

N° 120 / 2018 pénal.
du 06.12.2018.
Not. 38195/14/CD
Numéro 4044 du registre.

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

sur le pourvoi de :

X, né le (...) à (...), demeurant à (...), actuellement détenu au Centre pénitentiaire de Luxembourg pour autre cause,

prévenu,

demandeur en cassation,

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

en présence du **Ministère public**,

l'arrêt qui suit :

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 12 décembre 2017 sous le numéro 54/17 Ch.Crim. par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, chambre criminelle ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître Eric SAYS, avocat à la Cour, au nom d'X, suivant déclaration du 8 janvier 2018 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en cassation déposé par Maître Roby SCHONS au nom d'X au greffe de la Cour le 6 février 2018 ;

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

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre criminelle, avait acquitté X de l'infraction de recel de malfaiteur et l'avait renvoyé des fins de sa poursuite pénale sans peine ni dépens ; que la Cour d'appel, par réformation, a déclaré X convaincu de l'infraction de recel de malfaiteur, tout en précisant le libellé de la prévention, et l'a condamné à une peine d'emprisonnement et à une amende ;

Sur le premier moyen de cassation :

« Violation de la loi et notamment de l'article 339 du Code pénal en ce sens que la Cour d'appel a erronément interprété l'élément constitutif de l'infraction de recel de malfaiteurs en relation notamment avec la qualité de personne poursuivie de la personne recelée

L'article 339 du Code pénal dispose que :

<< Ceux qui auront recelé ou fait receler des personnes qu'ils savaient être poursuivies ou condamnées du chef d'un crime, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de 251 euros à 5.000 euros. >>

Le texte répressif exige partant comme élément constitutif que la personne, << recelée >> sinon << soustraite à l'action de la justice par le receleur >>, soit avant tout poursuivie.

La juridiction de première instance, à la page 20 de son jugement, cite la jurisprudence de la Cour de cassation belge du 16 juin 1982, Pas., 1982, I, 1213, ensemble les conclusions de Mme l'avocat général E. Liekendael, RDP., 1982, 914, 481 et 1013

En effet, Mme LIEKENDAEL propose, aux yeux du concluant, dans ses conclusions de rejet adressées à la Cour de cassation belge, une définition extrêmement large de la notion de personne poursuivie, en soutenant au paragraphe 37 comme suit: << En résumé, je propose à la Cour de donner de la notion de "personne poursuivie" au sens de l'article 339 du Code pénal, l'interprétation suivante, qui me paraît se dégager déjà des premiers commentaires ou qui, à tout le moins, n'est pas contredite par ceux-ci et correspond au but que le législateur entendait atteindre : Est poursuivie, au sens dudit article, toute personne recherchée par une autorité judiciaire quelle qu'elle soit, juge ou magistrat du ministère public.>>

C'est finalement cette conception que la Cour de cassation belge a retenu dans son arrêt du 16 juin 1982, disant pour Droit que : << Attendu qu'une personne recherchée par la justice, c'est-à-dire par une autorité judiciaire, qu'il

s'agisse d'un juge ou d'un magistrat du ministère public, est une personne poursuivie au sens de l'article du Code pénal. >>

Si on peut adhérer à cette définition large de la notion de << personne poursuivie >> énoncée, sinon posée, par la Cour de cassation belge, encore faut-il analyser, en l'espèce, sans que cette analyse ne soit mélangée de fait et de droit, si le qualificatif de personne poursuivie était donné en droit aux différents stades de la procédure dans le chef de la personne, prétendument qualifiée de recelée.

En effet, il s'agit, tout particulièrement, sinon précisément, de savoir si tous les éléments constitutifs exigés par le texte d'incrimination, article 339 du Code pénal, étaient donnés, sinon réunis, dans le chef du demandeur en cassation, alors que, faute de réunion de tous les d'éléments constitutifs de l'infraction, autrement dit, faute de réunion de tous les éléments matériels requis par le texte répressif, l'infraction n'est pas donnée, en conséquence ne peut être imputée au demandeur en cassation, qui alors doit rester acquitté.

De la sorte, il s'agit d'analyser en l'occurrence si la personne prétendument recelée par le demandeur en cassation avait bien le statut de personne poursuivie aux différents stades de la procédure pénale.

Le concluant ne le pense pas !

- Tout d'abord, notons que l'instruction fut ouverte contre inconnu par le juge d'instruction et ce en date du 20 décembre 2014 suite à un réquisitoire oral de Madame la représentante du ministère public en charge du dossier, il s'en suit que dès le début de la procédure, il y a certes des poursuites demandées par la représentante du ministère public et diligentées par le juge d'instruction, saisi in rem, mais ces poursuites ont débuté par une incertitude notoire, notamment celle de l'identification de la personne à l'encontre de laquelle elles seraient à diriger, cette dernière n'étant pas nommément désignée, partant inconnue à ce stade de la procédure.

Ab initio, la personne poursuivie n'est donc pas individualisée, pas plus que les poursuites diligentées, d'ailleurs.

- Cette absence de détermination de la qualité de personne poursuivie dans le chef de la personne prétendument recelée se poursuit tout particulièrement au moment des premiers devoirs entrepris par les officiers de police judiciaire en date des 20 et 30 décembre 2014.

Il résulte à suffisance de la première audition policière du dénommé A) en date du 20 décembre 2014, partant du lendemain de la nuit des faits, que ce dernier fut précisément auditionné par la police judiciaire en qualité de témoin, rappelons-le, dans le cadre d'une instruction d'ores et déjà ouverte contre inconnu.

En date du 30 décembre 2014, donc 10 jours après les faits, le dénommé A) fut ré-auditionné par les officiers de police judiciaire par rapport aux faits du 19 décembre 2014, à nouveau en sa qualité de témoin, l'instruction en cours n'ayant

jusqu'à cette date apporté aucun élément nouveau permettant d'individualiser les poursuites à l'encontre d'une personne déterminée.

A nouveau l'attribution du qualificatif de << personne poursuivie >>, élément constitutif de l'infraction de recel de malfaiteurs inscrite dans, et exigé par, l'article 339 du Code pénal, dans le chef de la personne prétendument recelée, en l'occurrence A), fait défaut.

Aucun indice concret dans le dossier d'instruction ne permet d'imputer la qualité de personne poursuivie au dénommé A), il s'en évince qu'à fortiori, la précitée infraction ne saurait être retenue à l'encontre du demandeur en cassation, faute d'existence d'éléments constitutifs à la date du 30 décembre 2014, relatifs à la poursuite, lors de la seconde audition policière du futur << mis en examen >>, sinon inculpé.

En d'autres termes, A) ne peut être considéré comme personne poursuivie.

Bien au contraire, la qualité de témoin attribuée, par les agents enquêteurs en charge des auditions policières, à la personne auditionnée exclut précisément la qualité de personne poursuivie, autrement dit, il y a une incompatibilité notoire et manifeste, entre le statut de témoin et celui de personne poursuivie, l'un étant exclusif de l'autre.

Il est partant démontré, à l'exclusion de tout doute, que jusqu'en date du 30 décembre 2014 du moins, le statut de personne poursuivie ne pouvait être, et de facto n'était, aucunement attribué au dénommé A), en conséquence de quoi il était impossible pour autrui de le receler en qualité de malfaiteur, et ce tout particulièrement pour le demandeur en cassation, qui ne connaissait que la qualité de témoin sous laquelle le dénommé A) fut entendu, qualité de témoin qui n'invoque justement pas de suspicion dans le chef du demandeur en cassation.

- L'indétermination de la qualité de personne poursuivie dans le chef de la personne prétendument recelée se poursuit au moment des auditions policières parallèles du demandeur en cassation et du dénommé A) en date du 11 janvier 2015, les deux étant entendus sous la qualité de prévenu.

En date du 11 janvier 2015, le demandeur en cassation, à l'instar du dénommé A), furent chacun entendu, cette fois-ci, par les officiers de police judiciaire sous la qualité de prévenu, ce qui résulte pour le premier, auditionné jusqu'à présent sous sa seule qualité de témoin, de son audition policière du 11 janvier 2015 à 13.38 heures, ainsi que pour le second, également entendu jusqu'à présent sous sa seule qualité de témoin, de son audition policière du 11 janvier 2015 à 15.00 heures, auditions policières faites suite à leur arrestation sur l'autoroute menant vers l'Allemagne.

Dans la suite, les deux interpellés furent auditionnés sous le qualificatif de << personne prévenue >> au poste de police d'abord, et par la suite dans le cabinet du juge d'instruction en tant que personnes contre lesquelles une ouverture d'information fut diligentée, sans que le demandeur en cassation ne fut inculpé

dans la présente procédure, ni lors du premier interrogatoire, ni ultérieurement, irrégularité de taille qui fera l'objet d'un moyen de cassation ultérieur.

C'est donc au plutôt au moment de l'audition policière du 11 janvier 2015, début des poursuites réellement et effectivement diligentées contre dénommé(s) dans le cadre de l'enquête préliminaire, chapotée par la représentante du ministère public, qu'il est permis de considérer que le statut de personne poursuivie pouvait être attribué au, sinon retenu à l'encontre du, dénommé A), et c'est bien à partir de ce moment précis qu'il y a lieu d'analyser, si le demandeur en cassation avait encore commis un acte de recel, ou un acte << permettant à la personne poursuivie de se soustraire à la justice >>, tel que défini par l'article 339 du Code pénal, ce qui ferait alors, et alors seulement, rentrer le demandeur en cassation dans la qualification juridique de << receleur de malfaiteur >>, (quod non) sous réserve par ailleurs, d'avoir agi avec connaissance de cause, du crime commis par la personne poursuivie et recelée, connaissance qui constitue également un élément constitutif de l'infraction de recel de malfaiteur, infraction intentionnelle.

Or, la Cour d'appel dans son arrêt du 12 décembre 2017, aux fins de retenir le demandeur en cassation dans les liens de la prévention, partant de le condamner du chef de recel de malfaiteur tel que défini à l'article 339 du Code pénal, retient comme suit :

<< En deuxième lieu il faut que la personne recelée soit poursuivie ou condamnée du chef de crime.

Les juges de première instance ont estimé pouvoir acquitter X de l'infraction à l'article 339 du Code pénal au motif qu'il ne suffit pas qu'une instruction soit ouverte et qu'une enquête soit déclenchée contre inconnu.

Or, l'article 339 du Code pénal n'exige pas que la culpabilité de la personne objet du recel ait été établie, ces dispositions légales ayant principalement en vue les mesures de sûreté pour empêcher l'évasion du coupable, en punissant ceux qui connaissent le crime commis, recèlent le criminel et lui procurent ainsi les moyens de se soustraire aux autorités judiciaires. (...)

Il suffit donc que des recherches aient été ordonnées du chef d'un crime par une autorité judiciaire. >>

En statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé la loi, à savoir l'article 339 du Code pénal, alors qu'elle n'a pas caractérisé, sinon individualisé, les poursuites dans le chef de la personne prétendument recelée, de sorte que son arrêt est sujet à cassation pour violation de la loi, alors qu'au moins un élément constitutif de l'infraction de l'article 339 fait défaut, à savoir l'existence de poursuites diligentées contre personne déterminée, d'autant plus que l'objet de l'article 339 du Code pénal est bien celui de réprimer << l'assistance apportée à l'auteur ou au complice, réel ou supposé, d'un crime au sens juridique du terme >>.

Conclusion intermédiaire 1

Partant et en conséquence, il y a lieu de casser et d'annuler l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Luxembourg en date du 12 décembre 2017 et de renvoyer devant une chambre criminelle de la Cour d'appel autrement composée. » ;

Attendu qu'une personne poursuivie au sens de l'article 339 du Code pénal est une personne recherchée par une autorité judiciaire, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un magistrat du ministère public, et qu'il n'est pas exigé que la culpabilité de la personne poursuivie soit d'ores et déjà établie ;

Attendu que la Cour d'appel a constaté souverainement que des recherches avaient été ordonnées du chef d'un crime par une autorité judiciaire, qu'une information du chef d'incendie criminel avait été ouverte, que des devoirs d'instruction avaient été ordonnés à l'encontre de la personne recelée, consistant notamment dans la mise sur écoute de certains numéros de téléphone, dont ceux d'A), et dans une ordonnance d'observation concernant A) ;

Attendu qu'en décidant sur base de tous ces éléments que la personne recelée était à considérer comme étant une personne poursuivie du chef d'un crime, la Cour d'appel a fait l'exacte application de l'article 339 du Code pénal ;

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

Sur le deuxième moyen de cassation :

« Violation de la loi et notamment de l'article 339 du Code pénal en ce sens que la Cour d'appel n'a pas exigé, dans le chef du prétendu receleur, la connaissance de la qualité de personne poursuivie de la personne recelée, connaissance qui représente pourtant l'élément constitutif moral de l'infraction de recel de malfaiteurs

L'article 339 du Code pénal dispose que :

<< Ceux qui auront recelé ou fait receler des personnes qu'ils savaient être poursuivies ou condamnées du chef d'un crime, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de 251 euros à 5.000 euros. >>

Rappelons le principe général qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »>, sous réserve de quelques exceptions par lesquelles n'est pas concernée le délit de recel de malfaiteur de l'article 339 du Code pénal, qui demeure un délit intentionnel, exigeant du côté, élément constitutif moral, que l'acte matériel prohibé fut accompli en pleine connaissance de cause.

L'intention de transgresser la loi pénale, à savoir la volonté de délibérément, sinon sciemment, soustraire à l'action de la justice des personnes, dont il connaît le fait qu'elles sont poursuivies par la justice, doit être rapportée de manière positive dans le chef du receleur.

Pas d'intention, pas d'infraction !

Cette intention doit être rapportée de manière positive par le juge, qui doit caractériser les éléments concrets, permettant de démontrer l'existence de la volonté dans le chef du prétendu receleur, c'est-à-dire qu'il doit résulter du jugement de condamnation que le receleur avait bien l'intention de soustraire la personne poursuivie, auteur de crime, à l'action de la justice.

La Cour d'appel à la page 34 de son arrêt énonce que : << La jurisprudence (sans pourtant la citer, nous soulignons), déduit l'intention de la nature et des circonstances des faits accomplis, relevant généralement que compte tenu de ces circonstances, "le prévenu ne pouvait ne pas savoir."

Or, en procédant par une double affirmation négative, "le prévenu ne pouvait ne pas savoir" afin de démontrer une intention positive dans le chef du prétendu receleur, la Cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte légale de l'article 339, partant elle est restée en défaut de caractériser les éléments objectifs permettant de cristalliser et de retenir, dans le chef du demandeur en cassation, la volonté claire et nette de transgresser volontairement la loi pénale.

Il s'en évince que son arrêt est sujet à cassation pour violation de la loi et notamment en raison du manque de caractérisation et de motivation, par rapport à un élément constitutif moral de l'infraction.

Conclusion intermédiaire 2

Partant il y a lieu à cassation et à annulation de l'arrêt de la chambre criminelle du 12 décembre 2017 pour violation de la loi pour manque de caractérisation et de motivation par rapport à l'élément constitutif en relation avec l'élément moral de l'infraction et de renvoyer devant une chambre criminelle de la Cour d'appel de et à Luxembourg autrement composée. « ;

Attendu que le demandeur en cassation reproche aux juges d'appel un défaut de base légale au regard de l'élément moral de l'infraction retenue, à savoir la connaissance, dans le chef du demandeur en cassation, de la qualité de personne poursuivie de la personne recelée ;

Attendu que la preuve de l'existence de l'intention coupable de l'auteur d'une infraction est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, échappant au contrôle de la Cour de cassation ;

Attendu qu'outre les motifs reproduits au moyen, la Cour d'appel a encore retenu ce qui suit :

« Les éléments du dossier, établissant, notamment les écoutes téléphoniques, qu'A) a téléphoné à X le 20 décembre 2014 à 18.13 heures pour l'informer que son audition auprès de la Police judiciaire est finie. Il ressort encore des mêmes éléments qu'A) savait que les enquêteurs le considéraient déjà à ce moment-là comme suspect. Il se dégage finalement de ces éléments que le 9 janvier 2015, à 08.30 heures, A) s'est rendu auprès de la police judiciaire pour un prélèvement d'un échantillon ADN, et qu'un peu plus tard, soit à 09.04 heures, A)

et X ont fait des recherches sur internet portant sur des départs en avion à destination de la République Dominicaine.

En outre, au vu des propres déclarations faites par X devant le juge d'instruction, celui-ci peut difficilement prétendre avoir ignoré qu'A) était impliqué dans l'affaire criminelle en relation avec son frère pour laquelle les autorités judiciaires le recherchaient (cf. procès-verbal de première comparution d'X du 2 juin 2015). << Mentir et procurer un alibi, ce sont deux choses différentes. C'était un vendredi soir. Je pensais qu'A) pouvait être lié à des bagarres, de prostitution ou de drogues. Je ne voulais pas du tout être lié à cela ... Je vous informe également qu'A) me tenait au courant que la police le stressait beaucoup. Je lui ai répondu par l'intermédiaire de l'application "What'sApp" que la police avait l'autorisation d'enquêter à 361 degrés... A) m'a alors demandé de le conduire, si je me souviens bien, à l'aéroport de Munich. Vous m'informez qu'on a été arrêté sur l'autoroute allant vers Trêves et que le GPS GARMIN indiquait l'aéroport Frankfurt/Main.... Nous ne voulions nous rendre qu'à l'aéroport pour obtenir un renseignement pour un billet d'avion vers la République Dominicaine. ... Deux jours auparavant, A) a dû se présenter au service de Police Judiciaire. Quand il est revenu, il n'était pas bien. Il m'a parlé d'un jugement de 2010 à son encontre. Il risquait une amende ou un mois de prison s'il ne payait pas l'amende. Il a dit qu'il allait interjeter recours avec son avocat contre cette décision. Cette décision le stressait en tout cas. Je me trouvais effectivement sur l'autoroute de Trêves lorsque les policiers cagoulés nous ont arrêtés. ... J'ai eu peur effectivement parce que je pensais à la condamnation de Diekirch et au mois de prison prononcé pour A). Je pensais que la police allait pouvoir m'impliquer là-dedans. Je pensais être assis à côté de quelqu'un qui était en train d'ignorer la condamnation prononcée. Encore une fois, je pensais qu'A) était peut-être impliqué dans une affaire de prostitution, de drogues ou bagarre à Esch...>>).

La connaissance dans le chef d'X de la situation de criminel d'A) découle encore à suffisance de droit de ses déclarations lorsqu'il a modifié le faux alibi du 23 décembre 2014 en employant les mêmes termes de << presque fini >> qu'A) à cette audience (cf. annexe du rapport no SPJ11/2015/41262 du 11 janvier 2015 << Je suis revenu vers 20.00 ou 20.30 . A) jouait avec le téléphone... Je me suis promené à Luxembourg jusqu'à 22.00 heures ou 22.30. Par après je suis retourné chez moi. A) n'était plus là ... Je pense qu'A) m'a appelé une demi-heure par après...C'était aux alentours de 23.00 ... A) n'avait pas appelé depuis son propre portable. C'était un autre numéro que je ne connaissais pas. A) déclarait qu'il aurait presque fini ... "J'ai presque fini"... >>).

Par ailleurs, X était au courant de l'héritage fait par le frère d'A). A ce sujet, il y a lieu de souligner que sur question du juge d'instruction, X a répondu << Vous me demandez pour quelle raison A) a tué son frère. Pour moi, c'est une affaire d'héritage et d'argent ... >> et qu'il est constant que les enquêteurs ont retrouvé sur le laptop de ce dernier une copie de l'acte du notaire en charge de la liquidation de la succession de la grand-mère paternelle d'A) qui avait rédigé un testament en faveur du frère de ce dernier, celle-ci ayant légué la quotité disponible de sa succession à ce dernier (cf. rapport no SPJ11/2014/41262.120 du 24 juin 2014 << Auch auf diesem Laptop konnte der notarielle Akt gefunden werden, welche die Erbschaft nach dem Tod der

Grossmutter der Gebrüder A)-B) regelt, beziehungsweise den Nachweis der Auszahlungen zwischen den Brüdern LUTZ. So dürfte auch X ziemlich genau Kenntnis in betreff der finanziellen Situation von B) gehabt haben >>).

Les juges de première instance ont d'ailleurs retenu dans leur motivation qu'X était plus au courant des projets d'A) qu'il ne voulait l'admettre au vu de certains SMS ou messages ''What'sApp'' et qu'il était notamment intéressé à l'argent qu'A) avait l'intention d'hériter après la disparition de son frère.

Il s'ensuit qu'X a nécessairement agi le 23 décembre 2014 et le 11 janvier 2015 avec la connaissance de la situation de criminel d'A). »

Attendu que par ces constatations souveraines et en retenant notamment qu'X « peut difficilement prétendre avoir ignoré qu'A) était impliqué dans l'affaire criminelle en relation avec son frère pour laquelle les autorités judiciaires le recherchaient », la Cour d'appel a caractérisé à suffisance l'existence de l'élément moral de l'infraction retenue dans le chef du demandeur en cassation ;

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

Sur le troisième moyen de cassation :

« Violation de l'article 127 du Code de procédure pénale alors que l'exigence de la rédaction d'un rapport par le juge d'instruction en charge de la procédure, formalité prévue sous peine de nullité, fait défaut.

L'article 127 disposant que :

<< Aussitôt que l'information lui paraît terminée, le juge d'instruction rend une ordonnance de clôture de l'instruction et communique le dossier au procureur d'Etat (...).

(5)

(L. 27 juin 2008) En cas de demande de renvoi du procureur d'Etat devant la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement, le juge d'instruction est tenu de faire rapport écrit à la chambre du conseil. Lorsque le procureur d'Etat demande le renvoi devant la chambre correctionnelle ou demande qu'il n'y a pas lieu à suivre, le juge d'instruction peut faire rapport écrit à la chambre du conseil.

(6)

(L. 8 mars 2017) Le dossier, y compris, selon le cas, le rapport du juge d'instruction, est mis à la disposition de l'inculpé et de la partie civile ainsi que de leur avocat, huit jours ouvrables au moins avant celui fixé pour l'examen par la chambre du conseil.

Le greffier avise les intéressés au plus tard l'avant-veille de ce délai, par lettre recommandée.

Les formalités du présent paragraphe sont à observer à peine de nullité, sauf si l'inculpé ou la partie civile y ont renoncé (...). >>

Lors du premier interrogatoire le demandeur en cassation fut informé des éléments suivants :

<< 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 recel d'une personne poursuivie du chef de crime (réquisitoire du 22 janvier 2015 Page 1 du procès-verbal de première comparution du 2 juin 2015 à 14.15 heures)

Or, à aucun moment le demandeur en cassation ne fut inculpé par le juge d'instruction, ni ce dernier ne l'informait qu'il n'y avait pas lieu à inculpation à l'issue de ce seul interrogatoire dans le cadre d'une information judiciaire, à l'issue de laquelle le demandeur en cassation fut renvoyé en chambre criminelle pour délit connexe à un crime.

Plus aucun acte d'instruction ne fut mené par la suite, pas plus que la juge d'instruction, ayant repris l'instruction, n'a satisfait aux exigences de l'article 127 (5) du Code de procédure pénale, alors qu'au lieu de dresser un véritable rapport à la chambre du conseil, obligatoire de surcroît en raison du réquisitoire de renvoi devant une chambre criminelle, la juge d'instruction s'est contentée de rédiger un simple écrit, absolument incompatible avec la notion de << rapport du juge d'instruction >> dont l'objectif, principal sinon essentiel, est bien celui d'informer la chambre du conseil, statuant en matière de renvoi, du déroulement ainsi que des points forts de l'instruction s'étant déroulée devant l'auteur du rapport, raison pour laquelle, il lui est par la suite interdit de siéger en matière de renvoi.

Afin de soutenir la critique adressée par le demandeur en cassation au précité << rapport >> dressé par la juge d'instruction en charge de l'instruction, le demandeur en cassation reproduit ci-joint l'écrit exigé par l'article 127 (5) du Code de procédure pénale et qualifié de rapport du juge d'instruction, adressé à la chambre du conseil dans le cadre du règlement de la procédure, dont voici le contenu :

(..) [photocopie du « Rapport de Madame le juge d'instruction à la chambre du conseil »]

Force est de constater que ce document n'a de rapport que le nom, de sorte que les dispositions de l'article 127 (5), prévues sous peine de nullité, ont été violées à ce stade précis de la procédure.

Que par ailleurs la confection d'un véritable rapport, digne de ce nom, en lieu et place d'un << document écrit aux formules standards types >> aurait certainement permis de relever cette énorme incohérence juridique consistant à demander le renvoi d'une personne devant une chambre criminelle pour délit connexe à des crimes, alors que ladite précitée personne, actuel demandeur en cassation, ne fut même pas inculqué lors du premier interrogatoire, vu que le seul acte d'instruction commis à son encontre se résume à une simple ouverture d'information, qui ne constitue nullement une inculpation.

De même, le fait que le juge d'instruction << lui a fait connaître expressément chacun des faits qui lui sont imputés >> ne constitue pas non plus une inculpation.

Par ailleurs une telle manière de procéder aurait en tout état de cause été sans effet, alors qu'une inculpation ne saurait qu'intervenir qu'à la suite de l'interrogatoire de la personne traduite devant le juge d'instruction et non constituer un prélude à un interrogatoire, tel que ce fut le cas lors de l'interrogatoire de première comparution du demandeur.

Conclusion intermédiaire 3

Il s'en évince de ce qui précède que l'arrêt ayant condamné le demandeur en cassation, sans soulever la nullité d'ordre public et touchant à un point, de forme et de fond, fondamental est à casser et à annuler pour violation de la loi et notamment de la disposition de l'article 127 (5) du Code de procédure pénale, en conséquence l'affaire est à renvoyer devant une autre chambre criminelle de la Cour d'appel. » ;

Attendu que l'article 127, paragraphe 5, du Code de procédure pénale dispose qu'en cas de demande de renvoi du procureur d'Etat devant la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement, le juge d'instruction est tenu de faire rapport écrit à la chambre du conseil ;

Attendu que le contrôle du respect de cette formalité relève de la compétence des juridictions d'instruction au moment de statuer sur le règlement de la procédure ;

Attendu que l'ordonnance n° 2163/16 du 19 août 2016 portant renvoi du demandeur en cassation devant la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg n'est pas entreprise par le pourvoi en cassation ;

Attendu que le grief tiré de l'inobservation de la formalité prévue à l'article 127, paragraphe 5, du Code de procédure pénale est partant étranger à la décision entreprise ;

Qu'il en suit que le moyen est irrecevable ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

« Violation de l'article 6 § 1 ensemble l'article 6 § 3 d), de la Convention en raison de l'absence de possibilité pour le demandeur en cassation de faire interroger des témoins à charge ou à décharge pendant la procédure d'appel, notamment lors de l'audience d'appel au fond, alors que le demandeur en cassation fut condamné essentiellement sur base des déclarations du co-accusé, plus aucun autre devoir ne fut entrepris lors de l'audience au fond devant la Cour d'appel autre que celui de réentendre les accusés-appelants à la barre.

Le déroulement de la procédure d'appel se trouve évoqué aux pages 28 à 30 de l'arrêt.

Le demandeur en cassation estime qu'à la vue des nouveaux éléments survenus en audience d'appel, à savoir une itérative nouvelle version de la part du co-accusé A), la Cour d'appel, à la page 30 de son arrêt retenant comme suit : << En effet, à l'exception des déclarations faites par A) en relation avec (AS), les débats en instance d'appel n'ont pas apporté de faits nouveaux par rapport à ceux qui ont été soumis à l'examen de la chambre criminelle du tribunal >>, il appartenait au juge d'appel du fond d'offrir à l'actuel demandeur en cassation la possibilité d'entendre les témoins auditionnés en première instance, tout particulièrement les officiers de police judiciaire, entendus au Luxembourg, sous la foi du serment presté à l'audience, afin de lui garantir un véritable second degré de juridiction.

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

Or, le demandeur en cassation note que le fait qu'il n'a plus été confronté avec les témoins à charge ; qu'il n'a pas pu interroger les témoins éventuellement à décharge lors de l'audience d'appel ; que les conseillers ont simplement estimé qu'« à l'exception des déclarations faites par A) en relation avec (AS), les débats en instance d'appel n'ont pas apporté de faits nouveaux par rapport à ceux qui ont été soumis à l'examen de la chambre criminelle du tribunal >> - ce qui est compréhensible alors que la procédure d'appel se limitait à une simple audition des appelants, sans instruction réelle et effective de l'affaire au fond lors de l'audience d'appel - , a eu irrémédiablement pour conséquence la violation de son droit à un procès équitable tel inscrit dans l'article 6 conventionnel, la procédure dans son ensemble n'ayant pas revêtu un caractère équitable, d'autant plus que le verdict de culpabilité fût, majoritairement, sinon dans une mesure déterminante, fondé sur des déclarations orientées du co-accusé.

En effet, l'article 6 § 3 d) dispose que: << Tout accusé a droit notamment à interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et

l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; >>

Or, à aucun moment le demandeur en cassation n'a eu l'occasion de bénéficier en instance d'appel de la faculté de pouvoir ré-entendre et interroger en instance d'appel les témoins (policiers en charge de l'affaire!) et ce faute de véritable instruction à l'audience, alors qu'une instance d'appel, réelle et effective, suppose et exige une véritable analyse en fait et en droit, double degré de juridiction oblige, le demandeur en cassation n'a pas bénéficié en instance d'appel d'un procès équitable, pas plus que la procédure pénale n'a revêtu, dans son ensemble, un caractère équitable.

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

(...)

Or, en instance d'appel le demandeur en cassation n'a pas eu cette occasion tel qu'il fut invoqué supra, de sorte que la procédure n'a pas satisfait aux exigences de l'article 6 §3 d conventionnel partant est à casser et à annuler pour violation de l'article conventionnel précité.

Et pour être complet, le demandeur en cassation estime que la procédure telle que suivie à son encontre en appel, procédure ne lui permettant ni de faire interroger des témoins, notamment les officiers de police judiciaire en charge de l'affaire, ensemble les experts psychiatre ayant expertisé le co-accusé du demandeur en cassation, n'est pas conforme aux exigences de l'article conventionnel 6 § 1, exigeant tout particulièrement que :

<< Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, (...), par un tribunal indépendant et impartial, (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...).

Le demandeur en cassation en relation avec l'impossibilité pour lui d'entendre les témoins en audience d'appel estime que la procédure menée à son encontre devant la Cour d'appel et l'ayant lourdement condamné ne revêt pas les garanties du procès équitable à son encontre et invoque à son profit la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme, troisième section dans l'affaire FLUERAS c. ROUMANIE, requête n° 17520/04 du 9 avril 2013 (...);

(...)

Conclusion intermédiaire 4

Il s'en suit de ce qui précède que le requérant demande à votre haute juridiction, la cassation partant l'annulation de l'arrêt le condamnant, pour violation de l'article 6 § 1 ensemble l'article 6 § 3 d), de la Convention en raison de l'absence de possibilité pour le demandeur en cassation de faire interroger les témoins à charge ou à décharge pendant la procédure d'appel, notamment lors des

audiences au fond, alors que ses droits de l'article 6 § 3 d ont été gravement violés et que sa condamnation repose essentiellement sinon exclusivement sur les déclarations du co-accusé, sinon sur une itérative nouvelle version du co-accusé, dont il n'a pas pu faire contre-examiner les dires lors des audiences au fond, ce qui avait pour conséquence qu'il n'a pas pu bénéficier d'un procès équitable, partant il demande à votre juridiction de renvoyer l'affaire devant une chambre criminelle d'appel autrement composée. » ;

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 nouveau en instance d'appel et il pourra même en être entendu d'autres à la demande du 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 ;

Par ces motifs,

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 10,25 euros.

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

Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation, président,
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Henri BECKER, conseiller à la Cour d'appel,
Yannick DIDLINGER, conseiller à la Cour d'appel,

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

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le conseiller Romain LUDOVICY, en présence de Madame Simone FLAMMANG, premier avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.