

N° 24 / 2016 pénal.
du 2.6.2016.
Not. 31224/12/CD
Numéro 3621 du registre.

La **Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg**, formée conformément à la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, a rendu en son audience publique du jeudi, **deux juin deux mille seize**,

l'arrêt qui suit :

Entre :

X, né le (...) à (...), actuellement détenu au Centre pénitentiaire de Luxembourg,

demandeur en cassation,

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

et :

le Ministère public.

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 8 juillet 2015 sous le numéro 24/15 Ch. CRIM. par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, chambre criminelle ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 30 juillet 2015 par Maître Roby SCHONS pour et au nom de X au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 5 août 2015 par X au greffe du Centre pénitentiaire de Luxembourg ;

Vu le mémoire en cassation déposé le 27 août 2015 par Maître Roby SCHONS pour et au nom de X au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Jean-Claude WIWINIUS et les conclusions du premier avocat général John PETRY ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière criminelle, avait condamné X du chef de tentative de meurtre à une peine de réclusion de dix-huit ans ; que la Cour d'appel, réformant partiellement, a ramené la peine de réclusion à treize ans et a accordé à X le bénéfice du sursis à l'exécution de cette peine pour une durée de trois ans, tout en confirmant le jugement pour le surplus ;

Sur les premier, deuxième et troisième moyens de cassation réunis :

tirés, **le premier,**

« de la violation des droits de la défense du demandeur en cassation pendant la phase pré-sententielle, et tout particulièrement lors de la phase de la première audition policière en raison de l'absence d'assistance d'avocat, faute de renonciation éclairée.

Les droits litigieux de la partie demanderesse au pourvoi résultent de la directive européenne relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, du 22 mai 2012, devant être transposée dans le droit national pour au plus tard le 2 juin 2014, quod non, (!) et dont le demandeur en cassation précise ici les dispositions pertinentes tout en invoquant leur violation lors de la première audition policière.

En effet la directive 2012/13/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, dispose comme suit dans ses articles qui suivent :

<< Article 2

Champ d'application

1. La présente directive s'applique dès le moment où des personnes sont informées par les autorités compétentes d'un État membre qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale ou qu'elles sont poursuivies à ce titre, et jusqu'au terme de la procédure, qui s'entend comme la détermination définitive de la question de savoir si le suspect ou la personne poursuivie a commis l'infraction pénale, y compris, le cas échéant, la condamnation et la décision rendue sur tout appel.

2. Lorsque le droit d'un État (...).

Article 3

Droit d'être informé de ses droits

1. Les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies reçoivent rapidement des informations concernant, au minimum, les droits procéduraux qui figurent ci-après, tels qu'ils s'appliquent dans le cadre de leur droit national, de façon à permettre l'exercice effectif de ces droits:

a) le droit à l'assistance d'un avocat ;

b) le droit de bénéficier de conseils juridiques gratuits et les conditions d'obtention de tels conseils ;

c) le droit d'être informé de l'accusation portée contre soi, conformément à l'article 6 ;

d) le droit à l'interprétation et à la traduction ;

e) le droit de garder le silence.

2. Les États membres veillent à ce que les informations fournies au titre du paragraphe 1 soient données oralement ou par écrit, dans un langage simple et accessible, en tenant compte des éventuels besoins particuliers des suspects ou des personnes poursuivies vulnérables.

Article 4

Déclaration de droits lors de l'arrestation

1. Les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies qui sont arrêtés ou détenus reçoivent rapidement une déclaration de droits écrite. Ils sont mis en mesure de lire la déclaration de droits et sont autorisés à la garder en leur possession pendant toute la durée où ils sont privés de liberté.

2. Outre les informations prévues à l'article 3, la déclaration de droits visée au paragraphe 1 du présent article contient des informations sur les droits suivants, tels qu'ils s'appliquent dans le droit national :

a) le droit d'accès aux pièces du dossier ;

b) le droit d'informer les autorités consulaires et un tiers ;

c) le droit d'accès à une assistance médicale d'urgence ; et

d) le nombre maximal d'heures ou de jours pendant lesquels les suspects ou les personnes poursuivies peuvent être privés de liberté avant de comparaître devant une autorité judiciaire.

3. La déclaration de droits contient également des informations de base sur toute possibilité, prévue par le droit national, de contester la légalité de l'arrestation ; d'obtenir un réexamen de la détention ; ou de demander une mise en liberté provisoire.

4. La déclaration de droits est rédigée dans un langage simple et accessible. Un modèle indicatif de déclaration de droits figure à l'annexe I.

5. Les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies reçoivent la déclaration de droits par écrit dans une langue qu'ils comprennent. Lorsque la déclaration de droits n'est pas disponible dans la langue appropriée, les suspects ou les personnes poursuivies sont informés de leurs droits oralement dans une langue qu'ils comprennent. Une version de la déclaration de droits dans une langue qu'ils comprennent leur est alors transmise sans retard indu. >>

Or il résulte de << l'interrogatoire >> policier fait en date du 12 juillet 2013 à 15.50 heures que le demandeur en cassation n'a pas pu bénéficier des droits de défense tels que prévus dans le << droit pénal communautaire >>, notamment en ce sens que ces précités droits ne lui ont jamais été notifiés suivant les exigences formelles, et surtout en temps et lieu utile, à savoir dans un document séparé, écrit et ce suffisamment de temps avant tout acte effectué dans le cadre de la poursuite pour lui permettre d'en prendre connaissance et de les exercer de manière réelle et effective.

En effet, ce n'est qu'au moment même de l'audition policière, que le demandeur en cassation fut informé, simplement d'une bribe de ses droits de défense, ce qui a eu pour conséquence que toute renonciation à de tels droits n'a pas été faite en pleine connaissance de cause de la totalité de ses droits par le mis en procédure, d'autant plus que ce dernier n'avait pas le temps, nécessaire et suffisant, de prendre connaissance de ses droits et que de surcroît, l'information quant à une part essentielle des droits de défense que les autorités avaient l'obligation de lui communiquer, faisait totalement défaut.

Une notification de droits de défense, aussi lacunaire et irrégulière, doit avoir irrémédiablement et nécessairement pour conséquence que toute renonciation au bénéfice desdits droits de défense par la personne mise en procédure, aucunement éclairé de surcroît, est à considérer comme inopérante, cette dernière n'ayant pas renoncé ni de son plein gré, ni en pleine connaissance de cause.

Sa renonciation ne vaut, faute d'expression claire et nette ; on ne renonce pas tacitement !!

S'ajoute, par ailleurs, que l'information de droits de défense ne lui fut nullement communiquée par écrit dans un document séparé, document qu'il lui aurait été loisible de conserver tout au long de la procédure, tel que l'exige d'ailleurs la directive.

En réalité, il y a lieu de souligner que la prétendue information quant aux droits de la défense, information partielle de surcroît, fut entreprise au moyen de simples annotations communiquées tout juste au début de << l'interrogatoire >> policier, notamment à un moment où << le mis en procédure >> se trouvât dans une situation de faiblesse et d'extrême détresse, à comprendre: au commissariat de police, sans avocat!!

Cette prétendue information se résume à une vulgaire parade, destinée simplement à garder les apparences sauves, sans nullement se préoccuper du respect réel et effectif des droits de défense du mis en procédure.

En outre, il ne pouvait prendre connaissance de ses droits dans le calme nécessaire à cet effet, de sorte que les renonciations faites en relation avec d'importants droits, entre autre celui d'assistance d'un avocat, ne peuvent être considérées comme ayant été faites de plein gré et en pleine connaissance de cause des conséquences pouvant s'attacher à une renonciation valablement effectuée.

C'est ce que la Cour strasbourgeoise indique dans son arrêt A.T. c Luxembourg, du 9 avril 2015, requête n° 30460/13, dans les termes suivants : << 1. Ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, que ce soit de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable (Kwiatkowska c. Italie (déc.), n° 52868/99, 30 novembre 2000, et Ananyev c. Russie, n° 20292/04, § 38, 30 juillet 2009). Toutefois, pour être effective aux fins de la Convention, la renonciation au droit de prendre part au procès doit se trouver établie de manière non équivoque et être entourée

d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (Salduz, précité, § 59, et Yoldaş, précité, § 51) >>, quod non en l'occurrence!!

L'audition policière a partant été effectuée en complète violation des droits de défense du demandeur en cassation, et ce non seulement en violation des textes communautaires précités, mais également et tout particulièrement en violation de la disposition processuelle nationale, à lire l'article Article 39 disposant en son (7) que : << Avant de procéder à l'interrogation, les officiers de police judiciaire et les agents de police judiciaire (...) donnent avis à la personne interrogée, par écrit et contre récépissé, dans une langue qu'elle comprend, sauf les cas d'impossibilité matérielle dûment constatés, de son droit de se faire assister par un conseil parmi les avocats et avocats à la cour du tableau des avocats. >>

Il n'échappera point au lecteur attentif que l'article 39 (8), disposant que << Les procès-verbaux d'audition de la personne retenue indiquent le jour et l'heure à laquelle la personne retenue a été informée des droits lui conférés par les paragraphes (...) et (7) du présent article (...); la durée des interrogatoires auxquels elle a été soumise et des repos qui ont séparé ces interrogatoires; le jour et l'heure à partir desquels elle a été retenue, ainsi que le jour et l'heure à partir desquels elle a été, soit libérée, soit amenée devant le juge d'instruction. >> n'a pas été d'avantage respecté !

Et finalement, il y a lieu de souligner que les exigences légales, inscrites aussi bien dans les textes communautaires que dans les dispositions nationales, ont été ignorées selon une pratique policière systématique et généralisée en vigueur au moment des faits, tout en relevant, qu'à aucun moment les autorités compétentes n'ont soulevé de << menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, voir la préservation d'un intérêts public important, voire un risque de compromission d'enquête en cours >>, pour justifier une éventuelle limitation des précités droits de défense.

Conclusion intermédiaire 1:

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure non seulement à la violation des dispositions communautaire et nationale précitées, mais en sus à la violation des articles conventionnels 6 § 1 ensemble 6 § 3 c) au moment de la phase pré-sententielle de l'audition policière, en raison du fait que le demandeur en cassation n'a pas bénéficié de l'assistance réelle et effective d'un avocat lors de l'audition policière, alors que la renonciation à ses droits de défense n'a pas été faite en pleine connaissance de cause en raison des irrégularités d'informations commises par les officiers de police judiciaire, consistant notamment dans une pratique policière à ne pas fournir en temps et lieu utile de déclaration de droits écrite à la personne arrêtée, à auditionner, pratique dommageable, générale et systématiquement appliquée, qui est à l'origine de la renonciation, non éclairée, à des droits de défense essentiels, tel celui de se faire assister par un conseil. »

le deuxième,

« de la violation des droits de la défense du demandeur en cassation pendant la phase pré-sententielle, notamment lors de la première audition

policière en raison de l'absence d'information quant à << l'accusation portée contre soi >>.

Que la directive précitée dispose en son article 6 comme suit :

<< Droit d'être informé de l'accusation portée contre soi

1. Les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies soient informés de l'acte pénalement sanctionné qu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis. Ces informations sont communiquées rapidement et de manière suffisamment détaillée pour garantir le caractère équitable de la procédure et permettre l'exercice effectif des droits de la défense.

2. Les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies qui sont arrêtés ou détenus soient informés des motifs de leur arrestation ou de leur détention, y compris de l'acte pénalement sanctionné qu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis.

3. Les États membres veillent à (...).

4. Les États membres veillent à (...). >>

Or, il résulte du procès-verbal de première audition du 12 juillet 2013 comme suit:

<< Début de l'interrogatoire 15.50 heures

X Vous m'avez sommairement informé sur l'objet de non interrogatoire. >>

A nouveau les exigences de la directive ne sont nullement respectées, pas plus que ne le sont celles de la convention européenne de sauvegarde et des droits de l'homme disposant en son article 5 § 2 que << Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle >>, alors qu'au lieu de fournir au suspect ou prévenu une information << suffisamment détaillée pour garantir le caractère équitable de la procédure et permettre l'exercice effectif des droits de la défense >> les agents enquêteurs ont simplement communiqué au mis en procédure une information sommaire sur l'objet de l'interrogatoire, dont personne n'est en mesure de contrôler, à postériori, si la personne, sujette à audition, savait et avait compris ce qu'on lui reprochait, voire si cette dernière était suffisamment informée de l'objet de l'audition afin de pouvoir utilement exercer son droit de garder le silence, sinon de ne pas s'auto-incriminer, sinon de faire des déclarations circonstanciées.

Conclusion intermédiaire 2 :

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure non seulement à la violation des dispositions communautaires, mais en sus à la violation des articles conventionnels 6 § 1 ensemble 6 § 3 a) ensemble 6 § 3 b) ensemble 5 § 2 au moment de la phase pré-sententielle de l'audition policière, en raison du fait que le demandeur en cassation n'a pas bénéficié de l'information intelligible et détaillée quant à la nature et la cause de l'accusation portée contre lui, pas plus qu'il n'a pu

de la sorte disposer du temps ainsi que des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, faute de quoi le caractère équitable de la procédure, du moins lors de la phase de l'audition policière ne fut nullement garanti, ce qui a empêché sinon lourdement handicapé le demandeur en cassation dans l'exercice réel effectif des droits de la défense, qui sont restés au stade de droits hypothétiques et illusoire, quod non ! »

et le troisième,

<< de la violation des droits de la défense du demandeur en cassation pendant la phase pré-sententielle, notamment lors des différents interrogatoires en raison de l'absence de communication des << documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention >> (3.1) ensemble le refus d'accès au minimum à toutes << les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies, qui sont détenues par les autorités compétentes, afin de garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense >> (3.2).

La directive 2012/13/UE, << droit de procédure pénale communautaire >>, dispose comme suit en son Article 7 :

<< Droit d'accès aux pièces du dossier

1. Lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les États membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat.

2. Les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies, ou leur avocat, aient accès au minimum à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies, qui sont détenues par les autorités compétentes, afin de garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense.

3. Sans préjudice du paragraphe 1, l'accès aux pièces visé au paragraphe 2 est accordé en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation. Si les autorités compétentes entrent en possession d'autres preuves matérielles, elles autorisent l'accès à ces preuves matérielles en temps utile pour qu'elles puissent être prises en considération.

4. Par dérogation aux paragraphes 2 et 3, pour autant que le droit à un procès équitable ne s'en trouve pas affecté, l'accès à certaines pièces peut être refusé lorsque cet accès peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, ou lorsque le refus d'accès est strictement nécessaire en vue de préserver un intérêt public important, comme dans les cas où cet accès risque de compromettre une enquête en cours ou de porter gravement atteinte à la sécurité nationale de l'État membre dans lequel la procédure pénale est engagée. Les États membres veillent à ce que, conformément aux procédures de droit

national, une décision de refuser l'accès à certaines pièces en vertu du présent paragraphe soit prise par une autorité judiciaire ou soit au moins soumise à un contrôle juridictionnel.

5. L'accès, visé au présent article, est accordé gratuitement. >>

A titre de confort pour votre juridiction le demandeur en cassation renvoie à l'article 11 de la Directive en relation avec son application qui ne devait plus poser sujet à discussion au moment de l'introduction de son pourvoi et dont voici les termes, à lire :

<< Article 11

Transposition

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive, au plus tard le 2 juin 2014.

2. Les États membres transmettent le texte de ces mesures à la Commission.

3. Lorsque les États membres adoptent ces mesures, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres >>.

première branche,

3.1. Violation des droits de la défense du demandeur en cassation pendant la phase pré-sententielle, notamment lors des différents interrogatoires en raison de l'absence de communication des << documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention >> (3.1)

Le moyen invoqué sub 3 est en réalité divisé en deux branches à savoir la violation de la disposition communautaire, à savoir l'article 7.1 de la directive disposant que : <<1. Lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les États membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat. >>

En vertu du paragraphe précédent, il est évident que le mandat d'arrêt européen à l'encontre du demandeur en cassation, référencé dans l'interrogatoire policier du 12 juillet 2013 devrait absolument être remis, soit au demandeur en cassation personnellement, soit à son avocat. Cependant, ni le premier, ni le second, n'ont été mis en possession de ce document, ce qui constitue non seulement une violation flagrante de la disposition communautaire 7.1 de la directive 2012/13/UE, mais également une violation flagrante de la disposition conventionnelle 5 § 2 disposant que <<Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son

arrestation et de toute accusation portée contre elle >>, sans oublier la violation concomitante de la disposition conventionnelle 5 § 3 exigeant que : << Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure, (...) >> alors qu'en l'occurrence le demandeur en cassation fut incarcéré au Centre pénitentiaire de Luxembourg avant d'être traduit devant le juge d'instruction autorité émettrice du mandat d'arrêt européen et du mandat d'amener.

Il est aussi évident que le mandat d'amener aurait dû être remis au mis en procédure voire à son avocat, soit immédiatement lors de sa notification par les officiers de police judiciaire, soit au plus tard lors de la première comparution devant le juge d'instruction en charge de la procédure, alors que les dispositions du paragraphe 1^{er} de l'article 7 ne souffrent d'aucune exception.

En effet, ni les dispositions du paragraphe 3, ni celles du paragraphe 4, ne sont applicables aux dispositions du paragraphe 7.1, celles-ci constituent en réalité des dispositions obligatoires, non susceptibles de dérogations et se suffisant à elles-mêmes.

Et pour terminer, il y a lieu de noter que les dispositions de l'article 7.1 créent à charge des autorités intervenant dans le cadre de la phase pré-sententielle une véritable obligation de mise à disposition au profit de la personne mise en procédure, sinon de son mandataire, de tous les << documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention >>, ce qui revient ériger la remise des précités documents en véritable droit procédural dont le non-respect vicie au plus haut degré la procédure, aussi bien quant au volet recueillement des déclarations de la personne interrogée, que, surtout et de manière flagrante, lors de sa mise sous mandat de dépôt par le juge d'instruction

Conclusion intermédiaire 3.1 :

Or, en n'offrant pas au mis en procédure, sinon à son avocat la garantie de ces droits essentiels, il y a eu non seulement violation de la disposition communautaire précitée, mais encore violation des dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales notamment en ses articles 6 § 1 ensemble 6 § 3 b) ensemble 6 § 3 c) ensemble 5 § 2 ensemble 5 § 3, tout particulièrement en raison du fait que l'avocat de la personne interrogée n'a pu prendre position en connaissance de cause de la régularité des pièces invoquées, avant l'émission du mandat de dépôt par le juge d'instruction et que de surcroît le précité mandataire était de la sorte mis dans l'impossibilité de plaider des mesures alternatives à la mise en détention préventive, tel le contrôle judiciaire,

seconde branche,

3.2 *Violation des droits de la défense du demandeur en cassation pendant la phase pré-sententielle, notamment lors des différents interrogatoires en raison de l'absence de communication << des preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies, qui sont détenues par les autorités compétentes, afin de garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense >> (3.2).*

La demandeur en cassation n'a pas bénéficié du droit à un procès équitable tel que résultant de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 paragraphe 3c) de la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, notamment en ce point précis, qu'il n'a pas bénéficié d'une assistance effective d'un avocat lors de son premier interrogatoire devant le juge d'instruction, le mandataire n'ayant pas eu accès au dossier de son mandant préalablement à l'interrogatoire.

En effet, suivant l'article 85 du Code d'instruction criminelle, disposition générale et généralement appliquée reportant le droit d'accès au dossier après le premier interrogatoire, est en tout état de cause contraire au droit communautaire, tel que contenu dans l'article 7 de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012, d'application depuis le 2 juin 2014, de même qu'il contraire aux exigences des article 6 § 1 ensemble 6 § 3 c de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le demandeur en cassation admet qu'un avocat, inscrit sur le tableau de l'ordre, a bel et bien été présent lors de l'interrogatoire dans le cabinet du juge d'instruction, mais estime néanmoins que cette présence de l'avocat, purement formelle, ne saurait à l'évidence pas valoir assistance effective de la part du professionnel.

L'avocat, faute d'avoir eu communication préalable des preuves matérielles du dossier, faute de s'être vu communiquer les pièces importantes du dossier, n'a de ce fait pas pu préparer l'interrogatoire avec son mandant pas plus qu'il n'a été en mesure de l'assister dans sa stratégie de défense.

Enfin la seule présence de l'avocat lors de l'interrogatoire n'était qu'une formalité qui ne saurait être qualifiée d'assistance effective.

Dans l'arrêt Dayanan c. Turquie, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a déjà fait part de son point de vue, lequel elle a d'ailleurs limpide exposé en disant pour droit que :

<< Un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, ((la directive 2012/13/UE précitée n'exige cependant plus la privation de liberté) c'est nous qui soulignons) pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit. En effet, l'équité de la procédure requiert qu'il puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer. >>

A défaut de toute connaissance du dossier, il est évident que l'avocat n'a pas pu assister le demandeur de manière effective dans la préparation de son interrogatoire et que son rôle n'a pu être que grandement passif.

S'il est vrai que le terme << assistance >> est susceptible de deux acceptions, il va de soi que ce n'est que le sens de << soutien, appui, support >> qui est visé par l'arrêt Dayanan, pas le sens de simple << participation >>.

Or, en se basant sur l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 c) ensemble les articles 5 § 2 et 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le juge peut de facto déclarer irrecevable toute audition réalisée sans la présence d'un avocat ou ne pas reconnaître comme preuve les déclarations faites par la personne interrogée sans l'assistance d'un avocat après analyse minutieuse des circonstances de la cause tel que l'y invite la jurisprudence de la Cour EDH dans son arrêt récent dans l'affaire : Yunus Aktas et autres c. Turquie (Requête no 24744/03) du 20 octobre 2009 ;

[... suit une citation des paragraphes 44 à 51 de cet arrêt]

En sus de ce qui précède, le requérant invoque à titre d'illustration et de clarification, les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'appui de la thèse de la violation de ses droits de défense et notamment la violation des dispositions conventionnelles de l'article 6 § 1 ensemble l'article 6 § 3 c), ensemble les articles 5 § 2 et 5 § 3.

Ici, les arguments à l'appui du recours sont essentiellement, sinon exclusivement, tirés des principes généraux applicables en l'espèce tels qu'ils ont été exposés par la Cour européenne dans l'arrêt Salduz, Grande Chambre, du 27 novembre 2008, ainsi que de la jurisprudence strasbourgeoise postérieure en la matière ;

[... suit la citation d'extraits de plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme]

Comme précédemment invoqué, lors du premier interrogatoire devant le juge d'instruction, la présence de l'avocat aux côtés du requérant se résume à un "droit de participation" et ne constitue nullement un véritable droit d'assistance, ce qui apparaît encore plus clairement au vu notamment des termes mêmes des articles 84 et 85 du code d'instruction criminelle, ces derniers vidant en effet l'intervention du conseil de toute efficacité, en raison du fait que la communication avec l'avocat ne peut avoir lieu qu'une fois le premier interrogatoire terminé, et que l'avocat ne peut prendre inspection du dossier au plus tôt qu'après la signature du procès-verbal du premier interrogatoire par l'inculpé.

Et que sur ces points, la législation nationale est contraire aux exigences et standards strasbourgeois alors qu'elle réduit à néant l'assistance effective de

l'avocat à son mandant lors de la phase policière et même lors du premier interrogatoire devant le juge d'instruction, partant lors de la phase pré-sententielle, et ce de manière systématique en raison des dispositions légales.

La législation luxembourgeoise pose ainsi un obstacle tout aussi systématique, quoique plus insidieux, que celui pour lequel la Turquie a été condamnée dans le cadre de l'arrêt Salduz, (cf § 33 dudit arrêt).

A titre d'illustration, le requérant se réfère aux arrêts de la Cour EDH en relation avec la possibilité pour la personne mise en procédure de s'entretenir avec son avocat et de celle, pour l'avocat aux fins de pouvoir assister de manière concrète et effective, d'avoir accès au dossier lors de la phase pré-sententielle.

[... suit la citation d'extraits de plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme]

En guise de conclusion sur ce point de l'accès au mandant et à son dossier, il y a lieu de retenir la conclusion de Monsieur Franklin KUTY dans son ouvrage : (Justice pénale et procès équitable ; Tome 1 ; page 379 ; n° 1860) ; enseignant comme suit : << L'article 6§ 3 c de la Convention énumère, a dit la Commission, les droits de la défense, les érige "en garantie absolue" et constitue, de manière plus générale, un élément parmi d'autres de la notion de procès équitable en matière pénale. Il garantit un droit reconnu comme "essentiel" dans le cadre de la notion de procès équitable. Application particulière du principe général du procès équitable, le but et l'objet de cette disposition sont d'assurer une protection efficace des droits de la défense. Cette disposition internationale interdit ainsi qu'une procédure pénale se déroule sans une représentation appropriée de la défense ou qu'une procédure pénale se déroule sans que la défense ait eu la possibilité de faire valoir ses arguments de façon adéquate. >>

En outre, il y a lieu de souligner que le droit à l'assistance par un avocat doit être effectif et concret et non pas hypothétique et illusoire, et le requérant reprend à ce sujet la formule du juge PETTITI qui enseignait que << la jurisprudence de la Cour apporte notamment le principe général d'effectivité qui est surtout considéré au regard de l'exercice des droits de la défense et de l'organisation de l'aide judiciaire. L'intervention de l'avocat est nécessaire au regard de l'article 6, elle doit être de surcroît effective. >>

Cette assistance, guidée par << le principe général d'effectivité >> passe nécessairement par le droit de consulter le dossier, autrement dit par le plein accès au dossier, avant que l'inculpé ne soit entendu par la police ou le magistrat instructeur lors d'un premier interrogatoire.

Refuser à l'avocat le plein et entier accès au dossier aux fins de consultation avant l'audition policière ou le premier interrogatoire revient à empêcher ce dernier de fournir une assistance réelle et effective à son mandant telle qu'exigée dans la jurisprudence EDH, ce qui le réduit au rang de simple figurant.

Ce rôle est parfaitement incompatible avec les principes de loyauté de la procédure et de l'égalité des armes, principe devant guider une procédure équitable et contradictoire dans une société démocratique, et ce même au stade pré-sententiel.

Au vu de ce qui précède le demandeur en cassation estime qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 c) de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, lors de la phase pré-sententielle, violations qui n'ont pas été redressées par les chambres criminelles du tribunal d'arrondissement et de la cour d'appel dans leurs décisions respectives, qu'il y a partant lieu de casser et de renvoyer la cause devant la juridiction compétente, et ce malgré l'existence d'une jurisprudence de la Cour de la Courredh du 9 avril 2015 dans une affaire A.T. c Luxembourg estimant que:

<< 2. Par application de l'article 85 du Code d'instruction criminelle, les autorités luxembourgeoises reportent l'accès au dossier pénal jusqu'après le premier interrogatoire (voir, à ce sujet, paragraphe 30 ci-dessus). La Cour rappelle que des restrictions à l'accès au dossier aux stades de l'ouverture d'une procédure pénale, de l'enquête et de l'instruction peuvent se justifier par, notamment, la nécessité de préserver le secret des données dont disposent les autorités et de protéger les droits d'autrui (mutatis mutandis, Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin c. Ukraine, n° 1727/04, § 72, 24 juin 2010). En l'espèce, vu les motifs avancés dans la jurisprudence nationale, la Cour n'estime pas déraisonnable que les autorités internes justifient le défaut d'accès au dossier par des raisons relatives à la protection des intérêts de la justice. À cela s'ajoute que dès avant son inculpation, la personne interrogée dispose de toute liberté d'organiser sa défense (y compris le droit de garder le silence, de consulter le dossier après le premier interrogatoire devant le juge d'instruction, et de choisir sa stratégie de défense tout au long du procès pénal). Un juste équilibre est ainsi assuré par la garantie de l'accès au dossier, dès la fin du premier interrogatoire, devant les juridictions d'instruction et tout au long du procès au fond.

3. La Cour est d'avis qu'il ne lui appartient pas de décider si le requérant peut tirer du récent projet de loi (paragraphe 52 in fine) ou de la directive 2012/13/UE (paragraphe 37 ci-dessus) un droit pour le conseil d'avoir accès au dossier dès avant le premier interrogatoire du juge d'instruction. En effet, quant au projet de loi, il ne lui revient pas d'exprimer une opinion au sujet d'une initiative du législateur, actuellement en cours d'examen. Pour ce qui est de la directive, elle se borne à constater que le premier paragraphe de l'article 7 de cette directive concerne la question de la légalité de l'arrestation et de la détention, couverte par l'article 5 de la Convention. Ce qui est en cause en l'espèce est la question du respect des droits de la défense de l'« accusé » au sens de l'article 6 de la Convention. Or, à cet égard, le paragraphe 3 de l'article 7 de la directive dispose que l'accès aux pièces est accordé « en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation ».

4. La Cour estime que l'article 6 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant un accès illimité au dossier pénal dès avant le premier interrogatoire par le juge d'instruction, lorsque les autorités nationales disposent

de raisons relatives à la protection des intérêts de la justice suffisantes pour ne pas mettre en échec l'efficacité des investigations.

5. De l'avis de la Cour, ce constat ne saurait utilement être mis en échec par l'arrêt Sapan (précité) invoqué par le requérant. Dans l'affaire en question, le grief du requérant portait sur l'absence de toute assistance légale du requérant lors de son interrogatoire par la police et par le procureur auprès de la cour de sûreté de l'Etat d'Istanbul. Certes, l'arrêt mentionne le fait que l'avocat du requérant s'était vu refuser l'accès au dossier d'instruction par la cour de sûreté de l'État d'Istanbul. Toutefois, pour conclure à une violation de l'article 6, le comité de trois juges s'est uniquement basé sur les critères établis dans une jurisprudence considérée comme bien établie, à savoir l'absence de toute assistance légale du requérant qui était le résultat d'une application sur une base systématique des dispositions légales pertinentes (Salduz, précité).

6. Au vu de tout ce qui précède, la Cour considère que l'assistance de l'avocat lors de l'interrogatoire du 18 décembre 2009 n'a pas été ineffective en raison d'un défaut d'accès au dossier avant cet interrogatoire.

7. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention de ce chef. >>

Or, le demandeur en cassation considère cette affirmation de la Cour, dans son arrêt précité du 9 avril 2015, avec la plus grande prudence, non seulement parce qu'une procédure de demande de renvoi devant la Grande chambre est déposée, notamment en raison des incohérences et illisibilités mêmes de la jurisprudence de la Cour, une chambre considérant que l'arrêt Sapan n'aurait que l'autorité attachée à une décision provenant d'un comité de juges, alors que cette décision avait pourtant clairement pris position quant à la problématique de l'accès au dossier, sans que cependant la décision de cette même cinquième chambre ne satisfasse elle-même, aux exigences posées par la Grande Chambre dans ses arrêts notamment Salduz et Dayanan, quant au sens et contenu à donner à la notion de << toute la vaste gamme des interventions propres au conseil >>, notion forgée par la Grande Chambre elle-même, et dont le droit d'accès au dossier, droit réel et effectif, fait indéniablement partie intégrante, aux yeux du demandeur en cassation.

Non seulement, il y a lieu de noter l'incohérence et l'imprécision précitées au paragraphe précédent, mais faut-il encore noter et souligner que la Cinquième Section a décidé de singulièrement restreindre l'ampleur du droit d'accès au dossier sans guère préciser de façon claire et univoque les modalités et motifs précis d'une telle limitation.

Cette incohérence, illisibilité et restriction dont question dans les deux paragraphes précédents, prises isolément aussi bien que considérées dans leur ensemble, sont en complète contradiction avec les exigences relatives à la jurisprudence de la juridiction strasbourgeoises qui devrait, selon une expression évoquée récemment par le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, (Président Spielmann, Discours introductif du séminaire << La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? », Strasbourg, 31 janvier 2014 – Actes du séminaire, p. 5) demeurer le << centre de gravité de l'Europe des droits de l'homme >>, soutenu dans sa vision par rapport à la Cour strasbourgeoise par le Président Luzius Wildhaber, qui a

récemment noté dans un article dédiée à la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, qu' « une cour de l'importance de la Cour européenne des droits de l'homme a besoin d'un élément d'unité, de cohésion, de consolidation et d'autorité » (Luzius Wildhaber, « La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme », in La conscience des droits - Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Paris, Dalloz, 2011, p. 701). >>

Conclusion intermédiaire 3.2 :

Or, tel n'est actuellement pas le cas par rapport à la problématique qui préoccupe le demandeur en cassation dans le cadre de son mémoire au soutien du pourvoi et force est de constater que les juridictions luxembourgeoises, au fond, n'ont absolument pas procédé à un tel examen, précisément en ce qui concerne l'absence d'assistance réelle et effective d'un défenseur en raison de la privation d'accès au dossier de la procédure de ce dernier, de sorte qu'il y a lieu de retenir que les article 6 § 1 ensemble 6 § 3 c) ensemble les articles 5 § 2 et 5 § 3 ont été violés, en conséquence d'annuler l'arrêt sous pourvoi de la chambre criminelle pour violation des droits de la défense, droits fondamentaux et d'ordre public, caractère permettant de demander l'annulation en tout état de cause, même pour la première fois en cassation.

Et que par ailleurs et dans le même ordre d'idée, un justiciable, soumis au Droit luxembourgeois, ne dispose en outre pas de recours indépendant et autonome devant une juridiction nationale pendant la phase pré-sententielle aux fins de faire analyser une violation de ses droits de défense tels qu'issus du récent droit pénal communautaire, et la cour de cassation luxembourgeoise déclare même tout recours en cassation avant tout arrêt au fond et relatif à une telle violation grave et répétée des droits de la défense pendant la phase pré-sententielle, comme étant irrecevable, ce qui constitue une violation per se de l'article 13 conventionnel, d'autant plus que cette limitation générale de l'exercice du recours en cassation pendant la phase pré-sententielle découle d'une disposition légale, générale et systématiquement appliquée, notamment l'article 416 du code d'instruction criminelle.

C'est d'ailleurs également dans le cadre de son arrêt A.T. c Luxembourg du 9 avril 2015, § 92 la Couredh énonce comme suit : « Dans ses observations du 2 février 2015, le requérant allègue qu'il n'y a pas de ''recours indépendant et propre à sanctionner [l']absence d'assistance réelle et effective [de l'avocat] pendant la phase pré-sententielle, tel qu'il résulte [d'un] récent arrêt de la Cour de cassation'' ayant déclaré un pourvoi irrecevable en application de l'article 416 du Code d'instruction criminelle qui dispose que « le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d'instruction (...) n'est ouvert qu'après l'arrêt ou le jugement définitif » (Cass., 29.1.2015, n° 8/2015 pénal).

83. La Cour se doit de constater que ces critiques, non contenues dans la requête initiale, ont été émises plus de six mois après la décision interne définitive. Partant, ce grief est à déclarer irrecevable pour non-respect de la règle des six mois énoncée à l'article 35 § 1 de la Convention. >> alors même que dans le cadre de cette procédure le requérant avait soumis le précité arrêt de cassation à titre

d'exemple d'illustration et non à titre de grief supplémentaire, étant bien évidemment averti des conséquences de l'écoulement du délai de six mois.

Mais voilà donc arrivé le temps du changement, l'exemple d'illustration se muant en grief, partant en moyen. »

Attendu que le demandeur en cassation soutient que, lors d'un interrogatoire devant la police judiciaire le 12 juillet 2013, il n'a pas été suffisamment informé, d'une part, de ses droits à l'assistance d'un avocat, de sorte que sa renonciation à cette assistance n'aurait pas été suffisamment éclairée (premier moyen) et, d'autre part, de l'infraction qui lui était reprochée (deuxième moyen), que le titre de détention ne lui a pas été remis en copie au moment de sa privation de liberté (troisième moyen, première branche) et que son avocat n'a pas reçu communication du dossier répressif avant le premier interrogatoire par le juge d'instruction, de sorte qu'il n'aurait pas pu assister le demandeur d'une façon effective, (troisième moyen, seconde branche) ; que partant ses droits découlant des dispositions de la directive du 22 mai 2012 citée aux moyens auraient été violés ;

Attendu que ces moyens, critiquant des actes de la procédure préliminaire et de l'instruction préparatoire, visent la nullité de ces actes ;

Attendu que sont soumises à la procédure de recours devant la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement prévue par les dispositions des articles 48-2 et 126 du Code d'instruction criminelle, toutes les nullités de la procédure préliminaire et de la procédure d'instruction préparatoire, quelle que soit la violation de la règle de droit invoquée, législation nationale ou internationale ;

Attendu que le demandeur n'a pas exercé ces recours ; qu'il s'ensuit qu'il ne saurait se plaindre d'une violation de ses droits de défense ;

Que les moyens ne sont dès lors pas fondés ;

Sur les quatrième et cinquième moyens de cassation réunis :

tirés, **le quatrième,**

« de la violation de l'article 13 de la Convention EDH en raison de l'absence de recours en cassation autonome et effectif << propre à >> et << pendant la >> << phase instructionnelle >> en cas de violation des droits de la défense.

Ledit article dispose que : << Article 13 – Droit à un recours effectif

Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. >>

Que le recours effectif doit exister non seulement devant les juridictions de premier degré et d'appel, à savoir les juridictions de fond mais également devant la juridiction de cassation, juge du contrôle de la légalité, et qu'il y a lieu de rappeler que le justiciable jouit également au regard de l'article 6 § 1 conventionnel d'un droit d'accès au juge de cassation.

La concluante fait ici sienne l'argumentaire de la CEDH dans une affaire GUERIN c France, requête 51/1997/835/1041 dont le pourvoi fut certes déclaré irrecevable en raison du fait que le requérant ne s'était pas constitué prisonnier avant l'audience de son pourvoi, ce qui la différencie de la présente affaire ;

[... suit la citation d'extraits de cet arrêt]

Qu'il y a partant lieu d'y remédier, << du moins sur le plan de la forme >>, en offrant un recours autonome et effectif, à la partie demanderesse en cassation tel que l'exige l'article 13 conventionnel EDH, d'autant plus que l'article 8.2 de la directive 2012/13/UE dispose que : << Les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies, ou leur avocat, aient le droit de contester, conformément aux procédures nationales, le fait éventuel que les autorités compétentes ne fournissent pas ou refusent de fournir des informations conformément à la présente directive >>, ce qui est toujours et encore le cas dans la procédure pénale luxembourgeoise, étant rappelé que le recours en cassation autonome en cas de violation des droits de la défense, de même qu'en matière de violations de droits procéduraux, est inexistant en droit luxembourgeois, vu que le recours en cassation relatif à ces précitées violations ne peut se faire qu'ensemble avec le recours en cassation contre l'arrêt de condamnation au fond.

Conclusion intermédiaire 4 :

Or, au vu de l'état actuel du droit de procédure luxembourgeois, et notamment en raison de l'existence de la disposition légale de l'article 416 du code d'instruction criminelle, le justiciable luxembourgeois ne peut faire valoir la violation de ses droits de défense pendant la phase pré-sententielle, de manière autonome, réelle et effective, mais il doit attendre sa condamnation sur le fond avant de pouvoir agir contre de telles violations, alors que ces droits de défense sont expressément consacrés par la récente législation communautaire en vigueur au moment de la rédaction du présent recours en cassation, et ce nonobstant le refus persistant de la part du gouvernement luxembourgeois de transposer les directives dans le délai prévu, de sorte que cette absence de possibilité, sinon impossibilité, sinon possibilité irrémédiablement vouée à l'échec, d'introduire un recours en cassation afin de remédier à ces violations des droits de la défense pendant la phase pré-sententielle constitue << per se >> une violation de l'article 13 conventionnel.

Et additionnellement, le demandeur en cassation demande à votre demande à votre haute juridiction de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne de deux questions préjudicielles en relation avec la directive précitée à savoir :

Premièrement :

En cas de non transposition, dans le délai prévu, d'une directive européenne, consacrant au profit du justiciable des droits de défense réels et effectifs, est ce qu'une disposition nationale de procédure pénale, existante mais contraire à la directive même, peut-elle, à elle toute seule, mettre à néant les droits consacrés par la directive, voire peut-elle, combinée avec une autre disposition de droit de procédure pénale, empêcher le justiciable de présenter un recours en cassation, recours autonome avant tout débat sur le fond, et principalement fondé sur les droits de défense effectifs et réels créés par la directive non encore transposée.

Deuxièmement :

Est-ce que l'article 7 de la directive doit être interprété en ce sens qu'il consacre un droit réel et effectif à l'accès au dossier, droit pouvant être invoqué, au profit du, ou par le justiciable, ou son avocat, et ce à chaque stade de la procédure, notamment aussi bien au stade de la phase de l'enquête policière, de même qu'au stade de l'instruction, que lors des débats devant la juridiction du fond et ce dans le seul but de garantir une procédure pleinement contradictoire et transparente dès son origine ? » ;

et, le cinquième,

« de la violation de l'article 6 § 1 ensemble l'article 6 § 3 c, de la convention en raison de l'absence de recours en cassation autonome et effectif << propre à >> et << pendant la >> << phase instructionnelle >> en cas de violation des droits de la défense.

Refuser au demandeur en cassation le droit d'accès à la Cour de cassation en matière procédurale avant une condamnation au fond et ce au moyen d'une disposition légale systématiquement appliquée, à lire l'article 416 du Code d'instruction criminelle, contrevient manifestement aux exigences des articles 6 § 1 ensemble l'article 6 § 3 c) de la convention, d'autant plus que les juridictions, de première instance et d'appel, se sont référées à et basées sur ces actes de procédures faits en contravention de ses droits de défense élémentaires afin d'entrer en voie de condamnation à l'encontre du demandeur en cassation.

Exiger du demandeur en cassation, de devoir attendre une condamnation sur le fond avant de pouvoir faire valoir, au moyen d'un pourvoi en cassation, les atteintes graves et répétées à ses droits de défense commises pendant la phase instructionnelle, reviendrait à le priver d'un recours autonome, effectif et réel pendant la phase pré-sententielle, le privant de la sorte d'un procès équitable tel qu'exigé par l'article 6 conventionnel, même en prenant en considération la procédure dans son ensemble.

Faute de tel recours, le demandeur en cassation ne bénéficie actuellement pas en matière de procédure pénale, du droit d'accès à un tribunal ainsi que du droit à un tribunal, droits consistant à garantir un procès équitable.

Notons simplement qu'en matière de droit de procédure pénale, aussi bien belge que français, desquels s'inspire, sinon sur lesquels est calqué voire copié le

<< droit de procédure pénale luxembourgeois, >> une possibilité de faire un pourvoi en cassation propre à toiser les problèmes relatifs à la violation des droits de défense ainsi que ceux en relation avec la procédure pénale proprement dite est admise depuis fort longtemps, de manière autonome et de manière à garantir au justiciable un recours effectif et réel.

Le demandeur en cassation se permet de citer un extrait de la décision Delcourt contre Belgique.

[... suit la citation du point 25 de cet arrêt]

Il résulte de ce qui précède que le demandeur est fondé à demander à voir ses griefs, relatifs à la violation de ses droits de défense pendant la phase pré-sententielle, analysés par la cour de cassation, son pourvoi étant recevable en tout état de cause et fondé pour le surplus, et ce malgré la disposition légale de l'article 416 du Code d'instruction criminelle.

Conclusion intermédiaire 5 :

En conséquence de quoi le demandeur en cassation demande à la haute juridiction d'analyser les griefs relatifs au non-respect de ses droits de la défense, de casser et d'annuler l'arrêt sous pourvoi pour s'être basé sur des actes faits en complète violation de ses précités droits, faute de quoi la violation de l'article 6§1 ensemble l'article 6 § 3c) serait irrémédiablement donnée partant de renvoyer l'affaire devant une cour d'appel autrement composée. »

Attendu que le demandeur en cassation soutient qu'au regard des dispositions de l'article 416 du Code d'instruction criminelle, il est privé de la possibilité d'attaquer immédiatement par un pourvoi en cassation la violation de ses droits de défense, à savoir plus particulièrement le refus d'accès au dossier avant le premier interrogatoire par le juge d'instruction ;

Attendu, cependant, que le demandeur ne se prévaut, dans ce contexte, ni d'une décision de refus, ni d'un recours qu'il aurait exercé contre un tel refus et qui aurait été rejeté, partant d'une décision susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation, de sorte que les moyens sont basés sur une discussion purement théorique et hypothétique et qu'ils sont partant non fondés ;

Qu'il s'ensuit encore que les questions préjudicielles proposées sont dénuées de tout fondement ;

Sur le sixième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 6 § 1 ensemble l'article 6 § 3 d), de la Convention en raison de l'absence de possibilité pour le demandeur en cassation de faire interroger les témoins à charge ou à décharge pendant la procédure d'appel, notamment lors de l'audience d'appel au fond, alors que le

demandeur en cassation fut condamné essentiellement sur base de << ouï-dires >> et de << cru voir >> de témoins, plus aucun autre devoir ne fut entrepris lors de l'audience au fond devant la Cour d'appel autre que celui de réentendre l'accusé-appelant devant la barre.

Un bref rappel du déroulement de la procédure d'appel se trouve évoqué aux pages 17 et 18 de l'arrêt, reproduites ici pour les besoins des passages pertinents :

<< Le mandataire de l'appelant expose que toutes les accusations portées contre son mandant sont basées exclusivement sur des ouï-dires et des ''cru voir'' de prétendus témoins oculaires, qu'il n'y a aucune certitude quant à l'arme utilisée, que les dépositions des témoins varient entre une bouteille cassée et un couteau, qu'il y a absence de certitude, sinon doute par rapport à l'auteur du prétendu coup de couteau. Il analyse les différentes dépositions et estime que le doute doit profiter à l'accusé. Il conclut à l'acquittement pur et simple de X, sinon au profit du doute.

Le représentant du Ministère public relève que la présente affaire a débuté avec le vol d'un téléphone portable par A) ou le vol ou le refus par la victime de payer de la cocaïne à l'accusé, qu'il s'en est suivi une rixe inutile pour un motif futile au cours de laquelle B) a été blessé au cou à la suite d'une attaque avec un objet tranchant, un couteau ou un tesson de verre, que le témoin C) a vu un couteau, qu'il existe également une thèse mixte d'un couteau caché derrière une bouteille, qu'en conséquence le sang a giclé du cou de la victime dont l'artère carotide a été touchée, que la victime a été immédiatement transportée à l'hôpital sans même attendre l'ambulance, que selon le Docteur D) cette circonstance heureuse lui a sauvé la vie, que la blessure subie aurait été mortelle.

Le représentant du Ministère public énumère les différentes circonstances de l'affaire : - les faits se sont déroulés dans un milieu social de toxicomanes, de sans-papiers, qui communiquent peu avec les autorités, - A) a donné des instructions au prévenu de partir afin d'innocenter ce dernier et d'en détourner les soupçons, elle a suivi E) dans la rue et dans un autre café, elle a indiqué à la police le nom de E), toutefois aucun des témoins n'a reconnu E) comme auteur des faits, - la ressemblance physique entre E) et l'accusé a dérouté les témoins, - il y a eu des menaces de proches du prévenu, en l'occurrence de son frère, à l'égard d'un témoin, - il y a même eu recours à un faux témoignage par F).

Quant aux différents témoignages, le Ministère public relève que la victime B) a formellement identifié six mois après les faits l'accusé comme auteur, que cette identification a été confirmée lors de la confrontation des parties, que la déposition du témoin G) a connu plusieurs versions, que seulement lors de sa deuxième audition devant les juges de première instance, elle a formellement reconnu le prévenu, qu'elle a donné comme explication le fait qu'elle se soit trouvée sous le coup de menaces, qu'il n'y a pas lieu de se fonder exclusivement sur cette déposition, sinon, qu'il y a lieu de réentendre ce témoin, que le témoin C) a déposé en avril 2012 disant que E) ressemblait le plus à l'auteur au regard de sa tête chauve et de sa stature, qu'à l'audience devant la juridiction de première instance, il a reconnu que E) et X se ressemblaient, mais que ce dernier avait un teint plus foncé, mais qu'il n'était toutefois pas sûr à 100 %.

Le Ministère public considère qu'il faut combiner, en l'occurrence, les divers éléments, que l'ami de A) a été reconnu comme étant l'auteur du crime par plusieurs témoins, que l'accusé était le nouvel ami de A), qu'il était présent au lieu et au moment du crime, que le fait que l'accusé est gaucher est sans incidence conformément aux explications de la victime à l'audience de première instance.

Le représentant du Ministère public conclut à la confirmation de la qualification de tentative de meurtre retenue en première instance au motif qu'il y a eu un commencement d'exécution, que les blessures étaient potentiellement mortelles et que l'intention se dégage du moyen employé.

Au titre de circonstances atténuantes, le Ministère public retient le casier vierge de l'accusé, l'état alcoolisé dans lequel il se trouvait au moment du fait, le choc qu'il a ressenti, conformément à la déposition du témoin G), ce qui établit qu'il n'a pas exécuté ce geste de sang-froid, que par ailleurs le fait se situe dans le cadre d'une bagarre avec la victime qui n'était pas innocente.

Quant à la peine, tout comme en première instance, le représentant du Ministère public requiert la condamnation du prévenu à une peine de réclusion de treize ans et il ne s'oppose pas à voir retenir en sa faveur des circonstances atténuantes et à le faire bénéficier d'un sursis partiel à l'exécution de cette peine.

Les premiers juges ont fourni un exposé détaillé des faits, sur base de l'ensemble des éléments du dossier répressif, et la chambre criminelle de la Cour d'appel y renvoie, aucun élément factuel nouveau n'ayant été produit en instance d'appel.

Devant la Cour, la défense a réitéré son moyen selon lequel il y a absence de certitude, sinon doute, par rapport à l'auteur du prétendu coup de couteau. >>

Tout d'abord, il y a lieu de souligner que l'avocat général, au vu de l'inconstance des déclarations de tous les témoins en la cause, dans sa prudence et sagesse, estime, voire implicitement demande, à la Cour de réentendre au moins la dénommée témoin G), probablement au vu du fait que la déclaration du précité témoin était capitale pour les poursuites relatives au chef d'accusation de tentative de meurtre, d'autant plus qu'il n'y avait aucune preuve directe de ce qui s'était passé le soir des faits dans le café dans lequel la prétendue victime s'est retrouvée grièvement blessée au cou, en d'autres termes aucun des témoins interrogés sur les lieux de l'incident, voire plus tard dans le cadre de l'instruction, ne déclara avoir vu l'inculpé poignarder la victime.

Que cette déclaration était des plus capitales en relation avec le chef d'accusation de tentative de meurtre ressort d'ailleurs bien du jugement rendu par la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement, les juges de première instance retenant pour leur part à la page 5 de leur jugement que: << La chambre criminelle estime qu'il résulte de l'ensemble du dossier répressif ensemble les débats menés aux audiences de la chambre criminelle, et notamment sur base des déclarations formelles aussi bien de la victime B) (témoin entendu sous la foi du

serment à l'audience et se constituant dans la foulée) que du témoin H) (sa compagne sic!) que le prévenu X est bien l'auteur de l'agression sur B). >>

Le demandeur en cassation invoque ici l'affaire de Grande Chambre, requêtes n° 26766/05 et 22228/06 Al KHAWAJA ET TAHERY c. Royaume-Uni du 15 décembre 2011, estimant comme il est dit au § 13 que << la véritable question qui se posait était celle de savoir si l'accusé pourrait contester cette déclaration dans des conditions équitables pour lui (...) >> alors que (même arrêt § 26) << la clause de l'article 6 § 3 d) reconnaissant à l'accusé le droit de [faire] interroger les témoins à charge constitue un aspect particulier du procès équitable. Mais lorsque l'accusé ne peut exercer ce droit, il faut se demander si « la procédure, envisagée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable. (Doorson, paragraphe 19). >>

Or, le demandeur en cassation note que, le fait qu'il n'a plus été confronté avec les témoins à charge; qu'il n'a plus pu interroger les témoins éventuellement à décharge lors de l'audience d'appel; que les conseillers ont simplement << renvoyé à l'exposé détaillé des faits fourni par les premiers juges, aucun élément factuel nouveau n'ayant été produit en instance d'appel >> faute bien évidemment d'instruction réelle et effective de l'affaire au fond lors de l'audience d'appel, ont eu irrémédiablement pour conséquence la violation de son droit à un procès équitable tel inscrit dans l'article 6 conventionnel, la procédure dans son ensemble n'ayant pas revêtu un caractère équitable, alors que le verdict de culpabilité fût, majoritairement sinon uniquement, sinon dans une mesure déterminante, fondé sur des preuves par ouï-dire.

En effet, l'article 6 § 3 d) dispose que: << Tout accusé a droit notamment à 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 ; >>

Or, à aucun moment le demandeur en cassation n'a eu l'occasion de bénéficier de cette disposition malgré le fait que le représentant du parquet avait même invité la Cour à faire bénéficier l'accusé de la faculté d'être confronté en audience publique au témoin principale, pour ne pas dire capitale, demande à laquelle la Cour n'a pas fait droit tout en condamnant le demandeur en cassation lourdement.

Faute de véritable instruction à l'audience, alors qu'une instance d'appel, réelle et effective, suppose et exige une véritable analyse en fait et en Droit, double degré de juridiction oblige, le demandeur en cassation n'a pas bénéficié en instance d'appel d'un procès équitable, pas plus que la procédure pénale n'a revêtu, dans son ensemble, un caractère équitable.

Il y a à ce sujet tout particulièrement lieu de se reporter au §§ 62 et 63 de l'arrêt SCHATSCHASCHWILI c GERMANY requête 9154/10 du 17 avril 2014.

[... suit la citation des paragraphes 9 et 10 de cet arrêt]

Or, à aucun moment, ni en première instance, ni en instance d'appel les autorités luxembourgeoises n'ont fait le moindre effort, ni n'ont convoqué les autorités étrangères, notamment françaises, aux fins de faire convoquer, sinon de faire venir assister la dénommée A) à une des précitées audiences de jugement sur le fond, alors que le ministère public n'hésite aucunement à imputer un comportement protecteur sinon << manigancateur >> à la précitée dame A), ce que l'arrêt reprend d'ailleurs à la page 17 en retenant comme suit:

<< Le représentant du Ministère public énumère les différentes circonstances de l'affaire : - les faits se sont déroulés dans un milieu social de toxicomanes, de sans-papiers, qui communiquent peu avec les autorités, - A) a donné des instructions au prévenu de partir afin d'innocenter ce dernier et d'en détourner les soupçons, elle a suivi E) dans la rue et dans un autre café, elle a indiqué à la police le nom de E), toutefois aucun des témoins n'a reconnu E) et l'accusé a dérouté les témoins, - (...) >>

Au vu de ces seules déclarations faites par la dénommée A) et surtout reprise par le ministère public et par la Cour d'appel, ce qui démontre l'influence du prétendu comportement attribué à la précitée, il aurait été absolument déterminant d'entendre la dénommée A) du moins lors d'une audience au fond ou du moins de faire de raisonnables efforts aux fins de s'assurer de sa présence lors d'une des audiences de fond.

Or rien de tel n'a été entrepris par les autorités en charge de la poursuite à l'encontre de l'accusé de sorte que la procédure dans son ensemble n'a pas satisfait aux exigences de l'article 6 conventionnel ni lors de l'instance sur le fond en première instance en moins encore en appel, partant l'arrêt de condamnation du demandeur en cassation est à casser et à annuler pour violation grave et répétée des droits de défense du demandeur en cassation lors des audiences de fond.

*Par ailleurs et dans le même ordre d'idées, le demandeur en cassation invoque à l'appui de ses dires le §65 du précité arrêt *SCHATSCHASCHWILI c GERMANY*.*

[... suit la citation des paragraphes 65 à 69 de cet arrêt]

Or, aucune telle démarche ne fut même tentée dans le cadre de l'affaire au fond du demandeur en cassation.

Pas non plus de garde-fous dans la procédure pénale luxembourgeoise qui auraient pu combler les précitées lacunes dans le but de garantir au demandeur en cassation la tenue de son procès suivant les préceptes et exigences du procès équitable, vu notamment la lourdeur de la peine prononcée, ensemble le fait qu'on se trouvait en présence de preuves décisives, et qui ont été considérées par les juges comme telles.

Il y a lieu de reproduire ici l'opinion dissidente du Juge POWER-FORDE qui semble mieux convenir à la situation du demandeur en cassation, dans laquelle il y a clairement eu violation des articles 6 § 1 ensemble 6 § 3 d) aussi bien lors de l'audience au fond devant le tribunal d'arrondissement que lors de l'audience d'appel, lors de laquelle plus aucun témoin à charge ou à décharge ne fut plus entendu suivant une pratique courante des autorités judiciaires luxembourgeoises.

[... suit la citation des paragraphes 3 à 16 de cette opinion]

Conclusion intermédiaire 6 :

Le requérant demande à votre haute juridiction, la cassation partant l'annulation de l'arrêt le condamnant pour violation de l'article 6 § 1 ensemble l'article 6 § 3 d), de la Convention en raison de l'absence de possibilité pour le demandeur en cassation de faire interroger les témoins à charge ou à décharge pendant la procédure d'appel, notamment lors des audiences au fond, alors que ses droits de l'article 6 § 3 d) ont été gravement violés et que sa condamnation repose essentiellement sinon exclusivement sur des déclarations de témoins dont il n'a pas pu contre-examiner les dires lors des audiences au fond ce qui avait pour conséquence qu'il n'a pas pu bénéficier d'un procès équitable et ce sous l'angle d'analyse de l'intégralité de la procédure ayant abouti à sa lourde condamnation en conséquence de quoi il demande à votre juridiction de renvoyer l'affaire devant une chambre criminelle d'appel autrement composée. »

Attendu que le demandeur en cassation fait grief à la Cour d'appel respectivement de ne pas avoir entendu un témoin à l'audience et de ne pas avoir réentendu un témoin entendu en première instance ;

Attendu qu'il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt attaqué que le demandeur ait sollicité devant la Cour d'appel l'audition des personnes concernées ;

Attendu qu'il ne saurait être reproché aux juges du fond, qui apprécient souverainement l'opportunité de l'accomplissement d'actes d'instruction complémentaires, de ne pas avoir d'office ordonné l'audition de témoins, la simple suggestion du représentant du Ministère public à l'audience d'entendre un témoin étant dénuée de pertinence dans ce contexte, de sorte que les juges d'appel n'ont pas violé les dispositions visées au moyen ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le septième moyen de cassation :

tiré « de la violation du principe que la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations par rapport à la blessure de la prétendue victime, partant n'a pas justifiée sa décision.

Il ne s'agit ici nullement de revenir sur les faits alors que tel n'est nullement l'objet du pourvoir et encore moins la mission du juge de cassation, cette procédure n'étant pas un troisième degré de juridiction.

Or dans le cadre de l'analyse le demandeur en cassation reprend les paragraphes de l'arrêt qui ont lors desquels les conseillers d'appel se sont basés pour entrer en voie de condamnation pour tentative de meurtre à l'encontre du demandeur en cassation.

Les voici donc,

<< Le témoin C), qui ne semble pas faire partie d'un des groupes d'antagonistes, a observé l'altercation entre deux femmes qui a escalé lorsque que des hommes s'y sont mêlés. Ce témoin a déposé qu'à un certain moment deux hommes se sont trouvés face-à-face et qu'il a pu voir que l'un des hommes a porté un coup en direction du cou de l'autre, qu'il a vu le sang qui giclait de suite du cou de la victime. Quant à l'auteur, il a remarqué que tout de suite après l'attaque, l'auteur ainsi que son groupe ont quitté le café de même que la victime. Ce témoin a appelé la police. Il a fourni une description de l'auteur suivant laquelle celui était âgé d'environ 30 ans, type maghrébin, chauve, +/- 180 cm, allure sportive. Il a déposé qu'il ne voit pas l'auteur sur la planche lui soumise, mais que l'auteur ressemblait à E), tout en étant sûr que ce n'était pas ce dernier.

Suite à son extradition, E) relate avoir été seul au café "Chez Nadia" le 31 octobre 2012, que son ancienne amie A) serait entrée en compagnie d'un homme qu'elle lui aurait présenté comme son nouvel ami "Issam", qu'il aurait parlé à cet homme, que suite à une dispute entre A) et une autre femme, B) et "Issam" se seraient bousculés et que soudainement "Issam" aurait porté un coup de poing à B), les deux se trouvant face à face et sur ce, B) se serait tenu le cou et il aurait vu le sang gicler du cou de ce dernier.

Il est constant en cause que B) a été blessé au côté droit de son cou.

La défense soutient qu'il serait impossible que l'accusé, qui est gaucher, lui ait infligé cette blessure, étant donné que la victime aurait déposé qu'au moment de l'attaque, elle se serait tournée vers la gauche pour s'en aller.

A l'audition devant la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement, B) a déposé qu'il se trouvait face à face avec l'accusé, qu'il voulait partir, qu'il se tournait un peu et qu'alors l'accusé lui donna un coup avec la main gauche.

Il résulte de l'expertise que la blessure se situait au côté droit du cou de la victime, que la blessure de cinq centimètres passait de "von oben/hinten nach unten/vorne", qu'elle est désignée, "als Schnitt-Stich-Verletzung ... die auf eine scharfe Gewalteinwirkung zurückzuführen ist" et "dass durch diese 'Schnittverletzung' zum einen der grosse Kopfwendemuskel verletzt wurde, aber auch die hierunter in der Tiefe gelegene Halsgefäße (Anstich der inneren Halsschlagader, Verletzung eines Astes der inneren Halsvene)".

Le geste de X était un geste ciblé sur une partie particulièrement vulnérable du corps et B) n'échappa de cette agression que par le plus grand des hasards. Il ne s'agissait nullement d'un coup porté aveuglement, mais bien d'un coup qui visait une partie déterminée du corps, en l'occurrence le cou de B).

Le comportement de l'accusé, tant lors de la commission de l'acte qu'après les faits, établit que celui-ci avait l'intention de donner la mort, dès lors qu'il est constant en cause qu'il a donné un coup avec un objet tranchant au cou de la victime de telle sorte que le sang a giclé de la blessure et qu'il s'est enfui sans avertir les services de premier secours tout de suite après les faits emmenant avec lui l'arme pour la faire disparaître, cette arme n'ayant jamais été retrouvée.

C'est par une juste appréciation, tant en fait qu'en droit, de ces faits, que les juges de première instance ont retenu qu'il résulte de l'ensemble du dossier répressif et des débats menés aux audiences de la Chambre criminelle, et notamment sur base des dépositions de la victime B) et de celles des autres témoins relatées au jugement, que le prévenu X est l'auteur de l'agression sur B) et lui a porté le coup le blessant grièvement au cou.

C'est à bon droit que les juges de première instance ont décidé que le prévenu a, au moyen d'un objet contondant, causé une blessure entraînant un saignement important au niveau d'une artère et d'une veine, partant à l'aide d'un moyen normalement propre à causer la mort et qu'il résulte de l'arme employée et de la manière dont elle a été utilisée, qu'au moment où cet acte a été commis de manière délibérée par X, celui-ci avait nécessairement l'intention de donner la mort à sa victime ou en avait du moins accepté l'éventualité.

X a été à bon droit déclaré convaincu de la prévention de tentative de meurtre sur la personne de B) et la chambre criminelle de la Cour d'appel adopte à cet égard la motivation du jugement déféré. >>

De la sorte les constatations faites, et les éléments retenus, par la cour d'appel sont les suivants :

- les déclarations faites par un témoin tiers indépendant relatives au fait que prétendus auteur et victime se sont trouvés face à face au moment et que ce témoin a vu l'auteur porter un coup de couteau en direction du cou de la victime ;

- les déclarations faites par un co-mis en procédure consistant dans les affirmations que le demandeur en cassation aurait porté un coup de poing (donc un coup droit) à la victime, les deux se trouvant face à face; que sur ce la victime se serait tenu le cou et il aurait vu le sang gicler du cou de la victime ;

- l'endroit de la blessure à savoir le cou de la victime ;

- la déclaration à l'audience de la prétendue victime qu'elle se serait trouvée face à face avec le prétendu auteur au moment où elle a reçu un coup ;

- le rapport d'expertise décrivant une blessure située à droit du cou de la victime d'une longueur de 5 cm et surtout allant de << von oben/hinten nach unten/vorne >> blessure décrite comme une << Schnitt-STICH-Verletzung >>

Sans revenir sur les faits, il résulte de la combinaison des différents éléments précités que le prétendu coup de couteau n'a pas pu être donné par un auteur se trouvant en face de la prétendue victime alors que la description de la blessure fait apparaître que l'entrée de la blessure se trouve à l'arrière du cou de la victime et non à l'avant, d'autant plus que le déroulement de la blessure va de << von oben hinten nach vorne unten >> et que la blessure n'est pas seulement la résultante d'une action taillante/coupante, mais également piquante/perçante.

Les juges d'appel n'ont ainsi pas tiré les conséquences de leur propres constatations en retenant par rapport au coup porté qu' <<il ne s'agissait nullement d'un coup porté aveuglément, mais bien d'un coup qui visait une partie déterminée du corps, en l'occurrence le cou de B) >> alors que la direction de laquelle le coup fut donné n'est pas déterminée à l'exclusion de tout doute, pas plus qu'il n'est démontré que c'est bien le demandeur en cassation qui l'aurait donné, aucun témoin n'a été formel quant à ce point.

Conclusion intermédiaire 7 :

L'arrêt est sujet à cassation. »

Attendu que sous le couvert de la violation du principe articulé au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause ;

Qu'il s'ensuit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 6,75 euros.

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

Georges SANTER, président de la Cour,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Jean-Claude WIWINIUS, conseiller à la Cour de cassation,

Rita BIEL, conseiller à la Cour d'appel,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier Viviane PROBST.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur Marc HARPES, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.