

N° 05 / 2021 pénal
du 14.01.2021
Not. 2178/17/CD
Numéro CAS-2020-00009 du registre

La **Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg** a rendu en son audience publique du jeudi, **quatorze janvier deux mille vingt-et-un,**

sur le pourvoi de :

X, né le (...) à (...), demeurant à (...),

prévenu et défendeur au civil,

demandeur en cassation,

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

en présence du **Ministère public**

et de :

Y, demeurant à (...),

demanderesse au civil,

défenderesse en cassation,

l'arrêt qui suit :

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 4 décembre 2019 sous le numéro 418/19 par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître Pierre MEDINGER, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Roby SCHONS, avocat à la Cour, au nom d'X, suivant déclaration du 2 janvier 2020 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 29 janvier 2020 par X à Y, déposé le même jour au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Michel REIFFERS et les conclusions de l'avocat général Monique SCHMITZ ;

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, avait condamné X du chef des infractions de faux, d'usage de faux, d'abus de faiblesse, d'escroquerie, d'abus de confiance et de blanchiment à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis probatoire partiel, à une peine d'amende et au paiement de dommages-intérêts. La Cour d'appel, après avoir dit non fondée l'exception d'incompétence de la chambre correctionnelle, a déclaré le demandeur en cassation forclos à soulever la nullité de l'instruction judiciaire, a dit qu'il n'y avait pas lieu d'annuler le jugement entrepris et qu'il n'y avait pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle de constitutionnalité, a acquitté X de deux infractions d'escroquerie et a confirmé pour le surplus le jugement entrepris au pénal et au civil.

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

Enoncé des moyens

le premier, tiré de la « *Violation de la présomption d'innocence du demandeur en cassation en raison de l'application de l'article 81 du code d'instruction criminelle lors du premier interrogatoire* »

Art. 81 du code d'instruction criminelle
<< (L. 16 juin 1989)

(1) *Lors de la première comparution de l'inculpé détenu ou libre, le juge d'instruction constate l'identité de l'inculpé, lui fait connaître expressément chacun des faits qui lui sont imputés et lui indique les actes accomplis au cours de la procédure de flagrant crime ou délit ou au cours de l'enquête préliminaire.*

(2) *Avant de procéder à l'interrogatoire, le juge d'instruction donne avis à l'inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage. A défaut de choix il lui en désigne un d'office, si l'inculpé le demande.*

(3) *L'inculpé peut également choisir un avocat habilité à exercer ses fonctions dans un autre Etat membre des communautés européennes, en conformité de la réglementation en vigueur, à condition que ce choix n'entrave pas le bon fonctionnement de la justice, auquel cas les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables.*

(...)

(12) *Les dispositions des paragraphes 1, 2, 4, 6, 8 et 10 sont à observer à peine de nullité. >>*

Que cette disposition légale fut manifestement violée lors de l'interrogatoire de première comparution du demandeur en cassation et qu'il suffit par ailleurs de se référer aux deux premières pages recopiées dans le cadre du présent mémoire en cassation pour s'en convaincre, pages que voici.

<< Not. 2178/17/CD

Procès-verbal de première comparution

L'an deux mille dix-sept, le 3 mars à 9.50 heures.

Par devant Nous, Nadine SCHEUREN, juge d'instruction près le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, assistée de Christiane BERNS, greffière près le même Tribunal, a comparu la personne ci-après dénommée, qui, interpellée sur ses nom, prénom, âge, profession, lieu de naissance et domicile, a déclaré ce qui suit :

"Je me nomme X, sans état, né le (...) à (...), demeurant à (...)."

Après avoir ainsi établi l'identité du comparant, Nous lui avons fait connaître expressément chacun des faits qui lui sont imputés et Nous lui avons indiqué les actes accomplis au cours de l'enquête préliminaire.

Nous lui avons déclaré qu'en conséquence l'instruction est ouverte contre lui du chef de

abus de faiblesse (art. 493 C.P.), escroquerie (art. 496 C.P.) et blanchiment (art. 506-1 C.P.) (communication téléphonique du Ministère Public du 20 janvier 2017 et des réquisitoires additionnels des 17 février 2017 et 3 mars 2017).

Avis lui est donné de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage et exerçant auprès du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, ou de demander la nomination d'office d'un conseil.

L'inculpé déclare :

"Je désigne comme défenseur Maître Alexandre KRIEPS, avocat à Luxembourg."

Lu, approuvé, signé.

En présence de Maître Eve MATRINGE, en remplacement de Maître Alexandre KRIEPS.

<< Juge d'instruction : Avant d'aller plus loin, je vous explique vos droits et vous prie d'être attentif.

Veillez noter que vous avez le droit d'être assisté par un avocat aussi bien pour le présent interrogatoire que pour l'ensemble de la procédure.

Veillez prendre acte que vous avez le droit d'entrer en relation avec le consulat de votre pays d'origine (article 36 de la Convention de Vienne).

Veillez noter que vous êtes formellement inculpé du chef d'abus de faiblesse (art. 493 C.P.), escroquerie (art. 496 C.P.) et blanchiment (art. 506-1 C.P.) (communication téléphonique du Ministère public du 20 janvier 2017 et réquisitoires additionnels des 17 février 2017 et 3 mars 2017).

Veillez prendre acte que vous avez le droit de répondre ou de ne pas répondre aux questions que je vais vous poser.

Vous avez le droit de vous taire.

Avez-vous compris vos droits et avez-vous une remarque préliminaire à faire par rapport à vos droits ?

Inculpé : Je confirme que j'ai pu m'entretenir avec mon avocate avant l'interrogatoire.

J'ai compris mes droits et je n'ai pas de remarque particulière à formuler.

Je vais répondre à vos questions.

Quant à ma situation personnelle : Je suis célibataire. Je n'ai pas d'enfants. Je n'ai pas d'emploi. Je n'ai pas de revenus. J'ai une formation de technicien-informaticien. J'ai vécu de chômage jusqu'en mi-février 2017. Je comptais maintenant partir en Angleterre pour y vivre et travailler parce que je ne trouve pas de travail au Luxembourg. Je suis en train de faire les démarches nécessaires.

Je suis au Luxembourg depuis décembre 2013.

Je n'ai pas d'antécédents judiciaires.

Quant aux faits : Je maintiens les déclarations que j'ai faites hier, 2 mars 2017, à la Police Judiciaire – Section Criminalité Générale.

Juge d'instruction : Quand et dans quelles conditions avez-vous fait la connaissance de Madame Y ?

Inculpé : Je l'ai connue en 2010-2011 en Italie en tant que mère d'E) et C). J'ai déjà fait ces déclarations à la police.

Juge d'instruction : Comment décririez-vous Y ? Saviez-vous qu'elle était placée sous tutelle en Italie ?

Inculpé : C'est une personne hyper-gentille, très sympa. On s'est donné un soutien mutuel dans le cadre de l'affaire d'E). Je savais qu'en Italie, elle avait des restrictions quant à des achats à faire, surtout par rapport à Eric LUTZ. >>

Or, il résulte clairement de l'interrogatoire de première comparution que l'article 81 du code d'instruction criminelle viole manifestement la présomption d'innocence du demandeur en cassation, alors que le mis en procédure, lors du premier interrogatoire, est d'entrée désigné sous le qualificatif d'inculpé, avant même d'avoir été interrogé par la juge d'instruction en charge du dossier quant au fond de l'affaire, et avant même que cette dernière ne lui ait notifié ses droits, notamment celui de pouvoir se faire assister d'un conseil pour la défense de ses intérêts.

Que cette violation par ailleurs, amplifiée par le fait que le demandeur en cassation n'a pas non plus, bénéficié de la présomption d'innocence (cf infra) telle que contenue dans l'article 6 §2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Cedh), applicable à la phase pré-sententielle et stipulant que << Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >>. (cf infra)

Il résulte de l'interrogatoire que le demandeur en cassation fut déjà désigné d'inculpé avant qu'il ne fut informé par la juge d'instruction qu'il a droit à un avocat suivant l'article 81 (al 2) alors que cette disposition est bien d'ordre public tel qu'il ressort de l'article 81(12) et que son non-respect est une cause d'annulation d'ordre public de l'acte ainsi vicié.

Or, ni le ministère public, pourtant en charge de l'ordre public, ni la chambre du conseil lors du renvoi, n'ont porté de l'attention au caractère d'ordre public de cette disposition, le requérant en cassation l'a soulevée au moment le plus opportun pour la défense de ses intérêts, à savoir lors de l'audience devant le juge du fond, en première instance, de même qu'en instance d'appel, ainsi que bien évidemment devant votre cour de cassation, notamment en vertu du principe général de droit, que les violation des dispositions d'ordre public, ensemble celles relatives aux droits de la défense, sont susceptibles d'être soulevées en tout état de cause, même pour la première fois en cassation.

En conséquence, il y a lieu d'annuler l'interrogatoire de première comparution, ensemble tous les actes subséquents effectués sur base et en référence à l'acte irrégulier, pour violation de la loi, notamment de l'article 81 (1), 81 (2) du code d'instruction criminelle en application de l'article 81 (12), de sorte qu'en conséquence il y a lieu de casser et d'annuler l'arrêt du 4 décembre 2019 pour s'être basé aux fins de condamnation du demandeur en cassation à une peine d'emprisonnement de 4 ans dont 2 assortis du sursis probatoire, ensemble une amende de 2.500 euro, entre autre sur un acte de procédure parfaitement irrégulier, et nul d'ordre public. »,

le deuxième, tiré de la « *Violation de l'article 81 du code de procédure pénale ensemble l'article 12 de la constitution alors que la forme prescrite par l'article 81 du code de procédure pénale n'a pas été respectée*

L'article 81 du code de procédure pénale, est applicable à partir du 1 avril 2017 partant après l'interrogatoire de première comparution, mais bel et bien avant

le renvoi de l'affaire, de sorte qu'au plus tard à ce moment l'irrégularité fondamentale relative au défaut d'inculpation de l'actuel demandeur en cassation devait impérativement être soulevée par la chambre du conseil statuant en matière de renvoi, soit d'office, soit sur demande du procureur en charge du dossier, soit éventuellement par le requérant, qui cependant s'est réservé l'invocation de ce droit devant le juge du fond.

Or, le fait que le requérant n'ait pas soulevé cette nullité d'ordre public du défaut d'inculpation devant la chambre du conseil, ne vaut pas renonciation de sa part, et surtout n'absolvait pas le représentant du ministère public de soulever cette nullité d'ordre public, ni la chambre du conseil de la soulever d'office dans le cadre de son contrôle de la régularité des actes de la procédure d'instruction ainsi que le respect de la procédure elle-même.

Or, la procédure prévue par l'article 81 du code de procédure pénale est bien la suivante, à lire que dans un premier temps << (1) Lors de la première comparution d'une personne qu'il envisage d'inculper, (ce n'est plus l'inculpé de l'article 81 code d'instruction criminelle nous soulignons) le juge d'instruction, constate l'identité de la personne à interroger et lui fait connaître expressément les faits dont il est saisi, (ce ne sont plus non plus les << faits qui lui sont imputés de l'article 81 du code d'instruction criminelle >> nous soulignons) ainsi que la qualification juridique que ces faits sont susceptibles de recevoir et lui indique les actes accomplis au cours de la procédure de flagrant crime ou délit ou de l'enquête préliminaire et au cours de l'instruction préparatoire.

Dans un second temps, << (7) Après avoir, le cas échéant, recueilli les déclarations de la personne ou procédé à son interrogatoire et entendu les observations de son avocat, le juge d'instruction lui fait connaître soit qu'elle n'est pas inculpée, soit qu'elle est inculpée, ainsi que les faits et la qualification juridique des faits qui lui sont reprochés, si ces faits ou ces qualifications diffèrent de ceux qu'il lui a déjà fait connaître. >>

Que le nouvel article 81 du code de procédure pénale, est bien une disposition de procédure immédiatement applicable aux affaires en cours en vertu du principe que les lois de procédure s'appliquent aux affaires en cours.

En ce sens le nouvel article 81 du code de procédure pénale régit, dès son entrée en vigueur, la poursuite des infractions commises antérieurement qui n'ont pas encore fait l'objet d'un jugement définitif au fond, tel qu'en l'espèce, alors qu'aucune décision définitive quant à la culpabilité du demandeur en cassation n'est intervenue avant l'entrée en vigueur en date du 1^{er} avril 2017, de la nouvelle loi de procédure renforçant les garanties procédurales en matière pénale (sic !).

Le demandeur en cassation n'est cependant pas sans ignorer que néanmoins la loi nouvelle est sans incidence sur la validité (quod non !) des actes accomplis sous l'empire de la loi ancienne, rappelons qu'il a été démontré que l'interrogatoire querellé du 3 mars 2017, ne satisfaisait pas non plus les exigences du respect de la présomption d'innocence, alors que le mis en procédure, actuel demandeur en cassation fut déjà désigné et traité d'inculpé avant d'être interrogé par le juge d'instruction.

Le demandeur en cassation reste partant hautement fondé dans sa demande d'annulation du premier interrogatoire pour violation de l'article 81 du code de procédure pénale.

Partant, il résulte du texte de procédure pénale précité que l'inculpation, statut procédural protecteur, car créateur de droits (cf article 81 (3)), et constituant par ailleurs un indispensable prélude à toute émission de mandat de dépôt, se déroule en trois phases à savoir que : - le juge d'instruction informe le comparant de l'ouverture d'une information à son encontre, ensemble des faits dont il est saisi, ainsi que de la qualification juridique que ces faits sont susceptibles de recevoir, tout en lui indiquant les actes accomplis au cours de la procédure de flagrant crime ou délit ou de l'enquête préliminaire et au cours de l'instruction préparatoire, article 81 (1) in fine ; pour ensuite dans une seconde phase - recueillir les déclarations du comparant par rapport auxdits faits ; afin de finalement, dans une troisième et ultime phase, - décider, après avoir procédé à l'interrogatoire du comparant et recueillis les déclarations de celui-ci, ensembles, le cas échéant, les éventuelles observations de son avocat, de la non-inculpation du comparant, voire de l'inculpation du comparant, tout en l'informant de la, ou des qualifications retenues.

Que seul un interrogatoire contenant une inculpation en bonne et due forme, nous nous inspirons de la définition retenue depuis la réforme dite << Franchimont >> de 1998 cristallisée dans l'article 61 du code d'instruction criminelle belge, qui définit l'inculpé comme la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices sérieux de culpabilité, peut aux yeux du concluant, servir de base, non seulement à une décision privative de liberté, tel le mandat de dépôt issu dans le cas d'espèce à l'encontre du mis en procédure, mais également à la poursuite de la procédure, à savoir à d'éventuels interrogatoires subséquents, tels qu'entrepris en l'occurrence, encore que ceux-ci soient également nuls pour avoir fait référence à un interrogatoire de première comparution parfaitement irrégulier, faute de prise de décision quant à l'inculpation de l'actuel demandeur en cassation à l'issue de cet acte procédural initial hautement irrégulier et de surcroît effectué par un juge d'instruction, garant des libertés individuelles

Que seul un interrogatoire contenant une inculpation en bonne et due forme, permet par la suite à la chambre du conseil, contrôlant la régularité des actes de la procédure d'instruction, de procéder à l'éventuel renvoi du mis en procédure devant le juge du fond, renvoi manifestement impossible dans le cas d'espèce, en raison même d'une procédure d'instruction, gravement viciée ab initio, vu le défaut d'inculpation de la personne à renvoyer.

Il n'y a tout simplement pas matière à renvoi, alors qu'il n'existe aucune inculpation !!

De la sorte, aucun juge du fond, nonobstant la présence d'une ordonnance de renvoi, lacunaire sinon irrégulière aux yeux du demandeur en cassation, n'a pu être valablement saisi, faute d'existence réelle et effective d'inculpation de l'actuel demandeur en cassation.

Par conséquent, ni le premier juge du fond, ni la chambre de la cour d'appel, n'ont pu être valablement saisis de quelque renvoi, alors qu'il ne saurait y avoir existence de charges suffisantes venant au soutien d'un renvoi, dans le cadre d'une procédure pénale dans laquelle l'inculpation suite au premier interrogatoire fait royalement défaut.

Notons que pour être complet dans le cadre du présent mémoire de cassation, que l'inculpation constitue une prérogative exclusive du juge d'instruction, qui peut, au gré de l'évolution de l'instruction, inculper une personne, physique ou morale, sous réserve, bien évidemment de disposer à son encontre d'indices de culpabilité graves et concordants, faute de quoi il ne doit pas inculper la personne à l'encontre de laquelle ces précités indices font défaut.

En tout état de cause, le juge d'instruction ne peut pas << ne pas prendre de décision par rapport à l'inculpation >> à la fin de l'interrogatoire, la loi n'ayant que prévu les deux situations, ne pas inculper ou inculper.

Or, le pouvoir d'inculper ne constitue pas uniquement une prérogative exclusive à disposition du juge d'instruction, mais également une obligation à charge du juge d'instruction, qui doit procéder à une inculpation en bonne et due forme et selon les exigences textuelles de l'article 81 sinon du code de procédure pénale, avant toute émission d'un éventuel mandat de dépôt, obligation non satisfaite en la présente cause avec les conséquences qui s'en suivent, à lire un mandat de dépôt non motivé, ou non fondé, tout d'abord, une procédure d'instruction fondée sur un interrogatoire de première comparution parfaitement irrégulier, car sans décision quant à l'inculpation.

En outre mais encore, il va sans dire que le procédé d'inculpation est également obligatoire dans la mesure où, d'une part, non seulement, il est générateur de droits (droit d'accès au dossier répressif, possibilité de solliciter des devoirs d'instruction complémentaires, droit de demander la désignation d'un co-expert, droit de demander des confrontations), mais que d'autre part, le juge d'instruction, qui a l'intention d'ordonner un placement sous mandat de dépôt, doit, préalablement à sa prise de décision relative à une incarcération provisoire, entendre la personne concernée, qui n'a pas encore, pendant le déroulement de cet interrogatoire même, le statut d'inculpé (nous soulignons), cet interrogatoire étant non seulement impératif, mais constitue de surcroît une formalité substantielle non seulement de la régularité de toute décision ordonnant une incarcération provisoire, mais également de la régularité de toute la procédure subséquente.

Car et c'est d'importance primordial, selon l'esprit de la loi, à défaut de pareil interrogatoire avec inculpation subséquente, l'inculpé doit être mis en liberté, alors que l'article 94 du code de procédure pénale dispose dans son premier alinéa qu'« après l'interrogatoire de l'inculpé résidant dans le Grand-Duché, (sic !!) le juge pourra décerner un mandat de dépôt s'il y a des indices graves de culpabilité de l'inculpé et si le fait emporte une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. »

Or, il relève de l'évidence que de tels indices de culpabilité, graves et concordants dans le chef de la personne susceptible d'avoir participé à une

infraction ne sauraient se révéler, partant se concrétiser, qu'à travers un interrogatoire effectué en bonne et due forme, base de toute éventuelle inculpation, forcément subséquente au précité l'interrogatoire, mais nécessairement préalable à toute émission d'un mandat de dépôt, partant à une mise en détention provisoire.

L'un ne va pas sans l'autre, et un défaut d'inculpation, comme celui de l'espèce, prive bien évidemment un juge d'instruction, garant des libertés individuelles, de prendre un acte liberticide, aussi grave et lourd de conséquences, que celui d'un mandat de dépôt, acte fondateur d'une mise en détention préventive extrêmement longue, tel qu'en l'occurrence, et contraire aux articles 5 § 1 et 5 § 3 conventionnels.

Il s'ensuit de ce qui précède que non seulement le mandat de dépôt du demandeur en cassation est nul, à l'instar de l'interrogatoire de première comparution, mais que de surcroît le demandeur en cassation est hautement fondé à demander la cassation et l'annulation des décisions du fond, dont notamment l'arrêt n° 418/19 X du 4 décembre 2019, qui s'est référé à des actes procéduraux, nuls d'ordre public, pour assoir sa décision de condamnation. »,

le troisième, tiré de la « *Violation de l'article 6 § 2 de la convention européenne des droits de l'homme, relative à la présomption d'innocence du demandeur en cassation à travers l'application de l'article 81 du code d'instruction criminelle lors de l'interrogatoire de première comparution*

*L'article Art. 81 du code d'instruction criminelle dispose que :
(L. 16 juin 1989)*

(1)

Lors de la première comparution de l'inculpé détenu ou libre, le juge d'instruction constate l'identité de l'inculpé, lui fait connaître expressément chacun des faits qui lui sont imputés et lui indique les actes accomplis au cours de la procédure de flagrant crime ou délit ou au cours de l'enquête préliminaire.

(2)

Avant de procéder à l'interrogatoire, le juge d'instruction donne avis à l'inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage. A défaut de choix il lui en désigne un d'office, si l'inculpé le demande.

(...)

(12)

Les dispositions des paragraphes 1, 2, 4, 6, 8 et 10 sont à observer à peine de nullité. >>

A la lecture de l'article 81 (1) du code d'instruction criminelle, il y lieu de noter que cette disposition est en conflit ouvert avec la protection de la présomption d'innocence, telle que consacrée non seulement par le texte conventionnel de l'article 6§2 de la convention européenne des droits de l'homme, mais également par la charte des droits fondamentaux, sans oublier le pacte international des droits

civils et politiques, ainsi qu'en dernier lieu, la directive relative à la présomption d'innocence, droit matériel de l'Union.

En effet, la disposition nationale stigmatise d'entrée << la personne mise en procédure >> en la qualifiant immédiatement d'inculpé, sans que cette personne n'ait eu la moindre occasion de s'expliquer par rapport à << chacun des faits qui lui sont imputés >> (sic !!) << et que le juge d'instruction lui fait connaître expressément >>.

En d'autres termes, l'inculpation contenue dans l'article 81 du code d'instruction criminelle constitue << un présupposé "au profit" de la personne mise en procédure >>, ou autrement exprimé, le mis en procédure est bénéficiaire des chefs d'inculpation avec une quasi-certitude légale, peu importe les réponses qu'il est susceptible de fournir par rapport aux questions posées par le juge d'instruction lors du premier interrogatoire.

Dans le texte de l'article 81, ancienne mouture, l'inculpation constitue ainsi un << prélude textuel certain >> à chaque interrogatoire de première comparution et non une éventuelle, voire possible suite ou conséquence d'un premier interrogatoire par un magistrat, ce qui revient à dire que le texte querellé instaure, de facto, sinon de jure, << une présomption de culpabilité >> dans le chef de la personne à interroger, esprit textuel qui ne saurait, bien évidemment, être conforme avec le bénéfice de la présomption d'innocence telle qu'inscrite dans les textes internationaux précités, présomption d'innocence dont profite chaque personne interrogée jusqu'à la fin du premier interrogatoire.

Ce n'est qu'à ce moment précis que le juge d'instruction prend désormais en application de la nouvelle législation, la décision de notifier à la personne, précédemment entendue par ses soins, les différents chefs d'inculpation, pour lesquels il considère qu'il existe, à l'encontre de l'interrogé, des indices de culpabilité, graves et concordants.

Notons pour la petite histoire que l'article 81 CIC, en disposant que : << Lors de la première comparution de l'inculpé détenu ou libre, le juge d'instruction constate l'identité de l'inculpé, >> ne se soucie pas d'avantage de savoir à quel titre << la personne susceptible d'avoir participé à une infraction >> appelé d'entrée l'inculpé, est susceptible de comparaître, lors du premier interrogatoire, d'ores et déjà en qualité de détenu, étant entendu que le mandat de dépôt ne saurait être émis qu'après premier interrogatoire, de sorte que le concept de << l'inculpé détenu >> au moment de sa comparution pour premier interrogatoire, est un artefact, sinon une hérésie juridique, somme toute difficile à imaginer, sinon à cerner.

Le concluant souligne que ses allégations par rapport au non-respect, sinon par rapport à l'ignorance totale, de la présomption d'innocence de la personne mise en procédure sont d'avantage illustrées par le paragraphe 2 de l'article 81 du CIC, ce dernier disposant comme suit : << (2) Avant de procéder à l'interrogatoire, le juge d'instruction donne avis à l'inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage. A défaut de choix il lui en désigne un d'office, si l'inculpé le demande. >>

En d'autres termes, l'inculpation n'est non seulement un prélude à l'interrogatoire de première comparution, comme précédemment évoqué, mais elle est, en outre et de surcroît, un prélude à la notification des droits, notamment à celui de pouvoir choisir un conseil, de sorte que l'assistance d'un avocat ne devienne un droit que postérieurement à la bataille sur l'inculpation !!!

Il va sans dire qu'une telle procédure, abortive des droits de la défense, ne saurait être conforme aux standards européens consacrant des droits conventionnels à minima, de sorte que le demandeur en cassation estime que la procédure telle qu'issue de l'article 81 du code d'instruction criminelle constitue une violation flagrante de la présomption d'innocence inscrite dans l'article conventionnel 6 § 2 stipulant que : << Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, >> étant entendu que l'article 6 est applicable à la "phase pré-sententielle".

Que par ailleurs par arrêt du 16 mai 2012, la chambre du conseil de la cour d'appel de Luxembourg (arrêt n° 301/12) décida que :

<< (...) C'est à tort que la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg n'a pas examiné les demandes de (...) tendant à l'annulation du premier interrogatoire par le juge d'instruction et du mandat de dépôt, basées sur la prétendue violation du droit d'une personne suspecte ou inculpée d'être assistée d'un avocat, et qu'elle a déclaré irrecevable le moyen tiré de la violation de l'article 6 de la Convention.

L'ordonnance de la chambre du conseil est donc à réformer en ce qu'elle a déclaré irrecevables la demande en nullité ainsi que la motivation de la demande par la violation de l'article 6. >>

La chambre du conseil de la cour d'appel confirma cette approche dans un arrêt du 12 février 2014, décidant que l'article 6 s'applique à l'ensemble de la procédure, y compris aux phases de l'enquête préliminaire et de l'instruction préalable, jurisprudences évoquées dans le cadre de l'arrêt AT c Luxembourg de la Cour européenne des droits de l'homme (§§ 26 et 27).

Or, en l'espèce l'actuel demandeur en cassation n'a pas pu profiter de cette disposition lors de son premier interrogatoire par la juge d'instruction, alors qu'il fut d'ores et déjà traité d'inculpé avant même qu'il n'ait pu s'expliquer sur les faits, ou autrement dit avant même d'avoir pu répondre aux questions posées par le magistrat instructeur.

Et voici les irrégularités liées au premier interrogatoire.

Première irrégularité

Il résulte du procès-verbal de l'interrogatoire de première comparution, du 3 mars 2017 à 9.50 heures, que le comparant fut déjà intitulé, sinon désigné sous le qualificatif d'« inculpé » avant même d'avoir désigné un défenseur, droit conféré par la disposition de l'article 81 (2) C.i.c. sous peine de nullité textuelle, partant

d'ordre public, de même qu'avant qu'il ne soit informé quant à ses autres droits conférés par l'article 3-6 du code de procédure pénale, disposition légale dont le non-respect entraîne également la nullité d'ordre public de l'acte d'instruction querellé.

En voici le texte de l'interrogatoire y relatif, qui relate comme suit :

<< Nous lui avons déclaré qu'en conséquence l'instruction est ouverte contre lui du chef de

abus de faiblesse (art. 493 C.P.), escroquerie (art. 496 C.P.) et blanchiment (art. 506-1 C.P.) (communication téléphonique du Ministère Public du 20 janvier 2017 et des réquisitoires additionnels des 17 février 2017 et 3 mars 2017).

Avis lui est donné de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage et exerçant auprès du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, ou de demander la nomination d'office d'un conseil.

L'inculpé déclare :

"Je désigne comme défenseur Maître Alexandre KRIEPS, avocat à Luxembourg."

Lu, approuvé, signé. >>

Vu non seulement le principe d'application immédiate des lois de procédures nouvelles aux procédures en cours, outre la nullité tiré du défaut d'inculpation en fin d'interrogatoire, l'interrogatoire est encore nul pour violation des dispositions de l'article 81 (2) et (3) tel qu'énoncé par l'article 81 (10) du code de procédure pénale, nullité d'ordre public qui ne saurait être prescrite après cinq jours, nonobstant la jurisprudence de la cour de cassation, de sorte qu'elle doit encore pouvoir être soulevée en tout état de cause, notamment pour la première fois devant le juge du fond, en raison notamment du caractère extrêmement grave des violations invoquées, violations revenant à complètement nier les droits de la défense, ce qui ne saurait être admis dans un système de droit dans une société démocratique.

Par ailleurs et en outre, l'application de l'article 81 du code d'instruction criminelle au mis en procédure constitue per se une violation flagrante de l'article conventionnel 6 § 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales disposant comme suit : << 2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >>.

Or, le fait qu'un juge d'instruction désigne une personne, comparant devant lui, sous le qualificatif d'inculpé, avant même lui avoir notifié ses droits, et surtout avant de l'avoir interrogé par rapport aux chefs d'inculpation, qu'il lui a notifiés, constitue non seulement un indice incompatible avec l'exigence d'impartialité du juge d'instruction, mais au-delà un élément déniait à la personne interrogée par ce même juge d'instruction, le bénéfice contenu dans le précité article conventionnel 6 § 2, à lire : la présomption d'innocence.

Il est désigné comme inculpé, notion contenant la référence au terme de << culpa >>, avant de s'être expliqué par rapport aux chefs d'inculpation. Notons qu'actuellement la notion d'inculpé n'est plus utilisée dans les interrogatoires, et pour cause !

Nous nous trouvons donc en présence d'une violation flagrante de l'article 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, applicable également à la << phase pré-sententielle >> de sorte que la phase d'instruction est bien évidemment chapotée, sinon gouvernée par les exigences du précité article 6 § 2, dont le non-respect par les juridictions nationales entraîne une condamnation par la précitée cour supranationale.

Seconde irrégularité grossière !

Dans la suite dudit interrogatoire du 3 mars 2017 à 9.50 heures, page n°2, le comparant fut formellement inculpé avant tout questionnement par rapport aux faits, partant avant toute possibilité de prise de position par rapport aux questions posées par la juge d'instruction, ou autrement dit, à un moment où il devait, toujours et encore, pleinement bénéficier de la présomption d'innocence.

Voici le texte dudit interrogatoire :

<< Veuillez noter que vous êtes formellement inculpé du chef d'abus de faiblesse (art. 493 C.P.), escroquerie (art. 496 C.P.) et blanchiment (art. 506-1 C.P.) (communication téléphonique du Ministère Public du 20 janvier 2017 et réquisitoires additionnels des 17 février 2017 et 3 mars 2017).

Veuillez prendre acte que vous avez le droit de répondre ou de ne pas répondre aux questions que je vais vous poser.

Vous avez le droit de vous taire.

Avez-vous compris vos droits et avez-vous une remarque préliminaire à faire par rapport à vos droits ?

Inculpé : Je confirme que j'ai pu m'entretenir avec mon avocate avant l'interrogatoire.

J'ai compris mes droits et je n'ai pas de remarque particulière à formuler.

Je vais répondre à vos questions."

Une telle démarche est bien évidemment contraire, non seulement aux prescriptions légales du nouvel 81 CPP précité, mais encore et surtout à la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et du Citoyen et des Libertés fondamentales, notamment à son article 6 § 2 stipulant que << Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >>

Il s'évince que le demandeur en cassation, qui fut inculpé avant de s'être exprimé par rapport aux questions posées par le magistrat instructeur, n'a pas bénéficié de la présomption d'innocence telle que consacrée par le texte conventionnel précité, pas plus qu'il n'a été inculpé suivant les formes et exigences qui s'imposent en la matière, de sorte que, vu l'existence, lors de l'interrogatoire de première comparution, d'une inculpation, fondamentalement irrégulière, qui vaut finalement absence d'inculpation, la chambre du conseil n'a pu renvoyer l'actuel demandeur en cassation valablement devant une juridiction de fond, en conséquence de quoi il y a lieu de constater, qu'aussi bien le juge de première instance que la chambre correctionnelle d'appel sont incompétents pour statuer sur les prétendues infractions d'abus de faiblesse, d'escroquerie, de blanchiment, pour lesquelles l'actuel demandeur n'a jamais été inculpé nonobstant le renvoi par une juridiction d'instruction de la présente affaire.

Que le grief soulevé par le demandeur en cassation quant à l'irrégularité de son inculpation est un grief d'ordre public, susceptible d'être soulevé en tout état de cause, même pour la première fois, devant le juge du fond, sinon en appel, sinon en cassation, nonobstant la jurisprudence de la cour de cassation, que toutes les nullités sont prescrites, faute d'avoir été soulevées dans le délais de 5 jours de leur connaissance.

A titre supplémentaire, l'appelant invoque au soutien de sa défense, la violation du droit matériel européen relatif à la présomption d'innocence alors que l'appelant fut considéré comme inculpé sans avoir pu donner des explications et prendre ainsi position, ni par rapport aux faits, ni par rapport aux qualifications, retenus à son encontre.

En ce sens, son droit à la présomption d'innocence, tel qu'issu du droit matériel de l'Union, à lire la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016, article 3, portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, découlant de l'article conventionnel 6§2 précité, a été itérativement et gravement violé dans le cadre de la procédure d'instruction le concernant, en conséquence il y a lieu d'annuler, pour violation grave de l'article 3 ensemble l'article 4, de la précitée directive aussi bien l'interrogatoire de première comparution, que les décisions de fond de première instance et particulièrement l'arrêt de condamnation n° 418719 X du 4 décembre 2019 pour non-conformité au droit matériel européen, hiérarchiquement supérieur.

Ainsi, le demandeur en cassation, au soutien de sa demande de cassation et d'annulation de l'arrêt n° 418/19 X du 4 décembre 2019 invoque la violation des articles 3 et 4 de la précitée directive UE 20167343 du 9 mars 2016, directive devant être par ailleurs transposée au plus tard dans le droit national pour la date du 1er avril 2018, quod non !

Dans cet ordre d'idées il souligne également les considérants pertinents de ladite directive, qui certes ne constituent pas le droit directement invocable, mais dont le but est de guider les Etats (et les juridictions nous soulignons) dans la mise en œuvre du texte supranational, étant entendu que :

<< (1) La présomption d'innocence et le droit à un procès équitable sont consacrés aux articles 47 et 48 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée "charte"), à l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), à l'article 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et à l'article 11 de la déclaration universelle des droits de l'homme.

(16) La présomption d'innocence serait violée si des déclarations publiques faites par des autorités publiques, ou des décisions judiciaires autres que des décisions statuant sur la culpabilité, présentaient un suspect ou une personne poursuivie comme étant coupable, aussi longtemps que la culpabilité de cette personne n'a pas été légalement établie. De telles déclarations et décisions judiciaires ne devraient pas refléter le sentiment que cette personne est coupable. Ceci devrait s'entendre sans préjudice des actes de poursuite qui visent à établir la culpabilité du suspect ou de la personne poursuivie, tels que l'acte d'accusation, et sans préjudice des décisions judiciaires à la suite desquelles une condamnation avec sursis devient exécutoire, pour autant que les droits de la défense soient respectés. Ceci devrait s'entendre également sans préjudice des décisions préliminaires de nature procédurale, qui sont prises par des autorités judiciaires ou d'autres autorités compétentes et qui se fondent sur des soupçons ou des éléments de preuve à charge, telles que les décisions de détention provisoire, pourvu que ces décisions ne présentent pas le suspect ou la personne poursuivie comme étant coupable. Avant de prendre une décision préliminaire de nature procédurale, l'autorité compétente pourrait être d'abord tenue de vérifier qu'il existe suffisamment d'éléments de preuve à charge à l'égard du suspect ou de la personne poursuivie pour justifier ladite décision, et celle-ci pourrait contenir une référence à ces éléments.

L'appelant estime que les autorités instructionnelles n'ont pas satisfait à ce considérant ni à l'article 3 et 4 de la directive par ailleurs, alors qu'en désignant le demandeur en cassation d'« inculpé » juste après lui avoir notifié l'ouverture d'une procédure à son encontre, notification d'ouverture de procédure qui ne constitue pas une inculpation, et avant que ce dernier n'ait eu la possibilité de prendre position par rapport aux questions posées par le juge d'instruction par rapport aux infractions pour lesquelles une procédure est ouverte à son encontre, elles ont violé sa présomption d'innocence.

(22) La charge de la preuve pour établir la culpabilité des suspects et des personnes poursuivies repose sur l'accusation, et tout doute devrait profiter au suspect ou à la personne poursuivie. La présomption d'innocence serait violée si la charge de la preuve était transférée de l'accusation à la défense, sans préjudice des éventuels pouvoirs d'office du juge en matière de constatation des faits, ou de l'indépendance de la justice dans l'appréciation de la culpabilité du suspect ou de la personne poursuivie, ou du recours à des présomptions de fait ou de droit concernant la responsabilité pénale du suspect ou de la personne poursuivie. De telles présomptions devraient être enserrées dans des limites raisonnables, prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense, et les moyens employés devraient être raisonnablement proportionnés au but légitime poursuivi. Ces présomptions devraient être réfragables et, en tout état de cause, ne devraient être utilisées que si les droits de la défense sont respectés.

Le demandeur en cassation estime que le fait de le considérer comme inculpé immédiatement après la notification de l'ouverture d'une procédure d'instruction à son encontre et avant de lui donner la possibilité de s'exprimer par rapport aux questions posées par la juge d'instruction en relation avec les infractions lui notifiées, constitue de facto un renversement de la charge de la preuve, en ce sens que la décision d'inculpation fut prise à son égard, sans aucun fondement, et en tout état de cause, sans que la juge d'instruction ne dispose de la version du mis en procédure relative aux chefs d'inculpation notifiés.

(47) La présente directive respecte les droits fondamentaux et les principes reconnus par la charte et la CEDH, y compris l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, le droit à la liberté et à la sûreté, le respect de la vie privée et familiale, le droit à l'intégrité de la personne, les droits de l'enfant, l'intégration des personnes handicapées, le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable, la présomption d'innocence et les droits de la défense. Il convient de tenir compte, en particulier, de l'article 6 du traité sur l'Union européenne, qui dispose que l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte et que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. >>

Il résulte notamment des dispositions de la directive UE 2016/7343 du 9 mars 2016, notamment des articles comme suit :

Article 2

<< Champ d'application

La présente directive s'applique aux personnes physiques qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales. Elle s'applique à tous les stades de la procédure pénale, à partir du moment où une personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale ou une infraction pénale alléguée, ou est poursuivie à ce titre, jusqu'à ce que la décision finale visant à déterminer si cette personne a commis l'infraction pénale concernée soit devenue définitive. >>

Article 3

<< Présomption d'innocence

Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies soient présumés innocents jusqu'à ce que leur culpabilité ait été légalement établie. >>

Article 4

<< Références publiques à la culpabilité

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que les déclarations publiques des autorités publiques, ainsi que les décisions judiciaires, autres que celles statuant sur la culpabilité, ne présentent pas un suspect ou une personne poursuivie comme étant coupable aussi longtemps que sa culpabilité n'a pas été légalement établie. Cette disposition s'entend sans préjudice des actes de poursuite qui visent à prouver la culpabilité du suspect ou de la personne poursuivie et sans préjudice des décisions préliminaires de nature procédurale qui sont prises

par des autorités judiciaires ou par d'autres autorités compétentes et qui sont fondées sur des soupçons ou sur des éléments de preuve à charge.

2. Les États membres veillent à ce que des mesures appropriées soient prévues en cas de manquement à l'obligation fixée au paragraphe 1 du présent article de ne pas présenter les suspects ou les personnes poursuivies comme étant coupables, conformément à la présente directive et, notamment, à son article 10.

3. L'obligation fixée au paragraphe 1 de ne pas présenter les suspects ou les personnes poursuivies comme étant coupables n'empêche pas les autorités publiques de diffuser publiquement des informations sur les procédures pénales lorsque cela est strictement nécessaire pour des raisons tenant à l'enquête pénale ou à l'intérêt public. >>

Article 14

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 1er avril 2018. Ils en informent immédiatement la Commission.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, 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.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive. >>

Vu les allégations du demandeur en cassation relatives au non-respect des articles 3 et 4 de la précitée directive, ni pendant la période de transposition, ni après la date butoir, par les juges d'appel dans leur arrêt n° 418/19 X d 4 décembre 2019,

Vu les allégation du demandeur en cassation relatives au non-respect de l'article 6 § 2 de la Cedh en relation avec sa présomption d'innocence, par les juges d'appel dans leur arrêt n° 418/19 X d 4 décembre 2019,

Qu'en conséquence le demandeur en cassation demande à votre juridiction de casser et d'annuler l'arrêt n°418/19 X du 4 décembre 2019 :

- principalement pour violation de la présomption d'innocence du demandeur en cassation tel que contenue dans les articles 3 et 4 de la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016,

- sinon subsidiairement pour violation de la présomption d'innocence du demandeur en cassation tel que contenue dans l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme,

- sinon plus subsidiairement en raison de l'incompétence de la cour d'appel vu l'absence d'inculpation de l'appelant, du chef d'abus de faiblesse, d'escroquerie, de blanchiment,

- sinon plus subsidiairement alors que la cour d'appel a fondé son arrêt de condamnation sur un interrogatoire de première comparution parfaitement nul faute d'inculpation du demandeur en cassation. »

et

le quatrième, tiré de la « *Violation de l'article 12 de la Constitution alors que la forme prescrite par l'article 81 du code d'instruction criminelle n'est pas compatible avec ledit l'article 12 de la Constitution*

Que l'article 12 de la constitution dispose que :

<< Art. 12.

La liberté individuelle est garantie. - Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit.

- Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. - Hors le cas de flagrant délit, (...) >>

Or l'article 81 du code d'instruction criminelle, disposant que << (1) Lors de la première comparution de l'inculpé détenu ou libre, (on ne connaît donc pas le statut de ce << dénommé inculpé >> lors de son premier interrogatoire, dont on ne sait en vertu de quel acte il pourrait comparaître détenu dans une procédure dans laquelle il n'a encore vu aucun juge) le juge d'instruction constate l'identité de l'inculpé, lui fait connaître expressément chacun des faits qui lui sont imputés (alors que la question qui se pose est bien celle de savoir si les actes lui sont déjà imputés ou simplement notifiés, ce qui constitue une différence notoire) et lui indique les actes accomplis au cours de la procédure de flagrant crime ou délit ou au cours de l'enquête préliminaire, >> ensemble le second alinéa disposant que << (2) Avant de procéder à l'interrogatoire, le juge d'instruction donne avis à l'inculpé (qui a d'ores et déjà perdu le bénéfice de la présomption d'innocence avant tout interrogatoire et avant la notification de ses droits de la défense) de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage et qu'à défaut de choix il lui en désigne un d'office, si l'inculpé le demande >>, n'est aux yeux du demandeur en cassation pas conforme à la constitution, alors que le précité article 81 du code d'instruction criminelle, considère la personne, comparaisant pour premier interrogatoire, d'entrée comme inculpé.

Surtout ledit article 81 du code d'instruction criminelle ne se prononce nullement sur le sort procédural de la personne, ayant ainsi comparu, en lui indiquant clairement les infractions pour lesquelles elle serait finalement inculpée, voir en lui indiquant qu'elle n'est justement pas inculpée et que par conséquent elle ne serait plus aucunement concernée par la procédure ouverte initialement à son encontre.

La foulditude d'incertitudes, contenues dans le texte procédural de l'article 81 du code d'instruction criminelle, a pour conséquence irrémédiable de le rendre incompatible avec les exigences de précisions contenues dans l'article constitutionnel 12, auxquelles une personne mise en procédure pénale est en droit de

s'attendre, et dont elle est en droit de faire siennes les garanties y contenues, de sorte que l'article 81 du code d'instruction criminelle, précisément en ses alinéas (1) et (2) est inconstitutionnel.

L'arrêt de condamnation, qui retient que « à part sa désignation d'inculpé et son inculpation avant tout interrogatoire proprement dit, X ne fait pas état d'une violation concrète de ses droits de la défense lui ayant causé un préjudice irrémédiable, mais formule une critique abstraite et générale des règles de l'instruction criminelle (...) » n'est pas compatible avec les exigences de l'article 12 de la constitution disposant que « Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit et que « Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit » et va de surcroît à l'encontre du respect de la présomption d'innocence dont le demandeur en cassation est toujours et encore bénéficiaire à ce moment précis, de sorte que la critique formulée par le demandeur en cassation, loin de constituer une critique générale et abstraite, constitue un grief hautement fondé, revenant à demander à ce que sa présomption d'innocence dans le cadre d'une procédure pénale dirigée par un magistrat, soit pleinement respectée tant qu'il n'est pas condamné, ce qui devrait constituer un grief suffisamment précis et important pour valoir protection.

L'arrêt de condamnation n° 418/19 X du 4 décembre 2019 en estimant par ailleurs « qu'une juridiction est dispensée de saisir la Cour constitutionnelle notamment lorsqu'elle estime qu'une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement » sans avoir néanmoins apporté de réponse claire et précise quant à la violation de la présomption d'innocence du requérant à travers l'application d'une procédure, notamment celle de l'article 81 du code d'instruction criminelle, non conforme à l'article 12 de la Constitution, n'a pas motivé son arrêt sur ce point de sorte qu'il est sujet à cassation.

En conséquence le demandeur en cassation demande à votre cour de cassation de casser et d'annuler l'arrêt de condamnation du requérant n° 418/10 X du 4 décembre 2019 et de renvoyer devant une chambre de la cour d'appel autrement composée alors qu'un texte de procédure pénale, désignant ab initio une personne « susceptible d'être mise en procédure pénale » sous le qualificatif d'« inculpé » d'autant plus qu'aucun acte d'inculpation formelle n'a été dirigé à son encontre avant son interrogatoire de première comparution, ne satisfait aux yeux du demandeur en cassation pas aux exigences de l'article constitutionnel 12 prescrivant que : « Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit »

- alors que la loi pénale fait justement de l'inculpation formelle d'une personne une exigence indispensable à la poursuite de la procédure, pour les seules infractions pour lesquelles elle fut inculpée,

- alors que l'inculpation formelle, sinon l'acte d'inculper n'est autre que « l'accusation officielle d'un délit ou d'un crime », étant précisé que l'inculpation signifie non pas que la justice recherche le bien-fondé d'une accusation mais bien qu'elle fait sienne cette accusation, du moins pour les besoins de l'instruction dans un premier temps. ».

Réponse de la Cour

Les quatre moyens visent la nullité de l'interrogatoire de première comparution du demandeur en cassation devant le juge d'instruction, du mandat de dépôt émis par le juge d'instruction à la suite de cet interrogatoire et, en conséquence, de la procédure au fond qui s'en est suivie.

L'article 126 du Code de procédure pénale prévoit un recours en nullité de la procédure de l'instruction préparatoire ou d'un acte quelconque de cette procédure devant la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement et dispose que la demande en nullité doit être produite, à peine de forclusion, au cours même de l'instruction, dans un délai de cinq jours ouvrables à partir de la connaissance de l'acte.

Il en suit que les quatre moyens sont irrecevables.

Sur le cinquième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Violation de l'article 175 du code de procédure pénale ensemble les articles conventionnels 6 §§ 1 et 3 d) de la convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Le demandeur en cassation reproduit ici sa déclaration d'appel au moyen de laquelle il a interjeté appel contre le jugement de condamnation du 14 mars 2019 au moyen de son acte d'appel rédigé en ces termes :

<< Déclaration d'appel

Par la présente, je soussigné X, né le (...) à (...) en Italie, déclare relever appel au civil et au pénal contre le jugement n° 750/2019 rendu en date du 14 mars 2019 par la seizième chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, afin de revoir rejugée mon affaire au fond par une chambre correctionnelle de la cour d'appel de Luxembourg.

Je conteste la totalité des infractions qui me sont reprochées.

L'appel est par ailleurs motivé sur le fait que je n'ai pas pu confronter la dame Y avec ses contradictions contenues dans ses déclarations faites lors de ses auditions policières et devant le juge d'instruction dans ce dossier au cours l'instruction de l'affaire référencée sous le numéro Not 2178/17/CD.

Que le représentant du ministère public, Monsieur Felix WANTZ, a renoncé, malgré sa convocation adressée au témoin principal la dame Y, à ce que cette dernière soit présente à l'audience aux fins d'audition et ce au début de l'audience du 30 janvier 2019.

Que cette renonciation au témoin principal est d'autant plus préjudiciable à la défense de mes intérêts, alors que le précité représentant du ministère public avant

antérieurement, itérativement et tout particulièrement, demandé le report de l'affaire, fixée jadis à l'audience devant la 7^{ème} chambre correctionnelle, afin de lui donner la possibilité de re-convoquer la dame Y, demeurant apparemment en Italie, pour venir témoigner à l'audience de jugement, alors qu'il considérerait cette dernière comme témoin capital.

Que finalement au vu de ce qui précède, je n'ai donc pas eu la possibilité de confronter, au moment de l'instruction de l'affaire à la barre et en audience publique, la témoin principale Y, ni avec ses déclarations, ni de lui poser des questions par rapport à ses déclarations, changeantes et contradictoires faites au cours de l'instruction.

Il en résulte de ce qui précède que je considère que le procès en première instance n'a pas rejoint les exigences du procès équitable telles que fixées dans les articles 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention européenne de Sauvegarde et des droits de l'Homme, ensemble la jurisprudence de la Cour européenne y relative.

Que dans le cadre du présent acte d'appel, je demande d'ores et déjà la convocation de la principale témoin, la dame Y, à l'audience de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel ensemble Monsieur X né le (...) à (...) demeurant à (...).

L'appel est encore fondé sur des pièces nouvelles à soumettre à Votre Cour.

L'appel est encore fondé sur tout autres moyens de fait et de droit à faire valoir en temps et lieu utiles.

Fait à Luxembourg en date du 19 avril 2019

Signé X >>

L'article 175 du code de procédure pénale dispose que << Lorsque, sur l'appel, le procureur impérial (d'Etat) ou l'une des parties requerra, les témoins pourront être entendus de nouveau, et il pourra même en être entendu d'autres >>

Il résulte clairement de l'acte d'appel que le demandeur en cassation a demandé l'audition de la principale témoin accusatrice la dame Y en audience du fond devant la cour d'appel afin de pouvoir la questionner sur les contradiction dans ses déclarations, de même qu'il a demandé la convocation de son cousin X pour l'audience d'appel, les deux demandes lui ayant été refusées par les conseillers d'appel en charge de juger son affaire, ce qui constitue une violation flagrante de l'article 175 du code de procédure donnant ouverture à cassation et à annulation de l'arrêt n° 418/19 X du 4 décembre 2019, partant le requérant demande à votre cour de cassation de casser et d'annuler le précité arrêt pour violation de l'article 175 du code de procédure pénale précité.

Par ailleurs, l'arrêt n° 418/19 X en refusant la convocation des témoins demandés par le requérant en cassation a violé ses droits contenus dans les articles 6 § 1 et 6 § 3 d) de la convention européenne des droits de l'homme, articles rédigés en ces termes :

L'article 6 § 1 est rédigé en ces termes :

<< Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice >>.

L'article 6 § 3 d est rédigé en ces termes :

<< 3. Tout accusé a droit notamment à :

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. >>

Comme il est invoqué dans l'acte d'appel, le requérant n'a jamais pu bénéficier d'une quelconque confrontation d'avec la principale témoin à charge, la dame Y, ni pendant l'instruction, alors qu'il la demandait, ni pendant l'instruction de l'affaire à la barre de la chambre correctionnelle de première instance, malgré le fait que l'affaire fut itérativement refixée à la demande du représentant du ministère public aux fins de convocation de ce témoin principal de l'accusation, et que finalement le même représentant du ministère public y a purement et simplement renoncé lors de l'audience des débats au fond, de sorte que lors de l'audience au fond en première instance, le requérant n'a pas non plus pu interroger la principale témoin à charge, la dame Y, ni être confronté avec cette dernière.

Que de ce fait son droit inscrit à l'article 6 § 3 d) n'a pas été respecté, ni lors de la phase d'instruction, ni lors de l'instruction de l'affaire devant le juge du fond.

Que le point de vue du mandataire de l'appelant est par ailleurs partagé par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et du citoyen dans l'important arrêt de l'affaire GRANDE CHAMBRE, AFFAIRE SCHATSCHASCHWILI c. Allemagne, (Requête n° 9154/10), arrêt du 15 décembre 2015, dont le concluant reproduit ici les principes considérés comme hautement importants par la Grande Chambre, principes que voici reproduits :

<< C. Appréciation de la Grande Chambre

1. Rappel des principes pertinents

a) Principes généraux

1. La Cour rappelle que les exigences du paragraphe 3 d) de l'article 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1 de cette disposition (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 118) ; elle examinera donc le grief du requérant sous l'angle de ces deux textes combinés (*Windisch c. Autriche*, 27 septembre 1990, § 23, série A n° 186, et *Lüdi c. Suisse*, 15 juin 1992, § 43, série A n° 238).

2. Lorsqu'elle examine un grief tiré de l'article 6 § 1, la Cour doit essentiellement déterminer si la procédure pénale a globalement revêtu un caractère équitable (voir, entre autres, *Taxquet c. Belgique [GC]*, n° 926/05, § 84, CEDH 2010, et autres références). Pour ce faire, elle envisage la procédure dans son ensemble, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, et vérifie le respect non seulement des droits de la défense mais aussi de l'intérêt du public et des victimes à ce que les auteurs de l'infraction soient dûment poursuivis (*Gäfgen c. Allemagne [GC]*, n° 22978/05, §§ 163 et 175, CEDH 2010), ainsi que, si nécessaire, des droits des témoins (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 118, et autres références, et *Hümmer*, précité, § 37).

3. Les principes qu'il convient d'appliquer dans toute affaire où le tribunal admet à titre de preuves les déclarations antérieures d'un témoin à charge n'ayant pas comparu au procès ont été résumés et précisés dans l'arrêt (précité) rendu par la Grande Chambre le 15 décembre 2011 en l'affaire *Al-Khawaja et Tahery*.

4. La Cour a rappelé dans cet arrêt que l'article 6 § 3 d) consacre le principe selon lequel, avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent en principe être produits devant lui en audience publique, en vue d'un débat contradictoire (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 118).

5. À cet égard, la Cour souligne l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase fixent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès (*Salduz c. Turquie [GC]*, n° 36391/02, § 54, CEDH 2008). Si l'article 6 de la Convention a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider du "bien-fondé de l'accusation", il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. Ainsi, l'article 6 - spécialement son paragraphe 3 - peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès (*Salduz*, précité, § 50, avec un renvoi à *Imbrioscia c. Suisse*, 24 novembre 1993, § 36, série A n° 275).

6. Cependant, l'emploi à titre de preuves de dépositions remontant à la phase de l'enquête de police et de l'instruction ne se heurte pas en soi aux paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6, sous réserve du respect des droits de la défense. En règle générale, ceux-ci commandent de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 118, et autres références ; voir également *A.G. c. Suède (déc.)*, n° 315/09, 10 janvier 2012, et *Trampevski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 4570/07, § 44, 10 juillet 2012).

7. Dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, la Cour a conclu que l'admission à titre de preuve de la déposition faite avant le procès par un témoin absent de celui-ci et constituant l'élément à charge unique ou déterminant n'emportait pas automatiquement violation de l'article 6 § 1. Elle a expliqué qu'une application rigide de la règle de la "preuve unique ou déterminante" (selon laquelle un procès n'est pas équitable si la condamnation de l'accusé repose uniquement ou dans une

mesure déterminante sur des dépositions de témoins qu'à aucun stade de la procédure il n'a pu interroger – *ibidem*, §§ 128 et 147) irait à l'encontre de la manière dont elle aborde traditionnellement le droit à un procès équitable au titre de l'article 6 § 1, à savoir en examinant si la procédure dans son ensemble a revêtu un caractère équitable. La Cour a cependant ajouté que, eu égard aux risques inhérents aux dépositions de témoins absents, l'admission d'une preuve de ce type est un facteur très important à prendre en compte dans l'appréciation de l'équité globale de la procédure (*ibidem*, §§ 146-147).

8. Selon les principes dégagés dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, l'examen de la compatibilité avec l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention d'une procédure dans laquelle les déclarations d'un témoin qui n'a pas comparu et n'a pas été interrogé pendant le procès sont utilisées à titre de preuves comporte trois étapes (*ibidem*, § 152). La Cour doit rechercher :

- i. s'il existait un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin et, en conséquence, l'admission à titre de preuve de sa déposition (*ibidem*, §§ 119-125) ;
- ii. si la déposition du témoin absent a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation (*ibidem*, §§ 119 et 126-147) ; et
- iii. s'il existait des éléments compensateurs, notamment des garanties procédurales solides, suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission d'une telle preuve et pour assurer l'équité de la procédure dans son ensemble (*ibidem*, § 147).

9. S'agissant de l'applicabilité des principes exposés ci-dessus dans le contexte des divers types d'ordres juridiques des États contractants, en particulier des systèmes de *common law* et des systèmes de droit continentaux, la Cour rappelle que, s'il importe qu'elle tienne compte des différences significatives qui peuvent exister entre les divers systèmes juridiques et les procédures qu'ils prévoient, notamment quant à la recevabilité des preuves dans les procès pénaux, il reste que, lorsqu'elle examine la question du respect ou non des paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6 dans une affaire donnée, elle doit appliquer les mêmes critères d'appréciation quel que soit l'ordre juridique dont émane l'affaire (*ibidem*, § 130).

10. De plus, dans des affaires issues d'une requête individuelle, la Cour n'a point pour tâche de contrôler dans l'abstrait la législation pertinente. Elle doit au contraire se limiter autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas dont elle est saisie (voir, parmi beaucoup d'autres, *N.C. c. Italie [GC]*, n° 24952/94, § 56, CEDH 2002-X, et *Taxquet*, précité, § 83). Lorsqu'elle examine une affaire, la Cour tient évidemment compte des différences qui existent entre les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention s'agissant de questions telles que l'admission de la déposition d'un témoin absent et le besoin consécutif de garanties pour assurer l'équité de la procédure. En l'espèce, elle aura dûment égard à de telles différences lorsqu'elle recherchera, en particulier, s'il existait des éléments suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission des témoignages non vérifiés (comparer avec *Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 146).

b) Relation entre les trois étapes du critère Al-Khawaja et Tahery

11. La Cour estime que l'application des principes élaborés dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery* et dans sa jurisprudence ultérieure dénote un besoin de clarification de la relation entre les trois étapes susmentionnées du critère *Al-Khawaja et Tahery* s'agissant d'examiner la conformité avec la Convention d'un

procès dans le cadre duquel des dépositions non vérifiées de témoins à charge ont été admises à titre de preuves. Il est évident que chacune des trois étapes de ce critère doit faire l'objet d'un examen si – comme dans l'arrêt Al-Khawaja et Tahery – elle répond par l'affirmative à la question soulevée au regard de la première étape (celle de savoir si l'absence du témoin au procès se justifiait par un motif sérieux) et à celle qui se pose dans le cadre de la deuxième étape (le point de savoir si la déposition du témoin absent a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur) (Al-Khawaja et Tahery, précité, §§ 120 et 147). La Cour est cependant appelée à indiquer s'il lui faut se livrer à un examen de l'ensemble des trois étapes également dans les affaires où elle répond par la négative à la question posée pour la première étape ou à celle relative à la deuxième étape, ainsi qu'à préciser l'ordre dans lequel elle doit se pencher sur ces différentes étapes.

i. Sur le point de savoir si l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin emporte en soi violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d)

12. Concernant le point de savoir si l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin au procès (première étape du critère Al-Khawaja et Tahery) emporte en soi violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) sans qu'il soit nécessaire d'examiner les deuxième et troisième étapes de ce critère, la Cour observe que, dans son arrêt Al-Khawaja et Tahery, elle a estimé que le point de savoir s'il y avait de bonnes raisons d'admettre la déposition d'un témoin absent était une "question préliminaire" qu'il fallait examiner avant de rechercher si le témoignage en question s'analysait en une preuve unique ou déterminante (ibidem, § 120). Elle y a également dit que, dans des affaires où la déposition du témoin absent n'avait pas revêtu le caractère d'une preuve unique ou déterminante, elle avait conclu à la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) au motif qu'il n'avait pas été démontré que l'impossibilité faite à la défense d'interroger le témoin était justifiée par un motif sérieux (ibidem, avec d'autres références).

13. La Cour observe que l'exigence relative à la justification de la non-comparution d'un témoin a été élaborée dans sa jurisprudence en lien avec la question de savoir si la condamnation de l'accusé reposait uniquement ou dans une mesure déterminante sur la déposition d'un témoin absent (Al-Khawaja et Tahery, précité, § 128). Elle rappelle que son arrêt Al-Khawaja et Tahery, dans lequel elle s'est écartée de la règle de la "preuve unique ou déterminante", était motivé par la volonté d'abandonner une règle s'appliquant de manière automatique et de revenir à un examen traditionnel de l'équité globale de la procédure (ibidem, §§ 146-147). Toutefois, on en arriverait à la création d'une nouvelle règle automatique si un procès devait être considéré comme inéquitable pour la seule raison que la non-comparution du témoin ne se justifiait par aucun motif sérieux, même si la preuve non vérifiée n'était ni unique ni déterminante, voire était sans incidence pour l'issue de l'affaire.

14. La Cour relève que, dans un certain nombre d'affaires postérieures à l'arrêt Al-Khawaja et Tahery, elle a examiné l'équité du procès de manière globale, en ayant égard aux trois étapes du critère Al-Khawaja et Tahery (Salikhov c. Russie, n° 23880/05, §§ 118-119, 3 mai 2012, Asadbeyli et autres c. Azerbaïdjan, n°s 3653/05 et 5 autres, § 134, 11 décembre 2012, Yevgeniy Ivanov c. Russie, n° 27100/03, §§ 45-50, 25 avril 2013, et Şandru c. Roumanie, n° 33882/05, §§ 62-70, 15 octobre 2013). Toutefois, dans d'autres affaires, l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin à charge lui a suffi pour conclure à la violation de l'article

6 §§ 1 et 3 d) (*Rudnichenko c. Ukraine*, n° 2775/07, §§ 105-110, 11 juillet 2013, et *Nikolitsas c. Grèce*, n° 63117/09, § 35, 3 juillet 2014, même si, dans cette dernière affaire, la Cour a examiné les autres étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery* – *ibidem*, §§ 36-39). Dans d'autres affaires encore, elle a adopté une approche plus nuancée et a considéré l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin à charge comme un élément décisif pour conclure au manque d'équité du procès, sauf si la déposition du témoin absent était manifestement hors de propos pour l'issue de l'affaire (*Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, nos 11082/06 et 13772/05, §§ 709-716, 25 juillet 2013, *Cevat Soysal c. Turquie*, n° 17362/03, §§ 76-79, 23 septembre 2014, et *Suldin c. Russie*, n° 20077/04, §§ 56-59, 16 octobre 2014). Au vu de ce qui précède (paragraphes 111-112 ci-dessus), la Grande Chambre estime que l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin ne peut en soi rendre un procès inéquitable. Cela étant, le manque de motif sérieux justifiant l'absence d'un témoin à charge constitue un élément de poids s'agissant d'apprécier l'équité globale d'un procès ; pareil élément est susceptible de faire pencher la balance en faveur d'un constat de violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d).

ii. Sur la question de savoir si des éléments compensateurs suffisants sont quand même nécessaires lorsque le témoignage non vérifié ne constituait pas l'élément à charge unique ou déterminant

15. Dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, la Cour s'est penchée sur la nécessité de la présence d'éléments compensateurs suffisants pour garantir une appréciation équitable et correcte de la fiabilité des dépositions de témoins absents dans des cas où la condamnation de l'accusé avait reposé exclusivement ou dans une mesure déterminante sur des preuves de ce type (*ibidem*, § 147).

16. Quant à la question de savoir s'il faut vérifier l'existence d'éléments compensateurs suffisants même dans les cas où le poids donné à la déposition d'un témoin absent n'a pas atteint le seuil requis pour que celle-ci puisse être considérée comme la preuve unique ou déterminante ayant motivé la condamnation du défendeur, la Cour rappelle qu'elle juge nécessaire, en règle générale, d'examiner l'équité de la procédure dans son ensemble. Cela inclut traditionnellement un examen tant de l'importance pour l'accusation des déclarations non vérifiées que des mesures prises par les autorités judiciaires afin de compenser les difficultés causées à la défense (*Gani c. Espagne*, n° 61800/08, § 41, 19 février 2013, avec de nombreuses références ; voir également *Fafrowicz c. Pologne*, n° 43609/07, §§ 58-63, 17 avril 2012, *Sellick et Sellick c. Royaume-Uni (déc.)*, n° 18743/06, §§ 54-55, 16 octobre 2012, concernant les déclarations de témoins absents qualifiées d' "importantes", *Beggs c. Royaume-Uni (déc.)*, n° 15499/10, §§ 156-159, 16 octobre 2012, concernant la déposition d'un témoin absent considérée comme n'étant qu'une preuve circonstancielle parmi d'autres, *Štefančič c. Slovénie*, n° 18027/05, §§ 42-47, 25 octobre 2012, concernant la déposition d'un témoin absent décrite comme l'un des éléments sur lesquels se fondait la condamnation du requérant, et *Garofolo c. Suisse (déc.)*, n° 4380/09, §§ 52 et 56-57, 2 avril 2013 ; mais voir également *Matytsina c. Russie*, n° 58428/10, §§ 164-165, 27 mars 2014, et *Horncastle et autres c. Royaume-Uni*, n° 4184/10, §§ 150-151, 16 décembre 2014, deux affaires dans lesquelles la Cour, au vu du peu d'importance du témoignage du témoin absent, n'a pas recherché s'il existait des éléments compensateurs).

17. Le souci de la Cour étant de s'assurer que la procédure dans son ensemble était équitable, elle doit vérifier s'il existait des éléments compensateurs

suffisants non seulement dans les affaires dans lesquelles les déclarations d'un témoin absent constituaient le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur, mais aussi dans celles où, après avoir apprécié l'évaluation faite par les tribunaux internes de l'importance de pareilles dépositions (selon le processus décrit en détail au paragraphe 124 ci-dessous), elle juge difficile de discerner si ces éléments constituaient la preuve unique ou déterminante mais est néanmoins convaincue qu'ils revêtaient un poids certain et que leur admission pouvait avoir causé des difficultés à la défense. La portée des facteurs compensateurs nécessaires pour que le procès soit considéré comme équitable dépendra de l'importance que revêtent les déclarations du témoin absent. Plus cette importance est grande, plus les éléments compensateurs devront être solides afin que la procédure dans son ensemble soit considérée comme équitable.

iii. Sur l'ordre des trois étapes du critère Al-Khawaja et Tahery

18. La Cour relève que dans l'affaire Al-Khawaja et Tahery, précitée, elle a estimé que le point de savoir si la non-comparution du témoin se justifiait par un motif sérieux (première étape), et donc s'il y avait de bonnes raisons d'admettre à titre de preuve la déposition de ce témoin, constituait une question préliminaire qu'il fallait examiner avant de rechercher si le témoignage en question s'analysait en une preuve unique ou déterminante (deuxième étape – ibidem, § 120). Le terme "préliminaire", dans ce contexte, peut s'entendre en un sens temporel : le tribunal du fond doit tout d'abord décider s'il existe un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin et si, en conséquence, la déposition du témoin absent peut être admise. Ce n'est qu'une fois cette déposition admise à titre de preuve que le tribunal du fond peut apprécier, à la fin du procès et eu égard à l'ensemble des éléments de preuve administrés, l'importance de la déposition du témoin absent et, en particulier, la question de savoir si cette déposition constitue l'élément unique ou déterminant pour condamner le défendeur. Du poids de la déposition faite par le témoin absent dépendra le degré d'importance que devront revêtir les éléments compensateurs (troisième étape) afin de garantir l'équité du procès dans son ensemble.

19. Dans ces conditions, il sera en règle générale pertinent d'examiner les trois étapes du critère Al-Khawaja et Tahery dans l'ordre défini dans cet arrêt (paragraphe 107 ci-dessus). Toutefois, les trois étapes du critère sont interdépendantes et, prises ensemble, servent à établir si la procédure pénale en cause a été globalement équitable. Il peut donc être approprié, dans une affaire donnée, d'examiner ces étapes dans un ordre différent, notamment lorsque l'une d'elles se révèle particulièrement probante pour déterminer si la procédure a été ou non équitable (voir à cet égard, par exemple, *Nechto c. Russie*, n° 24893/05, §§ 119-125 et 126-127, 24 janvier 2012, *Mitkus c. Lettonie*, n° 7259/03, §§ 101-102 et 106, 2 octobre 2012, *Gani*, précité, §§ 43-45, et *Şandru*, précité, §§ 62-66 ; dans toutes ces affaires, la deuxième étape, c'est-à-dire la question de savoir si les déclarations du témoin absent constituaient l'élément à charge unique ou déterminant, a été examinée avant la première étape, c'est-à-dire la question de l'existence d'un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin).

c) Principes relatifs à chacune des trois étapes du critère Al-Khawaja et Tahery

i. Sur le point de savoir si l'absence d'un témoin au procès se justifiait par un motif sérieux

20. *Pareil motif doit exister du point de vue du tribunal du fond, c'est-à-dire que celui-ci doit avoir eu de bonnes raisons, factuelles ou juridiques, de ne pas assurer la comparution du témoin au procès. S'il y avait un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin au sens ainsi défini, il s'ensuit qu'il existait une raison valable ou une justification pour que le tribunal du fond admît à titre de preuve la déposition non vérifiée du témoin absent. La non-comparution d'un témoin à un procès peut s'expliquer par diverses raisons, par exemple la peur ou le décès de l'intéressé (Al-Khawaja et Tahery, précité, §§ 120-125), des raisons de santé (voir, par exemple, Bobeş c. Roumanie, n° 29752/05, § 39, 9 juillet 2013, Vronchenko c. Estonie, n° 59632/09, § 58, 18 juillet 2013, et Matytsina, précité, § 163), ou encore l'impossibilité d'entrer en contact avec le témoin.*

21. *Dans les affaires concernant l'absence d'un témoin pour cette dernière raison, la Cour exige du tribunal du fond qu'il ait fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour assurer la comparution de l'intéressé (Gabrielyan c. Arménie, n° 8088/05, § 78, 10 avril 2012, Tseber c. République tchèque, n° 46203/08, § 48, 22 novembre 2012, et KostECKI c. Pologne, n° 14932/09, § 65-66, 4 juin 2013). L'impossibilité pour les juridictions internes d'entrer en contact avec le témoin concerné ou le fait que celui-ci ait quitté le territoire du pays dans lequel l'instance est conduite ont été jugés insuffisants en soi pour satisfaire à l'article 6 § 3 d), lequel exige des États contractants qu'ils prennent des mesures positives pour permettre à l'accusé d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge (Gabrielyan, précité, § 81, Tseber, précité, § 48, et Lučić c. Croatie, n° 5699/11, § 79, 27 février 2014). Pareilles mesures relèvent en effet de la diligence que les États contractants doivent déployer pour assurer la jouissance effective des droits garantis par l'article 6 (Gabrielyan, précité, § 81, et autres références), faute de quoi l'absence du témoin est imputable aux autorités internes (Tseber, précité, § 48, et Lučić, précité, § 79).*

22. *Il n'appartient pas à la Cour de dresser la liste des mesures concrètes devant être prises par les juridictions internes pour que l'on puisse dire que celles-ci ont déployé tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles afin de garantir la comparution d'un témoin qu'elles ne sont finalement pas parvenues à localiser (Tseber, précité, § 49). Il est clair en revanche qu'elles doivent avoir recherché activement le témoin avec l'aide des autorités nationales, notamment de la police (Salikhov, précité, §§ 116-117, Prăjină c. Roumanie, n° 5592/05, § 47, 7 janvier 2014, et Lučić, précité, § 79), et, en règle générale, avoir eu recours à l'entraide judiciaire internationale lorsque le témoin en question résidait à l'étranger et que pareil mécanisme était disponible (Gabrielyan, § 83, Fafrowicz, § 56, Lučić, § 80, et Nikolitsas, § 35, tous précités).*

23. *Pour que les autorités soient considérées comme ayant déployé tous les efforts raisonnables pour assurer la comparution d'un témoin, il faut aussi que les tribunaux internes aient procédé à un contrôle minutieux des raisons données pour justifier l'incapacité du témoin à assister au procès, en tenant compte de la situation*

particulière de l'intéressé (Nechto, § 127, Damir Sibgatullin, § 56, et Yevgeniy Ivanov, § 47, tous précités).

ii. Sur le point de savoir si la déposition du témoin absent constituait le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur

24. Quant à la question de savoir si la déposition d'un témoin absent admise en tant que preuve a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur (deuxième étape du critère *Al-Khawaja et Tahery*), la Cour rappelle que le mot "unique" renvoie à une preuve qui est la seule à peser contre un accusé (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 131). Le mot "déterminante" doit être pris dans un sens étroit, comme désignant une preuve dont l'importance est telle qu'elle est susceptible d'emporter la décision sur l'affaire. Si la déposition d'un témoin n'ayant pas comparu au procès est corroborée par d'autres éléments, l'appréciation de son caractère déterminant dépendra de la force probante de ces autres éléments : plus celle-ci sera importante, moins la déposition du témoin absent sera susceptible d'être considérée comme déterminante (*ibidem*).

25. La Cour n'étant pas censée s'ériger en juge de quatrième instance (*Nikolitsas*, précité, § 30), pour décider si la condamnation d'un requérant se fondait exclusivement ou dans une mesure déterminante sur les déclarations de témoins absents, elle doit partir des décisions des tribunaux internes (*Beggs*, § 156, *Kostecki*, § 67, et *Horncastle et autres*, §§ 141 et 150, tous précités). Elle doit vérifier l'évaluation des tribunaux internes à la lumière de l'acception qu'elle donne aux termes "preuve unique" et "preuve déterminante" et s'assurer par elle-même que l'évaluation faite par les tribunaux internes du poids de la preuve n'était pas inacceptable ou arbitraire (*McGlynn c. Royaume-Uni (déc.)*, n° 40612/11, § 23, 16 octobre 2012, et *Garofolo*, précité, §§ 52-53). Elle doit également se livrer à sa propre appréciation de l'importance accordée à la déposition du témoin absent si les juridictions internes n'ont pas indiqué leur position à cet égard ou si celle-ci n'est pas claire (*Fafrowicz*, précité, § 58, *Pichugin c. Russie*, n° 38623/03, §§ 196-200, 23 octobre 2012, *Tseber*, précité, §§ 54-56, et *Nikolitsas*, précité, § 36).

iii. Sur le point de savoir s'il existait des éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense

26. Quant à la question de savoir s'il existait des éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission comme preuve de témoignages non vérifiés (troisième étape du critère *Al-Khawaja et Tahery*), la Cour rappelle que ces éléments compensateurs doivent permettre une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de pareille preuve (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 147).

27. La Cour a considéré comme une garantie importante le fait que les juridictions internes se soient penchées avec prudence sur les déclarations non vérifiées d'un témoin absent (comparer avec *Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 161, *Gani*, précité, § 48, et *Brzuszczynski c. Pologne*, n° 23789/09, §§ 85-86, 17 septembre 2013). Les tribunaux doivent avoir démontré qu'ils étaient conscients de la valeur réduite des déclarations du témoin absent (comparer avec *Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 157, et *Bobeş*, précité, § 46). Dans ce contexte, la Cour examine si les juridictions internes ont expliqué en détail pourquoi elles considéraient que ces déclarations étaient fiables, tout en tenant compte des autres éléments de preuve

disponibles (*Brzuszczynski*, précité, §§ 85-86 et 89, *Prăjină*, précité, § 59, et *Nikolitsas*, précité, § 37). De même, la Cour a égard aux instructions données au jury par le juge du fond quant à la façon d'aborder la déposition d'un témoin absent (voir, par exemple, *Sellick et Sellick*, précité, § 55).

28. Par ailleurs, la diffusion à l'audience d'un enregistrement vidéo de l'interrogatoire au stade de l'enquête du témoin absent, si cela est possible, constitue une garantie supplémentaire de nature à permettre au tribunal, au ministère public et à la défense d'observer le comportement du témoin pendant l'interrogatoire et de se former leur propre opinion quant à sa fiabilité (*A.G. c. Suède*, décision précitée, *Chmura c. Pologne*, n° 18475/05, § 50, 3 avril 2012, *D.T. c. Pays-Bas (déc.)*, n° 25307/10, § 50, 2 avril 2013, *Yevgeniy Ivanov*, précité, § 49, *Rosin c. Estonie*, n° 26540/08, § 62, 19 décembre 2013, et *González Nájera c. Espagne (déc.)*, n° 61047/13, § 54, 11 février 2014).

29. La production au procès d'éléments de preuve venant corroborer la déposition non vérifiée constitue une autre garantie de grand poids (voir, entre autres, *Sică c. Roumanie*, n° 12036/05, §§ 76-77, 9 juillet 2013, *Brzuszczynski*, précité, § 87, et *Prăjină*, précité, §§ 58 et 60). Parmi ces éléments on peut citer notamment des déclarations faites au procès par des personnes auxquelles le témoin absent a rapporté les événements immédiatement après leur survenue (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 156, *McGlynn*, précité, § 24, *D.T. c. Pays-Bas*, décision précitée, § 50, et *González Nájera*, décision précitée, § 55), la collecte d'autres preuves factuelles en rapport avec l'infraction, notamment des données médicolégales (voir, par exemple, *McGlynn*, précité, § 24, concernant des données ADN), ou des expertises relatives aux blessures ou à la crédibilité de la victime (comparer avec *Gani*, § 48, *González Nájera*, § 56, et *Rosin*, § 61, tous précités). La Cour a en outre considéré comme un facteur important venant à l'appui de la déposition d'un témoin absent l'existence de fortes similitudes entre la description faite par le témoin absent de l'infraction qu'il alléguait avoir été dirigée contre lui et celle faite par un autre témoin, avec lequel rien n'indiquait qu'il y eût eu collusion, d'une infraction comparable commise par le même défendeur. Cela vaut d'autant plus si ce dernier témoin dépose au procès et que sa fiabilité est vérifiée par un contre-interrogatoire (comparer avec *Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 156).

30. De plus, dans les cas où un témoin est absent et ne peut être interrogé au procès, la possibilité offerte à la défense de poser ses propres questions au témoin indirectement, par exemple par écrit, au cours du procès constitue une garantie importante (*Yevgeniy Ivanov*, précité, § 49, et *Scholer c. Allemagne*, n° 14212/10, § 60, 18 décembre 2014).

31. Le fait d'avoir donné au requérant ou à son avocat la possibilité d'interroger le témoin au stade de l'enquête constitue également une solide garantie permettant de compenser les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission au procès de dépositions non vérifiées (voir, entre autres, *A.G. c. Suède*, décision précitée, *Gani*, précité, § 48, et *Şandru*, précité, § 67). À cet égard, la Cour a jugé que, dès lors que les autorités d'enquête avaient estimé au stade de l'enquête qu'un témoin ne serait pas entendu au procès, il était essentiel de donner à la défense la possibilité de poser des questions à la victime pendant l'enquête préliminaire (*Rosin*, précité, §§ 57 et suiv., en particulier §§ 57 et 60, et *Vronchenko*, précité, §§ 61 et 63, ces deux affaires portant sur l'absence au procès de la victime mineure d'une infraction sexuelle en vue de la protection du bien-être de l'enfant ; comparer aussi avec *Aigner c. Autriche*, n° 28328/03, §§ 41-42, 10 mai 2012, et *Trampevski*, précité, § 45). Pareilles auditions dans la phase antérieure au procès sont au

demeurant souvent organisées en vue de prévenir le risque qu'un témoin crucial ne soit pas disponible pour venir à la barre (Chmura, précité, § 51).

32. Le défendeur doit en outre se voir offrir la possibilité de donner sa propre version des faits et de mettre en doute la crédibilité du témoin absent en soulignant toute incohérence ou contradiction avec les déclarations d'autres témoins (Aigner, précité, § 43, D.T. c. Pays-Bas, décision précitée, § 50, Garofolo, précité, § 56, et Gani, précité, § 48). Lorsque l'identité du témoin est connue de la défense, celle-ci est en mesure d'identifier et d'analyser les motifs que le témoin peut avoir de mentir, et donc de contester sa crédibilité de manière effective même en son absence, bien que dans une mesure moindre qu'au cours d'une confrontation directe (Tseber, § 63, Garofolo, § 56, Sică, § 73, et Brzuszczyński, § 88, tous précités). >>

Appliqués au cas d'espèces il y a lieu de noter qu'en ce qui concerne le principe

i. d'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin emporte en soi violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) il y a lieu de retenir qu'aucune raison justificative et valable quant à la non-comparution de la principale témoin à charge, ne fut invoquée par le représentant du ministère public, qui après avoir reporté à plusieurs reprises le procès au fond, alors que l'appelant fut par ailleurs détenu, a finalement simplement et purement renoncé à l'audience au fond sans autre précision à la convocation et à l'audition de la principale, sinon l'unique témoin à charge, invoquant une impossibilité de joindre la témoin dont l'adresse en Italie fut néanmoins connue, aussi bien par le mandataire qui se constitua finalement au nom et pour le compte de la dame Y, que par le représentant du ministère public lui-même.

Qu'il n'a par ailleurs nullement été démontré que l'impossibilité faite à la défense d'interroger le témoin était justifiée par un motif sérieux, la défense fut mise devant le fait accompli à l'audience de jugement même, de la renonciation par le représentant du ministère public d'entendre la principale témoin lors de l'instruction à la barre, renonciation parquetière dont le requérant avait pour seule solution de simplement prendre acte.

Qu'en ce qui concerne le principe

ii. de savoir si des éléments compensateurs suffisants sont quand même nécessaires lorsque le témoignage non vérifié ne constituait pas l'élément à charge unique ou déterminant le concluant estime que ces éléments ne sont pas présents en l'espèce alors que la condamnation de l'appelant fut essentiellement sinon exclusivement basée sur les déclarations de la prétendue victime Y, notamment en ce qui concerne la prétendue infraction d'abus de faiblesse, infraction pour laquelle il ne fut jusqu'en date de la rédaction des présentes jamais inculpé !!

Qu'en ce qui concerne le principe

iii. de savoir s'il existait des éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense le demandeur en cassation maintient le grief que << les juridictions internes aussi bien de première instance que d'appel, ne se sont pas penchées avec prudence sur les déclarations non vérifiées d'un témoin absent >> alors que les premiers juges ont tenues pour vraies, partant

établies, toutes les déclarations de la prétendue victime Y, la cour d'appel estimant pour sa part que le demandeur en cassation << aurait omis d'indiquer par ailleurs le ou les faits sur lesquels la témoin Y devrait être interrogée >> ce qui dépend bien évidemment du déroulement de l'instruction à la barre en audience publique, de sorte que le requérant ne pouvait prévoir, toutes les questions à poser en audience publique au témoin principal, en conséquence de quoi le demandeur en cassation veut toujours pour preuve que ce sont bien les seules dires de la prétendue victime, qui ont suffi à considérer le requérant coupable en qualité d'auteur d'un abus de faiblesse à l'égard de la dénommée Y, notamment en abusant de sa vulnérabilité, en la mettant en confiance et dans un état de sujétion >>, faits pour lesquels il fut condamné aussi bien en première instance qu'en instance d'appel, sans que la précitée témoin ne fut entendue par les conseillers en audience publique

Il n'en demeure que le demandeur en cassation fut condamné essentiellement, sinon exclusivement, sur base des déclarations de la principale témoin, qui ne comparaisant point à l'audience du fond, afin de pouvoir être confrontée avec les contestations de l'appelant ainsi qu'avec ses déclarations, de même que les éventuelles questions que ce dernier avait l'intention de lui poser, de sorte que le requérant n'a pas bénéficié devant les juridictions du fond aussi bien en première instance qu'en appel d'un procès équitable, conforme aux exigences des articles 6 § 1 ensemble 6 § 3d, raison pour laquelle il demande à votre cour de cassation de casser et d'annuler l'arrêt 418719 X du 4 décembre 2019 pour violation des articles précités articles conventionnels 6 § 1 et 6 § 3 d ensemble l'article 175 du code de procédure pénale.

Que le demandeur en cassation, au soutien de sa demande de cassation et d'annulation, fait sien l'arrêt de la cour de cassation N° 120 / 2018 pénal du 06.12.2018 disant pour droit que << Attendu qu'aux termes de l'article 175 du Code de procédure pénale, rendu applicable en instance d'appel par l'article 211 du même Code, les témoins pourront être entendus de procureur d'Etat ou d'une des parties ;

Attendu qu'il ne résulte d'aucune disposition de l'arrêt attaqué que le demandeur en cassation ait demandé à la Cour d'appel de faire entendre des témoins et que cette demande ait été rejetée ;

Attendu que le demandeur en cassation invoque partant à tort le grief tiré d'une prétendue impossibilité de faire interroger des témoins ;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ; >>

Que le demandeur en cassation a précisément demandé dans son acte d'appel, demande réitérée devant la chambre correctionnelle de la cour d'appel, de faire entendre la témoin principale madame Y,

Que cette demande a été rejetée purement et simplement sans autre explication et surtout sans fondement et contrairement aux droits du demandeur en cassation tels qu'issus des articles conventionnels 6 § 1 ensemble 6 § 3 d) et de l'article 175 du code de procédure pénale.

Que le demandeur en cassation invoque, partant à raison, le grief tiré de la violation des précités articles conventionnels 6 § 1 ensemble 6 § 3 d, ensemble l'article 175 du code de procédure pénale, aboutissant au détriment du demandeur en cassation à une impossibilité de faire entendre des témoins en appel malgré sa demande clairement adressée à tous les stades de la procédure, à savoir de l'instruction à l'audience d'appel.

De la sorte le non-respect par la chambre correctionnelle des précités articles 6 § 1 et 6 § 3 d de la convention européenne des droits de l'homme ensemble l'article 175 du code de procédure pénale luxembourgeois, a eu pour conséquence que le demandeur en cassation n'a pas profité d'un procès équitable instance d'appel de sorte que l'arrêt de condamnation 418/19 X du 4 décembre 2019 est à casser et à annuler pour violation des précités dispositions. ».

Réponse de la Cour

Sous le couvert du grief tiré de la violation des dispositions visées au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, de la pertinence d'une mesure d'instruction ainsi que de la valeur des éléments de preuve recueillis, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il en suit que le moyen ne saurait être accueilli.

Sur le sixième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Violation du principe général de droit exprimé sous la formule << on ne choisit pas son juge >> alors que le parquet a recité une affaire, commencée au fond devant la VII chambre correctionnelle, devant la XVI chambre et ce à un moment où les premiers juges, qui avaient d'ores et déjà pris un jugement sur incident d'audience relatif à une demande de nullité, jugement contre lequel la cour d'appel a déclaré l'appel irrecevable pour être prématuré, demeurait toujours et encore saisis du fond de l'affaire.

Le demandeur en cassation avait invoqué devant les premiers juges saisis l'annulation de la procédure pour défaut d'inculpation suite au premier interrogatoire, alors qu'il estimait qu'on se trouvait en présence d'une violation d'une formalité substantielle de la régularité de la procédure.

La cour d'appel dans son arrêt a pris position comme suit :

<< Ce moyen, déjà invoqué par la défense dans son mémoire déposé à l'audience du 10 décembre 2018 en première instance, a été toisé par le jugement avant-dire droit, sur incident, du 13 décembre 2018.

Contre cette décision, le prévenu avait interjeté appel le 20 décembre 2018.

Par arrêt du 27 février 2019, la Cour déclara l'appel irrecevable pour être prématuré, l'appel immédiat contre un jugement avant-dire droit n'étant pas possible, au vu des articles 579 et 580 du Nouveau code de procédure civile.

Le jugement avant-dire droit sur incident du 13 décembre 2018, susceptible de faire l'objet d'un appel, ensemble avec le jugement quant au fond du 14 avril 2019, n'a pas été attaqué par l'acte d'appel du 19 avril 2019, limité au jugement quant au fond du 14 mars 2019.

Or, l'appel interjeté contre le seul jugement sur le fond n'implique pas que cet appel s'étend de plein droit au jugement sur incident sans qu'il soit besoin de le désigner expressément dans l'acte d'appel (Cass du 26 janvier 2017, n° 02/17).

Le jugement du 13 décembre 2018 n'ayant pas été entrepris ensemble le jugement sur le fond, il en découle qu'il a acquis force de chose jugée et que le moyen tiré du défendeur d'inculpation d'X, définitivement toisé par le jugement du 13 décembre 2018, est partant irrecevable. >>

Le demandeur en cassation ne partage pas ce point de vue de la cour d'appel alors qu'en décidant que << le jugement du 13 décembre 2018 n'ayant pas été entrepris ensemble le jugement sur le fond, il en découle qu'il a acquis force de chose jugée et que le moyen tirée du défendeur d'inculpation (on lira du défaut d'inculpation faute de quoi la formule ne donnera point de sens) d'X, définitivement toisé par le jugement du 13 décembre 2018, est partant irrecevable >>

Or force est de constater tout d'abord qu'il n'existe aucun jugement sur le fond prononcé par les juges auteurs du jugement sur incident du 13 décembre 2018, à lire la composition de la VII chambre correctionnelle, qui demeure au jour de la rédaction du présent mémoire en cassation toujours et encore saisie du fond, alors qu'il n'appartenait pas au représentant du ministère public de reciter l'actuel demandeur en cassation devant une nouvelle chambre correctionnelle, à un moment où une chambre correctionnelle avait commencé le jugement de l'affaire, et qu'il n'existait aucune raison objective, ni aucun principe juridique justifiant le dessaisissement de cette chambre de l'affaire commencée devant elle, et dans laquelle elle s'était prononcé sur un incident d'audience par jugement du 13 décembre 2010.

Ensuite la cour d'appel invoque la jurisprudence suivante de votre cour de cassation :

Or l'appel interjeté contre le seul jugement sur le fond n'implique pas que cet appel s'étend de plein droit au jugement sur incident sans qu'il soit besoin de le désigner expressément dans l'acte d'appel (Cass du 26 janvier 2017, n°0017)

A la lecture de l'arrêt cité, il semble tout d'abord clair que les jugements du << tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, statuant par défaut, en date du 30 avril 2015, sur opposition en date du 15 juillet 2015, ainsi qu'en date du 30 novembre 2015 >> ont tous été l'œuvre de la même juridiction, à lire de la même composition collégiale correctionnelle, contrairement à notre cas d'espèce.

Que le revirement jurisprudentiel opéré par votre cour de cassation à titre de réponse fournie au premier moyen invoqué dans le cadre de l'arrêt du 26 janvier 2017 à lire que << Attendu que les juges d'appel, après avoir constaté que l'appel relevé par le prévenu était limité au jugement du 30 novembre 2015, seul désigné dans la déclaration d'appel, ont correctement décidé, sans ajouter de quelconques conditions aux articles de loi cités au moyen non prévues par le texte de loi, que cet appel ne s'étendait pas au jugement sur incident du 15 juillet 2015, tout en ajoutant que la circonstance que ce jugement avant-dire droit ne pouvait être entrepris qu'avec le jugement sur le fond dans le délai d'appel applicable à celui-ci, n'impliquait pas que l'appel interjeté contre ce jugement s'étendait de plein droit au jugement sur incident sans qu'il soit besoin de le désigner expressément dans l'acte d'appel, de sorte qu'ils n'ont pas violé les dispositions visées au moyen ; Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ; >> n'est aucunement transposable au cas d'espèces, alors qu'en l'occurrence le jugement sur incident provient d'une composition juridictionnelle différente que le jugement sur le fond, dont appel et que l'appel dirigée en temps et lieu utile contre le jugement sur incident fut déclarée irrecevable, car prétendument prématuré, de sorte que le demandeur en cassation n'a jamais eu accès au juge quant à la question posée lors de l'incident au fond devant les premiers juges.

Que cette différence provient exclusivement de l'initiative parquetière consistant de reciter, sans rime ni raison, l'actuel demandeur en cassation devant une autre composition correctionnelle, à un moment où son affaire était pendante devant une juridiction correctionnelle

Qu'en ce faisant le représentant du ministère public, alors qu'une juridiction correctionnelle fut toujours valablement saisie du fond, a pris la décision discrétionnaire, pour ne pas dire arbitraire, de re-saisir une juridiction correctionnelle autrement composée, manifestant ainsi sa volonté de choisir le juge devant lequel il avait unilatéralement décidé de citer l'actuel demandeur en cassation, ce qui revient à choisir le juge, ce qui ne saurait valoir.

L'arrêt 418/19 X du 4 décembre 2019 en retenant que :

<< Le juge naturel du prévenu est celui qui est désigné par la loi pour connaître de son litige.

L'article 25 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire prévoit que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est composé de 18 chambres (actuellement 20 chambres) et que la répartition des différentes affaires se fera par le président du tribunal.

La répartition des tâches entre les différentes chambres au sein d'un même tribunal constitue dès lors une mesure d'organisation administrative.

En l'occurrence, le juge naturel pour connaître les préventions que le ministère public reproche à X, est le tribunal d'arrondissement de Luxembourg et non pas telle chambre ou composition déterminée.

Il a été dès lors loisible au ministère public de reciter une même affaire devant une autre composition, sous réserve de réexposer et de faire réinstruire l'affaire dès le début. >>

Que si le demandeur en cassation partage l'opinion de la cour que le juge naturel du prévenu est bien celui désigné par la loi pour connaître du litige, il n'empêche qu'il ne saura partager le point de vue de la cour jugeant << qu'il appartient au ministère public de reciter une même affaire devant une autre composition sous réserve de réexposer et de faire réinstruire d'affaire dès le début >> et ce sans fournir la moindre justification quant à cette re-citation de l'affaire, ce qui revient justement à consacrer le principe du libre choix du juge, choix qui n'appartient précisément pas à une partie au procès, indépendamment du fait que ladite partie au procès aurait la particularité d'être en charge de la défense de l'ordre public tel le représentant du ministère public.

En conséquence il y a lieu de casser et d'annuler l'arrêt n° 418/19 X du 4 décembre 2019 pour violation du principe général de droit interdisant à une partie au procès de choisir son juge. ».

Réponse de la Cour

La violation d'un principe général du droit ne donne ouverture à cassation que s'il trouve son expression dans un texte de loi ou s'il est consacré par une juridiction supranationale.

Le demandeur en cassation n'invoque pas de texte de loi qui exprimerait le principe énoncé au moyen ni une jurisprudence d'une juridiction supranationale qui consacrerait ce principe.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

condamne X aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 14 euros.

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

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,

Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Lotty PRUSSEN, conseiller à la Cour de cassation,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier à la Cour Viviane PROBST.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence du premier avocat général Marc HARPES et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation
X / Ministère Public

(affaire n° CAS-2020-00009 du registre)

Par déclaration faite le 2 janvier 2020 au greffe de la Cour supérieure de justice de Luxembourg, Maître Roby SCHONS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, forma au nom et pour le compte d'X un recours en cassation contre l'arrêt n° 418/19X, rendu contradictoirement le 4 décembre 2019 par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en instance d'appel en matière correctionnelle.

Cette déclaration de recours a été suivie en date du 29 janvier 2020 du dépôt au greffe de la Cour supérieure de justice d'un mémoire en cassation, signé par Maître Roby SCHONS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, au nom et pour le compte d'X, signifié le même jour à Maître Marc LENTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en l'étude duquel Y a spécialement élu domicile aux fins de signification du mémoire en cassation.

Le pourvoi est recevable pour avoir été déposé dans les forme et délai de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Quant aux rétroactes, par jugement n° 750/2019 rendu contradictoirement le 14 mars 2019 par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle, X, convaincu des infractions de faux et usage de faux, d'abus de faiblesse, d'escroquerie, d'abus de confiance et de blanchiment¹, fut condamné à une peine d'emprisonnement

¹ Plus particulièrement, quant à l'infraction de faux et d'usage de faux, d'avoir du 12 au 16 novembre 2015 falsifié la signature de Y, née le (...) à (...), demeurant à (...), figurant sur l'annexe de la déclaration de mise hors circulation concernant un véhicule Volvo S80, rédigée le 12 novembre 2015, et d'avoir du 11 décembre 2016 au 16 décembre 2016 fabriqué un document daté au 11 décembre 2016 donnant procuration à X de vendre au nom de Y un véhicule VW TIGUAN, immatriculé (...) et d'avoir apposé sur ce document la signature falsifiée de cette dernière, ainsi que d'avoir fait usage de ce faux le 16 décembre 2016 afin de vendre le véhicule VW TIGUAN à la société de droit allemand socA) pour le montant de 10.000 €.

Quant à l'infraction d'abus de faiblesse, d'avoir du 13 juillet 2015 jusqu'au 23 février 2017 abusé de la situation de faiblesse de Y consistant dans son trouble bipolaire, sa dépendance à l'alcool, la grande fragilité de sa personnalité et son incapacité de résister aux sujétions psychologiques et dont la particulière vulnérabilité était connue par Y, pour conduire la première à faire, suite à l'héritage de 524.072,26 € qu'elle avait perçu suite à l'assassinat de son fils C) par son frère E), les paiements, remises et retrait s'élevant à un total de 413.675,68 euros.

Quant à l'infraction d'escroquerie, de s'être fait délivrer le 21 novembre 2016 de manière indirecte la somme de 120.000 € par Y en employant des manœuvres frauduleuses et notamment en ayant recours à un tiers présenté à Y sous la dénomination de D), comme étant le propriétaire d'une maison à G) où Y avait vécu dans le passé afin de la persuader d'acquiescer cette prédite maison, et de s'être fait remettre le 16 novembre 2015 par A) le montant de 1.000 € en contrepartie d'un véhicule Volvo S80, immatriculé (...) en employant des manœuvres frauduleuses consistant à présenter à ce dernier une déclaration de mise hors circulation portant la signature falsifiée de Y propriétaire légitime du prédit véhicule, et de s'être fait remettre le 16 décembre 2016 à Trèves, par K), préqualifié, la somme de 10.000 € en contrepartie d'un véhicule VW TIGUAN, immatriculé (...), en employant des manœuvres

de quatre ans, assortie du sursis probatoire avec la condition de procéder au remboursement intégral de la partie civile Y, ainsi qu'à une amende de 2.500 euros.

La demande civile fut déclarée fondée à concurrence du montant de 427.575,68 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde. Pour le surplus, les premiers juges ont confisqué un appartement avec cave et garage sis à Rollingen/Mersch, tout comme un véhicule, en tant qu'objets substitués au produit direct, voire à l'avantage patrimonial tiré des infractions retenues à charge du prévenu.

Sur appel interjeté par le prévenu, le jugement entrepris fut confirmé, à l'exception de l'infraction d'escroquerie de laquelle il fut acquitté, par arrêt n° 418/19X, rendu contradictoirement le 4 décembre 2019 par la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en instance d'appel en matière correctionnelle. C'est contre cet arrêt que le pourvoi est dirigé.

A préciser encore que par jugement n° 3240/2018 rendu le 13 décembre 2018 sur incident, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg déclara irrecevable le moyen soulevé *in limine litis* par X et tiré de la nullité de son interrogatoire de première comparution faute d'inculpation. Par arrêt rendu le 27 février 2019, la Cour d'appel déclara l'appel irrecevable pour être prématuré, l'appel immédiat contre un jugement avant-dire droit n'étant pas possible au vu des articles 579 et 580 du Nouveau code de procédure civile. X n'a pas englobé ledit arrêt dans sa déclaration d'appel lorsqu'il a formé appel contre le jugement de condamnation n° 750/2019 du 14 mars 2019.

Quant aux premier, deuxième et quatrième moyens de cassation réunis

Il y a lieu de rappeler préliminairement qu'X a soulevé devant les magistrats d'appel l'exception d'incompétence de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel tout comme la nullité de l'instruction préparatoire, son argumentaire tournant autour du même moyen: l'irrégularité de son inculpation par le juge d'instruction lors de son premier interrogatoire. Soutenant que cette irrégularité équivaut à une absence d'inculpation, il a fait valoir devant les juges du fond que l'inculpation irrégulière entraîne l'irrégularité, partant la nullité des actes subséquents, dont le mandat de dépôt, l'ordonnance de renvoi et la citation à l'audience.

frauduleuses consistant à se présenter comme le mandataire de Y, propriétaire légitime du prêt véhicule, en vertu d'une procuration fabriquée par les soins d'X le 11 décembre 2016 à Luxembourg.

Quant à l'abus de confiance, d'avoir détourné le 16 novembre 2015, respectivement le 16 décembre 2016, un véhicule VOLVO S80, immatriculé (...) en le vendant à l'insu de Y pour le prix de 1.000 € ainsi qu'un véhicule VW TIGUAN, immatriculé (...), pour le prix de 10.000 €, véhicules appartenant à cette dernière et qui avaient été remis à X afin de conduire Y étant donné qu'elle ne dispose pas d'un permis de conduire, et, finalement, quant à l'infraction de blanchiment, d'avoir du 13 juillet 2015 jusqu'au 23 février 2017 détenu et utilisé la somme de 424.575,68 €, laquelle constitue un avantage patrimonial tiré des infractions de faux et usage de faux, d'escroquerie et d'abus de confiance (11.000 €) et de l'infraction d'abus de faiblesse portant sur les opérations reprises ci-avant sub. II).

Les développements respectifs des moyens de cassation sous examen, difficiles à comprendre, sont *in fine* construits autour de ce même argumentaire fondé sur l'irrégularité de l'inculpation, de la violation par le juge d'instruction des prescriptions de l'article 81 du code d'instruction criminelle, ainsi que de la violation par les juges du fond de l'article 81 du code d'instruction criminelle, tout comme de l'article 6 de la CEDH et de l'article 12 de la Constitution par rapport à l'article 81 du code d'instruction criminelle.

Le premier moyen est libellé comme suit : « ***la violation de la présomption d'innocence du demandeur en cassation en raison de l'application de l'article 81 du code d'instruction criminelle lors du premier interrogatoire.*** »

Le deuxième moyen est libellé comme suit : « ***Violation de l'article 81 du code de procédure pénale ensemble l'article 12 de la constitution alors que la forme prescrite par l'article 81 du code de procédure pénale n'a pas été respectée.*** »

Le quatrième moyen est libellé comme suit : « ***Violation de l'article 12 de la Constitution alors que la forme prescrite par l'article 81 du code d'instruction criminelle n'est pas compatible avec ledit l'article 12 de la Constitution.*** »

Il y a encore lieu de mentionner que

- 1) les juges d'appel n'ont ni appliqué l'article 81 du code d'instruction criminelle, ni examiné les prescriptions de l'article 81 du code d'instruction criminelle. L'appelant leur ayant certes soumis le moyen de la violation de l'article 81 du code d'instruction criminelle faute d'inculpation régulière dans son chef, les magistrats d'appel l'ont déclaré irrecevable, alors que l'appelant a omis d'englober le jugement avant-dire droit du 13 décembre 2018 dans son acte d'appel formé contre le jugement n° 750/2019 du 14 mars 2019 et que partant il est forclo à agir.² Quant au moyen tiré par l'appelant de l'« *inconventionnalité dans l'application de l'article 81 du code d'instruction criminelle à l'égard de l'actuel appelant* », ils l'ont également écarté. Etant donné que le grief portait sur un acte d'instruction, ils ont déclaré l'appelant forclo à agir devant les juridictions de jugement, ce en application de l'article 126 du Code de procédure pénale.
- 2) Quant au moyen de l'appelant tiré de l'incompétence tant de la chambre correctionnelle du Tribunal d'arrondissement que de la Cour d'appel du fait de la saisine illégale de la juridiction de fond par l'ordonnance de renvoi, ce comme suite de l'inculpation irrégulière, les magistrats d'appel l'ont écarté en clarifiant

² Les juges d'appel se lisent comme suit à la page 39 : « *Le jugement avant-dire droit sur incident du 13 décembre 2018, susceptible de faire l'objet d'un appel, ensemble avec le jugement quant au fond du 14 avril 2019, n'a pas été attaqué par l'acte d'appel du 19 avril 2019, limité au jugement quant au fond du 14 mars 2019. Or, l'appel interjeté contre le seul jugement sur le fond n'implique pas que cet appel s'étend de plein droit au jugement sur incident sans qu'il soit besoin de le désigner expressément dans l'acte d'appel (Cass du 26 janvier 2017, n° 02/17). Le jugement du 13 décembre 2018 n'ayant pas été entrepris ensemble le jugement sur le fond, il en découle qu'il a acquis force de chose jugée et que le moyen tiré du défendeur d'inculpation X, définitivement toisé par le jugement du 13 décembre 2018, est partant irrecevable.* »

*que juridictions de jugement sont incompétentes pour se prononcer sur la légalité des décisions des juridictions d'instruction, « même si la décision de la Chambre du conseil était manifestement illégale et la juridiction de fond saisie par un arrêt de la Chambre du conseil n'a pas le pouvoir de se déclarer non saisie au motif que la décision de renvoi contiendrait une illégalité, même manifeste (cf. Cass. belge 30 novembre 1920, Pas. 1921, I, 153), le tout sous peine de commettre un excès de pouvoir « en appréciant, au point de vue de sa validité, l'œuvre d'une juridiction d'instruction (Garraud, Instruction criminelle, T.III, p. 442, éd. 1912). (...) ».*³

- 3) Quant au moyen de l'appelant tiré de la non-conformité de l'article 81 du code d'instruction criminelle à l'article 12 de la Constitution, garantissant que « *Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit. Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit (...)* », les magistrats d'appel ont de prime abord constaté « *qu'à part sa désignation d'inculpé et son inculpation avant tout interrogatoire proprement dit, X n'a pas fait état d'une violation concrète de ses droits de la défense lui ayant causé un préjudice irrémédiable, mais formule une critique abstraite et générale des règles de l'instruction criminelle d'avant la réforme par les lois du 8 mars 2017 renforçant les garanties procédurales en matière pénale et du 10 août 2018, transposant entre autres la directive 2016/343 du 9 mars 2016 (Mém n° 795 du 12 septembre 2018)* ». Pour le surplus, ils ont retenu qu'il n'est pas nécessaire de saisir la Cour Constitutionnelle d'une question préjudicielle concernant la compatibilité de l'article 81 ancien du code d'instruction criminelle avec l'article 12 de la Constitution pour rendre une décision sur le fond, ce au « *vu de la décision concernant l'irrecevabilité des demandes en nullité de la procédure d'instruction préparatoire en raison de l'autorité de la chose jugée résultant du jugement avant-dire droit du 13 décembre 2018, respectivement de la forclusion pour X d'agir contre des actes d'instruction, des décisions de la juridiction d'instruction* ».

Dans la mesure où un chacun des moyens sous examen a *in fine* trait à la validité de l'inculpation, partant un acte de l'instruction, et vise la nullité de la procédure d'instruction et, en conséquence, de la procédure au fond pour cause d'absence d'inculpation, ils sont à déclarer non fondés au regard de Votre jurisprudence constante en la matière.

*« Toutes les nullités de la procédure préliminaire et de la procédure d'instruction, quelle que soit la violation de la règle de droit invoquée, législation nationale ou internationale, sont soumises au délai de forclusion des articles 48-2 et 126, paragraphe 3, du Code de procédure pénale. »*⁴

³ cf. p. 42 de l'arrêt dont pourvoi,

⁴ Cass n° 114 / 2020 pénal du 23.07.2020, n° CAS-2019-00100 du registre,

L'article 126 du Code de procédure pénale prévoit un recours en nullité de la procédure de l'instruction préparatoire ou d'un acte quelconque de cette procédure devant la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement et dispose que la demande en nullité doit être produite, à peine de forclusion, au cours même de l'instruction, dans un délai de cinq jours ouvrables à partir de la connaissance de l'acte⁵.

Le prédit article, tout comme l'article 48-2 du même code ayant trait aux actes posés lors de la procédure d'enquête, vise « *toutes les nullités quelle que soit la violation de la règle de droit invoquée, législation nationale ou internationale. Sont visées non seulement les nullités formelles prévues par un texte de loi, mais également les nullités virtuelles et substantielles, ainsi que celles découlant de la violation alléguée des droits de l'homme, respectivement des droits de la défense. Ces nullités ne peuvent plus être invoquées devant la juridiction de fond, au regard de la forclusion édictée tant par l'article 48-2, paragraphe (3) premier tiret du Code d'instruction criminelle que par l'article 126, paragraphe (3) du même Code* »⁶.

Les juges d'appel, en retenant que l'appelant est forclos à soulever la nullité de l'interrogatoire de sa première comparution, voire de son inculpation par le juge d'instruction devant la juridiction de jugement, n'ont partant pas violé les dispositions nationales et supranationales visées au moyen.

Si par impossible les moyens devaient se comprendre dans le sens qu'il est fait grief aux juges d'appel d'avoir déclaré l'actuel demandeur en cassation forclos à soulever la nullité de la procédure sur base de l'article 126, ils sont encore à déclarer non fondé à ce titre, Votre Cour ayant dans son arrêt du 1^{er} mars 2012 décidé que les articles 48-2 et 126(3) du Code d'instruction criminelle sont des délais de forclusion⁷.

Quant au troisième moyen de cassation

Le troisième moyen est libellé comme suit : « ***Violation de l'article 6 § 2 de la convention européenne des droits de l'homme, relative à la présomption d'innocence du demandeur en cassation à travers l'application de l'article 81 du code d'instruction criminelle lors de l'interrogatoire de première comparution.*** »

A rappeler que les magistrats d'appel, quant au moyen tiré par l'appelant de l'« *inconventionnalité dans l'application de l'article 81 du Code d'instruction criminelle à l'égard de l'actuel appelant* » en ce qu'il méconnaîtrait le principe de la présomption d'innocence consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme,

⁵ Cass n° 39 / 2019 pénal du 14.03.2019, n° 4094 du registre,

⁶ Cass, n° 15/2012 pénal, 01.03.2012, n° 3095 du registre, ainsi que les développements de Monsieur le Procureur général d'Etat adjoint John PETRY dans ses conclusions du 25 octobre 2011 (page 9) ayant donné lieu à cet arrêt,

⁷ il y a notamment lieu de renvoyer aux développements de Monsieur Procureur général d'Etat adjoint John PETRY Dans ses conclusions du 25 octobre 2011 (page 9) ayant donné lieu à Votre arrêt du 1^{er} mars 2012,

l'ont écarté motifs pris de ce que le grief concerne les actes d'instruction pour lesquels le prévenu disposait de voies de recours effectives et que partant le prévenu est forclo pour agir. *« En effet, le droit interne luxembourgeois confère à l'inculpé le droit de soulever tout moyen de nullité au cours de l'instruction préparatoire sur base de l'article 126 du Code de procédure pénale. Les délais de forclusion des articles 48-2 et 126, paragraphe (3), du Code de procédure pénale, s'appliquent « quelle que soit la violation de la règle de droit invoquée, législation nationale ou internationale » (Cour de cassation, arrêts du 31 janvier 2013, n° 7/2013 pénal ; du 11 juillet 2013, n° 48/2013 pénal et du 28 avril 2016, n° 17/2016 pénal). Le demandeur ayant eu la possibilité d'exercer des recours contre les actes d'instruction devant les juridictions compétentes conformément à l'article 126 du Code de procédure pénale, il est forclo à les soulever devant la Cour d'appel (Cass du 4 avril 2019 n° 60/2019 : Cass 14 mars 2019 ; n° 39/2019 pénal). »*⁸

L'énoncé du moyen est limité à la seule violation de l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme en rapport avec l'interrogatoire de première comparution du demandeur en cassation, alors qu'aux termes de la discussion subséquente il fait l'amalgame avec la violation des articles 3 et 4 de la directive UE 2016/343 du 9 mars 2016.

Il achève son développement en demandant à ce que l'arrêt dont pourvoi soit censuré

- principalement pour avoir violé la présomption d'innocence tel que contenue dans les articles 3 et 4 de la directive UE 2016/343 du 9 mars 2016,
- sinon subsidiairement pour avoir violé la présomption d'innocence tel que contenue l'article 6 § 2 de la convention européenne des droits de l'homme,
- sinon très subsidiairement *« en raison de l'incompétence de la Cour d'appel vu l'absence d'inculpation de l'appelant, du chef d'abus de faiblesse, d'escroquerie, de blanchiment »*,
- sinon plus subsidiairement *« alors que la Cour d'appel a fondé son arrêt de condamnation sur un interrogatoire de première comparution parfaitement nul faute d'inculpation de demandeur en cassation »*.

Si certes en matière pénale l'exigence de précision quant à la formulation du moyen de cassation est moins sévère qu'en matière civile, le moyen sous examen, loin de répondre à la formulation traditionnelle d'un moyen de cassation, est une succession de considérations constituant une discussion mais n'articulant pas avec la précision requise un moyen de cassation au sens de l'article 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure de cassation.

⁸ cf. p. 40 de l'arrêt dont pourvoi,

Le demandeur en cassation omettant de dire avec clarté et structure en quoi et par rapport à laquelle des dispositions légales mentionnées il y aurait eu violation de la loi alléguée, le moyen ne saurait être accueilli faute de précision requise.

Pour le surplus, en invoquant la violation des dispositions visées au moyen « *à travers l'application de l'article de l'article 81 du code d'instruction criminelle lors de l'interrogatoire de première* », le moyen a en réalité trait à la validité d'un acte de l'instruction, soit le premier interrogatoire devant le juge d'instruction. Sous maintien des conclusions prises sous les premier, deuxième et quatrième moyens de cassation réunis, le moyen sous examen est irrecevable à ce titre.

Quant au cinquième moyen de cassation

Le cinquième moyen est libellé comme suit : « ***Violation de l'article 175 du code de procédure pénale ensemble les articles conventionnels 6 §§ 1 et 3 d) de la convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*** »

Aux termes du développement du moyen sur une dizaine de pages, composé majoritairement d'une compilation de copier-coller d'extraits de jurisprudence de la CEDH, l'on en puise que le demandeur en cassation, affirmant n'ayant « *jamais pu bénéficier d'une quelconque confrontation d'avec la principale témoin, la dame Y, ni pendant l'instruction, alors qu'il la demandait, ni pendant l'instruction de l'affaire à la barre de la chambre correctionnelle de première instance (...)* », reproche aux magistrats du fond de ne pas avoir procédé à l'audition des témoins sollicitée par lui, soit Y et son cousin X.

Ce refus serait constitutif de la violation des dispositions visées au moyen, alors que la condamnation de l'appelant aurait essentiellement sinon exclusivement été basée sur les déclarations de la prétendue victime, sans que cette dernière ne compare à l'audience afin d'être confrontée aux questions et contestations de l'appelant et d'être entendue par les conseillers en audience publique.

Le demandeur en cassation ayant « *précisément demandé dans son acte d'appel, demande réitérée devant la chambre correctionnelle de la cour d'appel, de faire entendre le témoin principal madame Y* »⁹, ce rejet pur et simple « *sans autre explication et surtout sans fondement et contrairement aux droits du demandeur en cassation tels qu'issus des articles conventionnels 6 § 1 et 3 § d) et de l'article 175 du Code de procédure pénale* », aboutirait « *au détriment du demandeur en cassation à une impossibilité de faire entendre des témoins en appel malgré sa demande clairement adressée à tous les stades de la procédure, à savoir l'instruction à l'audience d'appel* ». Le non-respect par la chambre correctionnelle des dispositions visées au moyen aurait eu pour conséquence de le priver d'un procès équitable.

⁹ cf. p. 28 du mémoire,

Il y a lieu de reproduire la motivation exhaustive des magistrats d'appel quant à la demande de l'appelant en relation avec l'audition de témoins :

« Finalement (point IV), le mandataire reprend le grief formulé par X dans la motivation annexée à son acte d'appel en invoquant l'absence de confrontation avec Y et qu'il n'a pas été procédé à l'audition de ce principal témoin à charge. Il déduit l'importance de cette audition de la circonstance que l'affaire avait été une première fois refixée afin de permettre au ministère public de reciter le témoin absent. Nonobstant la refixation de l'affaire, le témoin n'a pas comparu.

En se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la défense souligne que l'absence de motifs sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin emporte en soi une violation de l'article 6 § 1 et § 8 d). En l'occurrence, le témoignage non vérifié constituerait l'élément unique ou déterminant de la condamnation et il n'existerait pas d'éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense vu que les juridictions internes ne se seraient pas penchées avec prudence sur les déclarations non vérifiées de ce témoin absent, alors que les premiers juges auraient tenu pour vrai toutes les déclarations de la prétendue victime Y.

La représentante du ministère public conclut, qu'en l'espèce il n'y avait pas eu possibilité, vu l'état de santé de Y décrit par le docteur R), de faire entendre Y à l'audience et s'opposa pour les mêmes motifs à son audition en instance d'appel.

L'article 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après « la Convention ») dispose :

*« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement
[...]*

*3. Tout accusé a droit notamment à :
[...]*

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ».

L'emploi à titre de preuve, de dépositions remontant à la phase de l'enquête de police et de l'instruction ne se heurte pas en soi aux § 1 et § 3 d) de l'article 6, sous réserve du respect des droits de la défense. En règle générale, ceux-ci commandent de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester le témoignage à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur notamment lorsque sont utilisés à l'audience des dépositions de témoins recueillies au cours de l'enquête de la police et de l'instruction (cf. CEDH, arrêt du 15 décembre 2015, Schatschaschwili, §105).

La Cour constate que la victime et témoin principal, Y, a été, au cours de l'enquête et de l'information judiciaire, entendue à quatre reprises les 1^{er} février 2013, 16 février 2017, 1^{er} mars 2017 et 29 mars 2017 et a fait des déclarations précises et concordantes à charge du prévenu selon lesquelles elle lui aurait fait entièrement confiance, qu'X aurait abusé de sa confiance et qu'elle aurait été victime d'une escroquerie, de sorte qu'elle aurait pris l'initiative de porter plainte à son encontre suite à la remise des 120.000 euros. En

ce qui concerne plus particulièrement le contrat de vente du véhicule Volvo, elle déclara ne pas reconnaître sa signature.

X a été entendu par les enquêteurs le 16 février 2017 et le 2 mars 2017. Il a été interrogé, en présence de son avocat, par le juge d'instruction le 3 mars 2017, le 20 juin 2017 et le 24 mai 2018 et a été confronté aux accusations et dépositions de Y, qu'il a contestées en exposant que Y aurait payé des travaux, remboursé des dépenses, l'aurait gratifié et chargé des ventes des voitures, sans solliciter une confrontation ou d'autres devoirs d'instruction.

La Cour relève en premier lieu qu'en l'occurrence le témoin Y n'est pas un témoin à décharge dont l'audition aurait été sollicitée par la défense, mais a été initialement convoquée par la partie poursuivante pour être entendue à titre de témoin à l'appui de sa plainte et à l'audition duquel le représentant du ministère public a renoncé par la suite au vu de l'état de santé du témoin et son éloignement géographique, qui, affaibli et sous un régime de protection légal, avait regagné son pays d'origine depuis le 10 octobre 2018.

Outre les dépositions de Y, le dossier répressif est constitué par des messages téléphoniques SMS, des extraits bancaires, du dossier répressif de l'affaire poursuivie contre E), des documents saisis et des déclarations d'autres témoins et des aveux partiels de X qui admet avoir été, occasionnellement, gratifié financièrement par Y et, finalement par la circonstance que l'héritage de celle-ci, qui se chiffrait à 524.999 euros, a été presque complètement transféré à X, un ami de son fils, de sorte qu'elle ne disposait en date de 27 février 2017, plus que la somme de 7.446,22 euros.

Le prévenu avait la possibilité réelle de contester les allégations de Y dont il a fait l'objet tant devant le juge d'instruction que devant le juge du fond et a pu mettre en doute la sincérité et la fiabilité des dépositions tant au cours de l'instruction que devant la juridiction du fond. Par ailleurs, X qui avait sollicité que le juge d'instruction ordonne des devoirs, n'a toutefois pas demandé d'entendre Y sur des questions précises, respectivement sollicité une confrontation.

La défense omet d'indiquer, par ailleurs, le ou les faits sur lesquels la témoin Y devrait être interrogée. Suivant la motivation de l'acte d'appel et aux termes des conclusions écrites du mandataire du prévenu, la défense reproche, en fait, au ministère public d'avoir fait citer Y à titre de témoin et d'avoir procédé à la refixation de l'affaire, pour pouvoir reconvoquer la témoin absente, pour ensuite, à l'audience du 30 janvier 2019, alors que Y était toujours absente, simplement renoncer à ce témoin, démarche acceptée par le tribunal, de sorte qu'X n'aurait pas pu être confronté à l'audience au témoin et n'aurait pas à même à l'interroger.

Le débat se place donc sur le bien-fondé de l'accusation et l'appréciation des preuves produites par le ministère public.

Au vu de sa constitution de partie civile, Y ne pourra plus être entendue en qualité de témoin et sous serment en audience d'appel.

Pour les motifs développés ci-dessus, il n'y a pas non plus lieu de l'entendre à titre de simple renseignement à l'audience de la Cour.

- *La demande d'audition du témoin X, né le (...),*

Le prévenu fait grief au tribunal de ne pas avoir entendu son cousin homonyme, résidant à Meadenhead en Angleterre, à titre de témoin à décharge et sollicite son audition en instance d'appel, afin d'établir qu'en date du 27 février 2017, date de la dernière des remises litigieuses d'espèces, il ne se trouvait pas au Grand-Duché de Luxembourg vu qu'il avait séjourné entre le 20 et le 27 février 2017 en Angleterre auprès de son cousin.

Il appert du réquisitoire de renvoi, ensemble le rapport SPJ1.1/WEFR/58075.84 du 4 octobre 2017 (cote B13), que le ministère public a mis à charge du prévenu X, entre autres, l'ensemble des prélèvements supérieurs à 100 euros effectués par Y de son compte chèque postal pour la période de 13 juillet 2015 et 23 février 2017, date de l'arrêté de compte.

Les deux opérations de retrait en espèces critiquées ont été effectuées le 20 et 23 février 2017, pour 300 euros chacune.

Le tribunal a réduit le montant reproché au prévenu en relation avec la prévention d'abus de faiblesse en ce qui concerne les sommes retirées en espèces par Y pendant la période du 13 juillet 2015 et le 23 février 2017, pour cause de doute quant à leur affectation.

Le tribunal n'ayant pas retenu les retraits en espèces, n'avait pas à entendre le cousin du prévenu à titre de témoin afin d'établir que le prévenu séjournait en Angleterre entre le 20 et 27 février 2016.

Le moyen n'est dès lors pas non plus fondé. »¹⁰

La Cour d'appel, suite à une appréciation souveraine, ci-avant reproduite, a décidé que l'accomplissement d'actes d'instruction complémentaires, soit l'audition de Y, victime, et X, cousin de l'appelant, n'était pas opportun.

Sous le couvert du grief tiré de la violation des textes cités au moyen, le demandeur en cassation ne tend *in fine* qu'à remettre en cause la libre appréciation par les juges du fond de la pertinence d'une mesure d'instruction, ainsi que de la valeur des éléments de preuve déjà collectés, qui relève de leur pouvoir souverain et qui échappe au contrôle de Votre Cour¹¹. Il en suit que le moyen ne saurait être accueilli.

Pour le surplus, et pour être complet, ce faisant les magistrats du fond n'ont pas violé les dispositions légales visées au moyen.

Ce n'est pas parce qu'X a demandé l'audition de témoins, que le refus d'audition par le juge du fond est automatiquement constitutif d'une violation de l'une des dispositions visées au moyen.

L'article 175 du Code de procédure pénale dispose ainsi :

¹⁰ cf. p. 44 à 53 de l'arrêt dont pourvoi,

¹¹ voir en ce sens, par exemple, Cass. 24 janvier 2019, n°12/2019 pénal, n°4076 du registre,

« Lorsque, sur l'appel, le procureur impérial (d'Etat) ou l'une des parties requerra, les témoins pourront être entendus de nouveau, et il pourra en être entendu d'autres. ».

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

L'article 6 § 3 d) de la Convention européenne des droits de l'homme, pour sa part, consacre le droit de tout accusé d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge, cette garantie constituant un élément essentiel du procès équitable.

Ce droit n'est cependant pas un droit à caractère absolu en ce que cette disposition ne prive pas le juge national du droit d'apprécier souverainement la nécessité et l'opportunité de procéder à la réalisation d'un devoir d'instruction complémentaire ou de procéder à l'audition d'un témoin à charge ou à décharge pour former sa conviction.¹²¹³ La non-audition d'un témoin sollicitée par la défense n'emporte la méconnaissance de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'en cas de circonstances exceptionnelles.¹⁴

Le droit d'interroger ou de faire interroger des témoins à charge prévu par l'article 6 § 3 d) de la Convention de sauvegarde n'est dès lors pas illimité. Sous réserve du respect des droits de la défense, le juge apprécie souverainement s'il y a lieu d'entendre un témoin et si cette audition est nécessaire à la manifestation de la vérité¹⁵. Les juges du fond ont, en l'espèce, fait usage de ce pouvoir d'appréciation.

Le juge peut donc refuser de convoquer un témoin désigné par la défense, lorsque l'audition de ce témoin n'est pas de nature à aider à la manifestation de la vérité, à condition de motiver sa décision.¹⁶

Il est donc admis que l'article 6 § 3 d) de la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas pour but de donner au prévenu le droit de faire citer des témoins sans aucune restriction et ne requiert pas davantage la présence et l'audition de chacun des témoins dont le prévenu souhaite la déposition. Le prévenu ne bénéficie dès lors ni du droit d'obtenir la convocation de n'importe quelle personne, et notamment de celles qui ne seraient pas en mesure, par leurs déclarations, de favoriser la manifestation de

¹² Cass. 6 janvier 2000, n° 4/00 ; Cass. belge sect. fr. 2^e chambre 8 avril 1998, n° J C98481_4 ; n° rôle P971692F,

¹³ Franklin KUTY, Justice pénale et procès équitable, volume 2, n°1967,

¹⁴ Franklin KUTY, Justice pénale et procès équitable, volume 2, n°1968,

¹⁵ CCass du 11 juillet 2013, n° 48/2013 pénal, CCass 15 mai 2014, n° 22/2014 pénal, CCass 18 décembre 2014, n° 47/2014 pénal, CCass 22 octobre 2015, n° 48/2015 pénal ; voir également les conclusions du Premier avocat général J. Petry dans l'affaire ayant abouti à l'arrêt CCass 28 avril 2016, n° 17/2016 pénal, numéro 3589 du registre ; voir également Cour de cassation de Belgique, 25 septembre 2012, Pasicrisie belge, 2012, I, n° 485, page 1731, et Cour de cassation française, chambre criminelle, 16 mars 2011, pourvoi n° 10-80047,

¹⁶ Cass. 22 janvier 1998, n° 1/98 pénal ; Cass belge, sect. néerl. 2^e chambre, 22 juin 1999, n° JC996M3_3, n° rôle P990716N ; R.P.D.B., complément VII, convention européenne des droits de l'homme, n° 610 et suiv. par J. Velu.

la vérité, ni d'obtenir l'audition à l'audience de tout témoin entendu avant la saisine de la juridiction de jugement.

La tâche que la Convention européenne des droits de l'homme attribue à la Cour européenne consiste partant à rechercher si la procédure examinée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable.¹⁷

Il en est de même de l'article 6 §1 de ladite Convention, qui ne garantit pas explicitement le droit de citer des témoins, la procédure envisagée dans son ensemble, devant cependant être équitable au sens de l'article 6 §1.¹⁸

Dans cette logique d'un droit à l'interrogation de témoins à décharge ne constituant qu'un, parmi de nombreux autres, critère du caractère équitable de la procédure, qui se détermine non par la prise en considération isolée de tel ou tel critère, mais à partir d'une appréciation d'ensemble de la procédure, il ne saurait étonner que la Cour européenne des droits de l'homme décide que « *l'article 6 § 3 d) de la Convention n'exige pas la convocation et l'interrogation de tout témoin à décharge* »¹⁹, et qu'elle laisse aux juridictions nationales le soin de juger d'une offre de preuve par témoins.²⁰

La Cour européenne des droits de l'homme ajoute, au sujet du droit de l'accusé de faire entendre des témoins à décharge, qu'il « *ne suffit pas à un accusé de se plaindre de ne pas avoir pu interroger certains témoins. Encore faut-il qu'il étaye sa demande d'audition de témoins en en précisant l'importance et que cette audition soit nécessaire à la manifestation de la vérité.* »²¹ Il faut donc « *qu'il rende vraisemblable que la convocation dudit témoin était nécessaire à la recherche de la vérité et que le refus de l'interroger a causé d'un préjudice aux droits de la défense.* »²².

Par ailleurs, il résulte de l'arrêt entrepris que la Cour d'appel n'a pas fondé sa décision de retenir la culpabilité de l'actuel demandeur en cassation sur base des seules déclarations de Y, mais sur d'autres moyens de preuve qu'elle a puisé du dossier répressif, tels les messages téléphoniques SMS, les extraits bancaires, le dossier répressif de l'affaire poursuivie contre E), les documents saisis et les déclarations d'autres témoins, les aveux partiels de X quant à la matérialité de certains faits, tout comme la circonstance que l'héritage de Y, s'étant chiffré à 524.999 euros, a été presque complètement transféré à X et que finalement elle ne disposait plus que la somme de 7.446,22 euros²³.

¹⁷ CourEDH, arrêt Edwards 16 décembre 1992, série A n° 247-B, pp. 34-35, par. 34,

¹⁸ Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas, § 31,

¹⁹ Arrêt *Guillouy c. France*, mentionné ci-avant, § 55,

²⁰ Cour européenne des droits de l'homme, 6 mai 2003, *Perna c. Italie* [G.C.], n° 48898/99, § 29, citant l'arrêt *Vidal c. Belgique*, mentionné ci-avant, § 33,

²¹ Arrêt *Perna c. Italie*, mentionné ci-avant, § 29, citant les arrêts *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, série A n° 22, pp. 38-39, § 91, et *Bricmont c. Belgique*, du 7 juillet 1989, série A n° 158, p. 31, § 89,

²² Arrêt *Guillouy c. France*, mentionné ci-avant, § 55, citant la décision *Erich Priebke c. Italie*, n° 48799/99, du 5 avril 2001,

²³ cf. p. 44 de l'arrêt dont pourvoi,

Quant au sixième moyen de cassation

Le sixième moyen est libellé comme suit : « *Violation du principe général de droit exprimé sous la formule « on ne choisit pas son juge » alors que le parquet a recité une affaire, commencée au fond devant la VII chambre correctionnelle, devant la XVI chambre et ce à un moment où les premiers juges, qui avaient d'ores et déjà pris un jugement sur incident d'audience relatif à une demande de nullité, jugement contre lequel la cour d'appel a déclaré l'appel irrecevable pour être prématuré, demeuraient toujours et encore saisis du fond de l'affaire.* »

Le moyen sous examen est tiré de la violation d'un principe général de droit, soit l'interdiction par une partie au procès de choisir son juge, érigé en principe général de droit par le demandeur en cassation.

Suivant votre jurisprudence constante, la violation d'un tel principe ne donne ouverture à cassation que s'il trouve son expression dans un texte de loi ou s'il est consacré par une juridiction supranationale²⁴.

Suivant cette même jurisprudence, la recevabilité d'un moyen tiré de la violation d'un principe général de droit ne suppose pas seulement que le principe général invoqué trouve son expression dans un texte de loi ou une jurisprudence d'une juridiction supranationale, mais que ce texte ou cette jurisprudence soient invoqués.

Le demandeur en cassation omettant d'apporter les précisions requises en vertu de ce qui précède, le moyen est irrecevable.

Conclusion :

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

Pour le Procureur général d'Etat,

Monique SCHMITZ
avocat général

²⁴ cf. Cass 26 octobre 2017, n° 74/2017, n° 3850 du registre, p. 6 : « *Attendu que la demanderesse en cassation n'invoque pas de texte de loi qui exprimerait le principe énoncé au moyen, ni une jurisprudence d'une juridiction supranationale qui consacrerait ce principe ; Qu'il en suit que le moyen est irrecevable* ».