit la Cour, « *devant être admis en matière d'annulation d'une décision judiciaire, doit certainement l'être aussi en cas de réformation* ». Dans le cas de l'espèce, la Cour réformait en effet un jugement du tribunal correctionnel qui avait déclaré nulle la citation à prévenu.

20. Ces arrêts, encore qu'ils n'aient pas donné lieu au contrôle de la Cour de cassation, sonnent-ils le glas de l'évocation ?

On voit que le premier de ces arrêts s'exprimait de façon générale contre l'application de l'article 215 du code d'instruction criminelle alors que le deuxième se réfère encore à cet article en disant que depuis 1987, il était « *devenu un texte restrictif* ».

Ce dernier arrêt, dans sa prudence, semble ne pas avoir écarté l'application, restrictive, de l'article 215 dans les cas où l'évocation serait compatible avec le double degré de juridiction. Il en serait ainsi si le premier juge prononçait la condamnation de l'inculpé, et que cette décision fût annulée par la Cour pour violation ou omission de formes prescrites par la loi à peine de nullité. Dans ce cas, au sens de l'article 215 du code d'instruction criminelle tel que modifié en 1987, le jugement aurait mis fin à la poursuite, mais aurait ensuite été annulé, et on admettra que normalement, le premier juge ayant déjà prononcé une condamnation sur le fond, la matière est disposée à recevoir une décision définitive sur l'affaire déjà jugée en une instance inférieure.

Il semble bien que cette interprétation soit compatible avec l'article 14, paragraphe 2 du Pacte et avec l'article 2 du Protocole no 7, et que l'article 215 du code d'instruction criminelle ainsi compris soit conforme à l'intention du législateur lorsque, en 1987, il l'a modifié.

VI. La législation et la jurisprudence belges.

21. La Belgique n'a pas ratifié le Protocole no 7 et en reste dès lors à l'article 14, paragraphe 5 du Pacte. Ce texte est assorti, de la part de la Belgique, de la réserve suivante :

« *Quant au paragraphe 5, il ne s'appliquera pas aux personnes qui, en vertu de la loi belge, sont déclarées coupables et condamnées en seconde instance à la suite d'un recours contre leur acquittement en première instance, ou qui, en vertu de la loi belge, sont directement déférées à une juridiction supérieure telle que la Cour de cassation, la Cour d'appel, la Cour d'assises* »[35].

Contrairement au Luxembourg, la Belgique n'a pas modifié l'article 215 du code d'instruction criminelle qui reste identique à l'ancien texte luxembourgeois.

Il n'est donc pas étonnant que traditionnellement, la Cour de cassation de Belgique ait reconnu[36] la compatibilité de cet article 215 avec le principe du double degré de juridiction.

22. Ainsi, un arrêt du 3 novembre 1987[37] avait décidé que « *le juge qui annule un jugement et qui, après avoir évoqué par application de l'article 215 du code d'instruction criminelle, statue au fond, ne décide rien et n'a rien à décider en ce qui concerne l'examen éventuel de sa décision sur le fond par une juridiction supérieure et que sa décision d'évocation ne peut violer l'article 14, paragraphe 5 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, qui concerne le droit du prévenu de faire examiner sa condamnation par une juridiction supérieure* ». D'autres arrêts se sont exprimés de la même manière[38] ou se sont contentés d'affirmer que « *la violation de l'article 14, paragraphe 5 du Pacte ne saurait être déduite de la seule circonstance que l'arrêt attaqué annule la décision de première instance et statue au fond par voie de dispositions nouvelles* »[39]. La doctrine avait observé que ce type de motif de la Cour de cassation *« éludait quelque peu le problème »*[40].

---

[35] Moniteur belge, 6 juillet 1983, page 8831
[36] Dean Spielmann, Journal des Tribunaux (belge) 1993, page 269
[37] R.G. 1841, Pas. 1988, I, n°355
[38] 22.11.1988, no 1971, Pas. 1989, p.321
[39] Cass. 20 février 1990, no 3125, 22 septembre 1993, P.93.0420.F, 17 décembre 2003, R.G. P.03.1450.F.
[40] cf. conclusions de l'Avocat général Timperman sous cass. 31 octobre 2006 P.06.0614.N, page 11 avec note 27 référant à Verstraeten, Handboek, no 2286.

23. Par contre, la thèse selon laquelle le Pacte ne pourrait être invoqué par les particuliers devant les juridictions nationales, thèse[41] qui restait longtemps controversée en Belgique[42], n'a pas été retenue par la Cour de cassation.

24. Dès l'arrêt du 5 avril 1996[43], mieux connu sous la référence « *Inusop* », la Cour de cassation a implicitement reconnu l'applicabilité de l'article 14, paragraphe 5 du Pacte en droit interne. S'emparant même du Protocole no 7, l'arrêt invoque la réserve faite quant à l'article 14, paragraphe 5 du Pacte par la Belgique. En effet, dans le cas de cette espèce, il s'agissait d'un jugement d'un ministre par la Cour de cassation sur renvoi par la Chambre des représentants, et, en raison de la connexité, d'autres accusés avaient été directement déférés devant la même juridiction. L'arrêt s'exprime comme suit :

« *Attendu que, certes, l'article 14, alinéa 5, du Pacte relatif aux droits civils et politiques, qui reconnaît à toute personne déclarée coupable d'une infraction le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation conformément à la loi, ne prévoit pas d'exception au droit d'appel, mais que la Belgique a formulé à l'article 14, alinéa 5, dudit pacte une réserve dont le contenu correspond notamment à la restriction prévue à l'article 2 du Protocole additionnel no 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui énonce que ce droit peut faire l'objet d'exceptions lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction* ».

L'exception des personnes directement déférées à une juridiction supérieure est effectivement couverte par la réserve de la Belgique à l'article 14, paragraphe 5 du Pacte. Par contre, la référence – étonnante – au Protocole no 7, non ratifié par la Belgique, était dépourvue de pertinence.

L'arrêt rejetait également le moyen tiré de l'article 6 de la Convention et donc du droit à un procès équitable, disant que cette disposition ne garantit pas, entre autres, le droit à un double degré de juridiction.

25. C'est cependant sur ce point que l'arrêt Inusop fut sévèrement jugé par la Cour européenne des droits de l'homme en son arrêt du 22 juin 2000[44]. Certes, la Cour

---

[41] Sur laquelle la jurisprudence luxembourgeoise était divisée, supra no 12.
[42] Jacques Velu, Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme, no 14.
[43] R.G. A 940002.7
[44] Arrêt Coïme et autres c/ Belgique, requêtes nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96.

n'avait pas à juger d'infractions au double degré de juridiction, la Belgique n'ayant pas ratifié le Protocole no 7. Et quant au Pacte, que la Cour européenne des droits de l'homme n'était pas appelée à appliquer, la Cour de cassation était saisie au titre de la réserve faite par la Belgique quant aux personnes déférées directement à une juridiction supérieure.

Cependant, quant au requérant Coïme, ainsi déféré en sa qualité de membre du gouvernement, la Cour européenne[45], après avoir rappelé que le principe de la légalité du droit de la procédure pénale est « *un principe général de droit* », jugeait qu'en raison de l'incertitude sur la procédure criminelle à appliquer par la Cour de cassation, « *la tâche de la défense devenait singulièrement difficile faute de savoir, au préalable, si une règle donnée allait ou non trouver application dans le cours du procès* », ce qui privait le requérant d'un procès équitable au sens de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention.

Quant aux autres inculpés, qui, n'étant pas ministres, avaient été déférés directement à la Cour de cassation pour raison de connexité avec les faits retenus à l'encontre du ministre, la Cour, constatant que la connexité n'était pas prévue par la loi, jugeait que la Cour de cassation n'était pas un tribunal « *établi par la loi* » au sens de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention et que ces inculpés étaient ainsi distraits de leur juge naturel.

D'où les condamnations aux dommages intérêts prononcées à charge de la Belgique en faveur des requérants par la Cour européenne.

26. L'argument d'absence d'applicabilité en droit interne n'a à nouveau pas été retenu, ni même examiné, par un arrêt rendu par la Cour d'arbitrage du 18 novembre 1998[46], s'agissant des magistrats déférés directement devant la juridiction supérieure, lorsqu'elle a jugé, conformément à la réserve faite par la Belgique, que la privation du double degré de juridiction pour ces magistrats n'était pas anticonstitutionnelle.

27. Un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 18 mars 2003[47], sans se préoccuper du Pacte (elle n'était pas saisie d'un moyen qui aurait invoqué le Pacte), se bornait à nouveau à déclarer que « *l'annulation d'un jugement dont appel avec évocation ne constitue pas une violation du droit à un double degré de juridiction prévu par l'article 199 du code d'instruction criminelle* ».

---

[45] Considérants nos 101-103.
[46] No 117/98
[47] No P.02.1357.N

28. L'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique semble être celui de l'arrêt du 7 mai 2003[48]. Dans ce cas, le jugement de première instance, s'agissant d'une décision d'avant dire droit, avait été annulé par la Cour d'appel qui avait ensuite procédé par évocation. L'arrêt confirme d'abord la solution donnée par l'arrêt du 5 avril 1996 en disant qu'« *une violation de l'article 6.1. de la Convention ... ne saurait se déduire de la seule circonstance que le juge d'appel a évoqué la cause* ». L'arrêt prend note de l'article 14, paragraphe 5 du Pacte, dont il reconnaît à nouveau implicitement l'applicabilité en droit interne. Mais l'arrêt se réfère ensuite à la réserve faite par la Belgique lors du dépôt de l'instrument de ratification, en ce sens que l'article 14, paragraphe 5 ne s'appliquerait pas « *aux personnes qui, en vertu de la loi belge, sont directement déférées à une juridiction supérieure telle que la Cour d'appel* ». Et, dit la Cour, « *tel est le cas lorsque le juge d'appel, en application de l'article 215 du code d'instruction criminelle, évoque la cause dont il a été saisi* ».

Avec le respect que l'on doit à la haute juridiction, il semble y avoir erreur. En effet, lorsque l'article 215 est appelé à s'appliquer comme dans l'espèce toisée, il s'agit de personnes qui ne sont pas « *directement* » déférées à la juridiction supérieure, mais qui avaient au contraire été d'abord déférées « *directement* » à la juridiction inférieure. Elles ne devenaient « *déférées* » à la juridiction supérieure qu'« *indirectement* » par le biais de l'évocation.

Il est intéressant de revoir à ce sujet les conclusions prises en vue de cet arrêt par l'Avocat général Loop citant l'arrêt Inusop précité de 1996 qui, constatant que cet article 14, paragraphe 5 du Pacte ne prévoit pas d'exception au droit d'appel, avait dit que la Belgique avait formulé à l'article 14, paragraphe 5 une réserve dont le contenu correspondrait notamment à la restriction prévu à l'article 2 du Protocole no 7. Ce dont l'Avocat général concluait : « *L'article 215 constitue une telle exception* ».

Avec le respect dû à l'Avocat général, il paraît impossible de se rallier à ce raisonnement. L'exception ne peut être trouvée dans le Protocole no 7 que la Belgique n'a pas ratifié. Le Pacte, quant à lui, ne connaît pas, à son article 14, paragraphe 5, d'exception, comme l'a noté l'arrêt de 1996. Des exceptions se trouvent bien dans la réserve faite par la Belgique quant à l'article 14, paragraphe 5 du Pacte, mais celles-ci n'ont porté que sur le cas de « *personnes déclarées coupables et condamnées en seconde instance à la suite d'un recours contre leur acquittement en première*

[48] R.G. P.03.0122.F

instance », et sur le cas des personnes qui, en vertu de la loi belge, sont directement déférées à une juridiction supérieure. Contrairement à ce qu'a fait la France, la réserve belge ne porte pas davantage sur un prétendu double degré par voie de cassation. Dans le cas toisé par l'arrêt du 7 mai 2003, l'évocation ne portait pas sur le cas de personnes acquittées en première instance, comme le prévoit la réserve, mais sur celui de personnes qui avaient fait l'objet d'un jugement d'avant dire droit ordonnant la poursuite de la cause, et qui furent, sur annulation du jugement de première instance pour violation de formes, condamnées en appel pour la première fois par évocation.

29. L'objection du double degré de juridiction fut soulevée à nouveau devant la Cour de cassation lors de l'arrêt qu'elle rendait le 31 octobre 2006[49], mais il s'est avéré que, dans ce cas, la Cour n'avait pas à statuer sur le moyen contenant cette objection. Cependant, les conclusions de l'Avocat général Timperman prises à l'occasion de ce pourvoi sont intéressantes en ce qu'elles évoquent ce qu'elles appellent « *une certaine évolution* » dans la jurisprudence de la Cour de cassation et la « *précision* » intervenue par l'arrêt précité du 7 mai 2003. L'Avocat général avait estimé que si la Cour « *a considéré, dans ses anciens arrêts, que le cas visé à l'article 215 du code d'instruction criminelle était étranger à l'article 14, paragraphe 5 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, elle a décidé par son arrêt du 7 mai 2003 qu'en principe l'évocation relève de la disposition conventionnelle précitée, mais que celle-ci n'est pas applicable, le cas visé à l'article 215 du code d'instruction criminelle étant précisément prévu dans la réserve formulée par l'Etat belge* ». Or, on l'a vu, cette réserve ne porte pas sur le cas de l'évocation.

On doit donc se demander si l'arrêt du 7 mai 2003 a dit le dernier mot.

[49] P.06.0614.N

VII. La législation et la jurisprudence françaises.

30. La France a adhéré au Pacte dès le 4 novembre 1980. Quant à l'article 14, paragraphe 5, elle a déclaré qu'elle « *interprète* » ce paragraphe comme « *posant un principe général auquel la loi peut apporter, pour certaines infractions relevant en premier et dernier ressort du tribunal de police ainsi que pour les infractions de nature criminelle, des dérogations* », ajoutant que « *au demeurant, les décisions rendues en dernier ressort peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour de cassation qui statue sur la légalité de la décision intervenue* ».

Une réserve dans le même sens a été faite par la France au regard de l'article 2 du Protocole : le gouvernement déclarait « *qu'au sens de l'article 2, paragraphe 1, l'examen par une juridiction supérieure peut se limiter à un contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation* ».

Cette dernière déclaration[50] signifie que, pour le gouvernement français en tout cas, le pourvoi en cassation constitue un deuxième degré de juridiction.

31. Encore, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2001[51], tout en considérant[52] que, compte tenu de « *l'exception autorisée par le paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole no 7* » que la Cour considère comme « *corroborée par la déclaration interprétative de la France* », la procédure criminelle française est « *à première vue conforme à l'article 2 du Protocole no 7* », déclarait-il que tel n'est pas le cas en présence des dispositions de la procédure pénale française qui n'ouvrent pas à la personne condamnée par contumace le pourvoi en cassation.

La Cour, non sans se référer « *par analogie* » à ses décisions sur l'article 6, paragraphe 1 de la Convention, aux termes desquelles les limitations doivent poursuivre un but légitime et ne pas porter atteinte à la substance du droit d'accès au tribunal, constate qu'il n'y avait, en l'espèce, « *pas de réelle possibilité ni d'être défendu en première instance, ni de faire examiner sa condamnation par une juridiction supérieure* ».

---

[50] dont il a été dit plus haut qu'elle a été éliminée par la loi luxembourgeoise d'approbation du Protocole no 7, supra no 6

[51] Krombach c/ France, requête no 29731/96.

[52] Nos 96 et suivants.

32. Il reste qu'en France, l'évocation, admise comme obligatoire ou facultative selon le cas, est considérée tantôt comme « *une exception à la règle de l'effet dévolutif de l'appel dans la mesure où la Cour, après avoir tranché le point de droit dont elle était saisie, n'a pas à renvoyer l'affaire aux premiers juges* »[53] tantôt comme « *une exception au principe du double degré de juridiction* »[54].

33. Les auteurs notent cependant que les cas d'évocation après annulation du jugement en raison de nullité de l'instruction sont plus rares que par le passé du fait de l'application des lois des 4 janvier et 24 août 1993[55] et que des arrêts de la Cour de cassation paraissent infléchir la position antérieure. Ainsi un arrêt du 20 octobre 1998[56] décide que lorsque la Cour d'appel constate la nullité de l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction, elle doit, par dérogation à l'article 520 du code de procédure civile, renvoyer la procédure au ministère public pour lui permettre de saisir à nouveau la juridiction d'instruction. Dans le même sens, un arrêt du 15 décembre 1998[57] a décidé que lorsque la juridiction du premier degré n'avait pas été régulièrement saisie de la poursuite, la Cour d'appel ne pouvait évoquer[58].

VIII. Conclusion.

34. Sur le principe du double degré de juridiction, le Luxembourg, par comparaison avec la Belgique et la France, fait figure d'élève modèle.

S'agissant de la législation internationale, le Pacte, en son article 14, paragraphe 5, n'a comporté de la part du Luxembourg que la réserve des cas où des personnes de haut grade sont directement déférées à la juridiction supérieure, et quant à l'article 2 du Protocole no 7, aucune réserve n'a été faite qui aurait excédé celle inscrite à l'alinéa 2 de ce texte même quant au privilège de juridiction de ces personnes.

L'exigence, au titre de double degré de juridiction, d'une instance supérieure de pleine juridiction ne peut plus faire de doute depuis que, lors de la loi d'approbation du Protocole no 5, le législateur luxembourgeois a renoncé, en supprimant le texte prévu à

---

[53] Rép. pén. Dalloz Vo appel no 268, p.19
[54] Op. cit. loc. cit. Sur la distinction, en ce qui concerne les notions d'effet dévolutif ou d'évocation et celles d'appel-voie d'annulation et appel-nullité, voir Gazette du Palais 25 janvier 2003 « *Nouvelle réflexion sur les effets de l'appel-voie d'annulation* » par Philippe Gerbay.
[55] Op.cit. no 276
[56] Bull. crim. no 266 JCP 1999 IV, 1324
[57] Bull. crim. no 341
[58] Op.cit. no 276, p.20

l'origine à cet effet au projet de loi, à vouloir faire considérer la Cour de cassation comme deuxième degré de juridiction.

S'agissant de la législation nationale, la suppression du régime d'un seul degré de juridiction dans la Cour d'assises est intervenue dès 1987.

Quant à l'évocation, la modification de l'article 215 du code d'instruction criminelle a permis à la jurisprudence, en deux arrêts de la Cour d'appel, de ne laisser admettre ce système, susceptible de mettre en péril le double degré de juridiction, que pour le cas où l'annulation par la Cour d'appel a porté sur un jugement de première instance ayant statué sur le fond.

A la question « *réalité ou leurre ?*», on peut donc sans hésitation, en droit luxembourgeois, répondre par « *réalité* ».