

**N° 05 / 2008 pénal.**  
**du 07.02.2008**  
**Numéro 2529 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, **sept février deux mille huit**,

l'arrêt qui suit :

**E n t r e :**

**X.)**, née le (...) à (...) (Portugal), demeurant à L-(...), (...),

**demanderesse en cassation,**

**comparant par Maître Fernando DIAS SOBRAL**, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

**e t :**

**le MINISTERE PUBLIC**

**en présence de :**

**Y.)** demeurant à L-(...), (...),

**défenderesse en cassation,**

**comparant par Maître Joao Nuno PEREIRA**, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

---

## LA COUR DE CASSATION :

Ouï la conseillère Marie-Paule ENGEL en son rapport et sur les conclusions de l'avocat général Christiane BISENIUS ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 9 juillet 2007 sous le numéro 360/07 VI. par la Cour d'appel siégeant en matière correctionnelle ;

Vu le pourvoi en cassation au pénal et au civil déclaré le 6 août 2007 au greffe de la Cour par Maître Fernando DIAS SOBRAL pour et au nom de X.) suivi du mémoire en cassation signifié le 3 septembre 2007 et déposé le 4 septembre 2007 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse déposé le 2 octobre 2007 au greffe de la Cour par Y.) ;

Vu la « Note de réplique » pour autant qu'elle répond aux conclusions du ministère public, déposée le 27 décembre au greffe de la Cour et notifiée à la même date au ministère public et à la défenderesse en cassation ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que X.) avait été condamnée par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, du chef de vol domestique à une peine d'emprisonnement avec sursis probatoire partiel et à une amende ainsi qu'au paiement d'un montant indemnitaire à la victime Y.) ; que sur recours de la prévenue et du ministère public la Cour d'appel rejeta la demande de la prévenue tendant à l'audition d'un témoin, se déclara incompétente pour statuer sur la question de l'abrogation des articles 463 et 464 du code pénal, dit qu'elle est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle des différentes questions préjudicielles posées, ramena le taux de la peine d'emprisonnement prononcée à 6 mois en accordant à la prévenue le sursis probatoire pour l'exécution de cette peine et confirma pour le surplus le jugement entrepris ;

### **Sur le premier moyen de cassation :**

*tiré « de la violation de la loi, voire de sa fausse application, in specie de l'article 464 du Code pénal combiné avec l'article 14 de la Constitution garantissant le principe de la légalité en ce que l'arrêt attaqué*

*A confirmé partiellement le jugement rendu en première instance,*

*En ce qu'il avait condamné la requérante du chef de vol domestique, en violation du principe de légalité alors que les faits à sa charge ne rentrent dans aucun des exemples énumérés expressément et limitativement par l'article 464 du Code pénal ;*

*Aux motifs suivants :*

*" la cour d'appel constate que la juridiction de première instance a correctement apprécié les circonstances de la cause. Sur des dépositions des témoins Y.) et Z.) , cette juridiction a fait une description correcte et exhaustive des faits de la cause et elle en a tiré les conséquences qui s'imposaient (pag.8§2 de l'arrêt) et la prévenue a partant à bon droit été déclarée convaincue du délit de vol domestique. (pag.9§3 de l'arrêt)"*

*.*  
*.*  
*.*

*Le prétendu vol mis à charge de la requérante n'a pas été commis dans une habitation, le siège d'une entreprise respectivement son magasin n'étant pas un lieu d'habitation de sorte que les faits mis à sa charge ne rentrent pas dans les prévisions du sixième cas de figure visé par le texte d'incrimination » ;*

Attendu que les juges du fond, constatant que X.) travaillait habituellement dans les locaux dans lesquels sont installés les bureaux de la société (...) où elle a commis le vol, ont retenu à charge de la prévenue la circonstance aggravante encourue par l'individu qui travaille habituellement dans l'habitation où il aura volé ;

Attendu que la notion d'habitation visée à l'article 464 in fine du code pénal peut résulter d'une simple demeure temporaire pour certaines occupations ou activités comme des locaux de bureau occupés pendant la journée par des personnes qui y travaillent ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

#### **Sur le deuxième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation de la loi, voire de sa fausse application, in specie de l'article 117 de la Constitution, combiné avec les articles 460 ( 463) et 464 du Code pénal, en ce que l'arrêt attaqué*

*A confirmé partiellement le jugement rendu en première instance,*

*En ce que dans l'arrêt, la cour d'appel se déclare sans compétence pour statuer sur l'abrogation, par l'effet de l'article 117 de la Constitution, des dispositions prescrites par les articles 460 et 464 du Code pénal, alors que les juridictions du fond ont l'obligation de constater l'abrogation d'une norme en raison de l'avènement postérieur d'une norme supérieure inconciliable et qu'elle est dès lors sortie de l'ordonnancement juridique »*

*Aux motifs suivants :*

*" La présente juridiction ne peut ni directement, ni indirectement se prononcer sur la question de la conformité d'une disposition légale, en l'occurrence des articles 463 et 464 du Code Pénal, à la Constitution, ce pouvoir appartenant à la seule Cour Constitutionnelle conformément à l'article 2, chapitre deux de la loi du*

*27 juillet 1997 portant organisation de ladite Cour. Défense étant faite à la Cour d'appel de s'ériger en Cour Constitutionnelle, elle ne peut en aucun cas statuer sur la question de la prétendue abrogation, par l'effet de l'article 117 de la Constitution, des dispositions légales susmentionnées, la solution à réserver à une telle question impliquant l'examen préalable de la conformité des dites dispositions légales à la Constitution (pag.8§4 de l'arrêt) et d'une part, les dispositions légales constitutives de cette infraction n'ont pas été jugées inconstitutionnelles et restent dès lors en vigueur (pag.9§3 de l'arrêt) »*

*La requérante a expressément invoqué dans ses conclusions (pag.8), versées à la Cour, le moyen tiré de l'abrogation implicite de l'article 464 du Code pénal par l'effet abrogatoire de la disposition constitutionnelle prévue à l'article 117 de la Constitution.*

*En effet, l'article 117 de la Constitution dispose que "à compter du jour où la Constitution sera exécutoire, toutes les lois, tous les décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui y sont contraires, sont abrogés".*

*Cette disposition expresse prévoyant l'abrogation implicite des normes contraires à la Constitution est maintenue lors de chaque révision constitutionnelle de sorte que l'effet abrogatoire est maintenu sur toutes les normes juridiques qui violent la constitution,*

*Or, le texte –article 460 du Code Pénal- étant clairement attentatoire spécialement au principe d'égalité et à son corollaire d'interdiction d'arbitraire et de discrimination, tel qu'il a été exposé par la requérante dans sa note de plaidoiries, a été abrogé par les dispositions de l'article 117 de la constitution intervenue après l'entrée en vigueur de l'article du code pénal susvisé, sinon, à compter de la révision constitutionnelle ayant institué un contrôle de constitutionnalité des lois avec les implications pour la qualité du droit, et pour l'exigence du droit juste qu'elle implique.*

*La Cour a manifestement confondu abrogation et constitutionnalité.*

*Il convient tout d'abord de rappeler que, pour assurer une certaine cohérence du droit, se trouvent traditionnellement élaborées certaines règles générales permettant d'accorder la priorité à l'une ou l'autre des normes en présence (Ch. Perelman "Logique juridique. Nouvelle rhétorique" Dalloz 1976). Se fondant sur trois critères de solution différentes (hiérarchique, chronologique et de spécialité), ces règles traditionnelles sont les suivantes : Lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali.*

*Aussi, dans son analyse, la Cour oublie l'importance du critère chronologique dans l'analyse de la question qui lui a été posée.*

*L'inconstitutionnalité résulte, en effet, de la contradiction entre la constitution et une norme contraire qui lui est posterior.*

*L'abrogation est, en revanche, le simple résultat de la succession de normes dans le temps dont le juge constate qu'elles sont inconciliables.*

*Ainsi, lorsqu'elle constate l'abrogation implicite d'un texte, la juridiction ne prononce pas la nullité de celui-ci ou n'en écarte pas l'application, comme le ferait une juridiction exerçant un contrôle à posteriori de la constitutionnalité de la loi. Elle se borne à relever que le texte en cause, en raison de l'avènement postérieur d'une norme supérieure inconciliable, est sorti de l'ordonnancement juridique.*

*C'est pourquoi, rien, en réalité, ne s'oppose à ce que le juge du fond constate l'abrogation implicite d'une loi dont le contenu est inconciliable avec un texte postérieur de valeur constitutionnelle ou d'identique valeur.*

*Peut-on contrôler la conformité d'un texte règlement à une loi qui s'est éteint quelques décennies avant sont entrée en vigueur ? C'est de ça dont il s'agit.*

*Par analogie, en droit comparé, il convient de relever une décision majeure prise par la plus haute juridiction administrative française, à savoir le C.E. réunit en assemblée plénière, le 16 décembre 2005, dans une affaire Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité et syndicat national des huissiers de justice, dans laquelle le C.E. écrit "considérant que s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité à un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle".*

*Cette problématique est encore plus pressante au G. Duché de Luxembourg alors que, contrairement à la France, la Constitution luxembourgeoise contient une disposition expresse, à savoir l'article 117 de la Constitution, qui prévoit expressément l'abrogation implicite de toutes les normes contraires à la Constitution, telle qu'elle résulte des révisions constitutionnelles intervenues jusqu'à ce jour.*

*Il convient de mettre en exergue que les motifs retenus par la Cour d'Appel l'empêchant de vérifier, directement ou indirectement la conformité à la Constitution, ne sont nullement pertinents.*

*En effet, rien empêche les juridictions du fond - la partie concluante estimant qu'elles ont d'ailleurs l'obligation de le faire- d'interpréter les lois en conformité et à la lumière des canons de la Constitution, le cas échéant par une interprétation constructive, comme il y en a beaucoup d'exemples dans le système juridique. Rien n'empêche non plus les juridictions du fond de donner une interprétation neutralisante à des dispositions légales problématiques du point de vue de leur constitutionnalité, afin de les rendre conformes. Si les juridictions ne l'ont pas fait, elles avaient l'obligation de le faire, la loi constitutionnelle est aussi une loi, il ne faut pas l'oublier.*

*Il s'agit d'ailleurs en droit comparé d'un cas de cassation, en droit comparé, pour violation de la loi. " s'agissant de la constitution, la cour de cassation contrôle que les juges du fond ne l'ont pas violée. Par loi on entend donc aujourd'hui la loi constitutionnelle et non pas seulement la loi ordinaire : "la violation de la*

*constitution n'est que l'un des aspects de la violation de la loi au sens où l'entendent les processualistes" (L.Favoreu et Th. Renoux, Rapport introductif au colloque organisé par et à la Cour de cassation les 9 et 10 déc. 1994, La Cour de Cassation et la Constitution de la République, Doc.fr.1995, p.13). Si la constitution n'a longtemps été considérée en France que comme un texte politique à portée symbolique, aujourd'hui la nature de la charte fondamentale a changé et on assiste à une judiciarisation de la Constitution, et à la Constitutionnalisation de notre droit : La Constitution contient des règles normatives, et ces règles sont applicables aux individus. "La violation de la Constitution est un moyen d'ouverture à cassation, d'ordre public, puisqu'il est tiré de la violation d'une règle de droit mettant en jeu les intérêts généraux de la société, la Constitution énonçant des règles d'ordre public de protection sauvegardant les libertés" (L. Favoreu et Th. Renoux, op. et loc. cit)*

*La requérante se permet finalement de souligner que la Cour, nonobstant le fait qu'elle déclare ne pouvoir ni directement ni indirectement se prononcer sur la question de conformité d'une disposition légale à la Constitution, ose, d'un seul trait de plume, (pag.9§3 de l'arrêt) sans même motiver, de mettre à néant les dispositions de l'article 4 alinéa c et 15 alinéa 2 de la loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle ainsi que de la jurisprudence en la matière tel qu'il ressort de l'arrêt de la Cour 15 mars 2000, P 31, 385.*

*Il résulte de ce qui précède que la cour d'appel, en se déclarant incompétente pour vérifier et constater l'abrogation de la loi contestée a violé les dispositions susvisées » ;*

Mais attendu que ces énonciations qualifiées de moyen consistent en une succession de considérations qui constitue une discussion mais n'articule pas avec la précision requise un moyen au sens de l'article 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Que le prétendu moyen ne peut donc être accueilli ;

### **Sur le troisième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation de la loi, voire de sa fausse application, in specie de l'article 6§3 d de la Conv.E.D.H., en ce que l'arrêt attaqué*

*A confirmé partiellement le jugement rendu en première instance,*

*En ce que l'arrêt rejette la demande tendant à procéder à une mesure d'instruction supplémentaire consistant dans l'audition d'un témoin, alors que les juridictions du fond ont l'obligation d'accorder à un accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur au moment de la déposition ou plus tard,*

*Aux motifs suivants :*

*« Il n'y a pas lieu de procéder à la mesure d'instruction supplémentaire*

*sollicitée qui est dépourvue de toute pertinence, les faits que la prévenue entend établir par l'audition d'un témoin n'étant ni directement, ni indirectement en rapport avec ceux que le Ministère Public reproche concrètement à X.) , d'avoir commis, à savoir d'avoir soustrait le 1er juin 2004 vers 20.00 heures, à Bertrange, au siège de la société (...), et plus particulièrement dans les locaux où elle travaillait habituellement, au préjudice de Y.) (.....) sa collègue de travail, la somme de 400 Euros".*

*Contrairement aux énonciations de l'arrêt, la mesure d'instruction sollicitée visait à établir des faits directement en rapport avec ceux reprochés par le Ministère Public à la requérante en cassation » ;*

Mais attendu qu'en disant que les faits que la prévenue entendait établir par l'audition d'un témoin n'étaient ni directement ni indirectement en rapport avec ceux que le ministère public lui reprochait concrètement, la Cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain pour apprécier l'utilité de cette audition pour la manifestation de la vérité ;

Que le moyen n'est donc pas fondé ;

#### **Sur le quatrième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation de la loi, voire de sa non application, voire in specie des articles 60 et 61 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire et de l'article 6§1 d de la Conv.E.D.H., en ce que l'arrêt attaqué*

*A confirmé partiellement le jugement rendu en première instance,*

*En ce que l'arrêt, ne contenant nulle mention des textes légaux certifiant que la procédure de délibéré et de vote a été respectée par la Cour, reconnaît implicitement que ladite procédure n'a pas été respectée, alors que le secret du délibéré ne faisant nullement obstacle à ce que la juridiction indique dans sa décision qu'elle a été rendue par application des textes légaux relatifs au délibéré ensemble les textes légaux qui sont déjà citées dans les décisions, suivant les cas » ;*

Mais attendu qu'aucun texte légal ne prévoit l'obligation pour le juge de mentionner les articles 60 et 61 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire dans sa décision ; qu'il y a présomption que les règles légales relatives à la procédure du délibéré et du vote ont été observées ; que la demanderesse en cassation n'a pas établi de violation des textes normatifs indiqués ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

#### **Sur le cinquième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation de la loi, voire de sa fausse application, in specie de l'article 89 de la Constitution et de l'article 195 du code d'instruction criminelle et*

*de l'article 6§1 de la Conv. E.D.H.*

*A confirmé partiellement le jugement rendu en première instance,*

*En ce qu'il a omis de répondre aux moyens et conclusions développés par la défense sur la peine à appliquer basée spécialement sur les articles 17 et suivants du code pénal,*

*Aux motifs suivants :*

*« les peines d'emprisonnement et d'amendes prononcées par la juridiction de première instance sont légales. Les faits graves perpétrés par une prévenue qui continue à les dénier malgré les éléments accablants contenu dans le dossier répressif justifient sa condamnation à une peine d'emprisonnement. Le taux de la peine d'emprisonnement est toutefois à ramener à de plus justes proportions en l'occurrence à 6 mois et son exécution est à assortir intégralement du bénéfice du sursis probatoire, la prévenue n'ayant pas encore subi à ce jour une condamnation excluant le bénéfice de cette faveur et ne semblant pas indigne de bénéficier d'une certaine clémence de la part de la Cour d'Appel. (page 9§5 de l'arrêt)» ;*

Mais attendu que les juges d'appel, qui n'avaient pas à suivre la prévenue dans le détail de son argumentation, ont, par les motifs énoncés au moyen, répondu aux conclusions des actuels demandeurs en cassation concernant la peine adéquate à appliquer ;

**Sur le sixième moyen de cassation :**

*tiré « de la violation de la loi, voire de sa fausse application, in spécie de l'article 89 de la Constitution et de l'article 195 du code d'instruction criminelle et de l'article 6§1 de la conv. E.D.H.*

*A confirmé partiellement le jugement rendu en première instance.*

*En ce que par des motifs contradictoires valant absence de motifs et entachés de partialité, il condamné la requérante en cassation à une peine d'emprisonnement de 6 mois aux motifs suivants :*

*"Pour le surplus, la cour d'appel constate que la juridiction de première instance a correctement apprécié les circonstances de la cause. Sur base des dépositions des témoins Y.) et Z.) , cette juridiction a fait une description correcte et exhaustive des faits de la cause et elle en a tiré les conséquences qui s'imposaient, les éléments de preuve recueillis constituant un faisceau d'indices graves, univoques et concordants emportant également l'intime conviction de la cour que la prévenue a commis la soustraction frauduleuse qui lui est reprochée (page 8§2 de l'arrêt).*

*" les peines d'emprisonnement et d'amendes prononcées par la juridiction de première instance sont légales. Les faits graves perpétrés par une prévenue qui continue à les dénier malgré les éléments accablants contenu dans le dossier répressif justifient sa condamnation à une peine d'emprisonnement. Le taux de la peine d'emprisonnement est toutefois à ramener à de plus justes proportions en*

*l'occurrence à 6 mois et son exécution est à assortir intégralement du bénéfice du sursis probatoire, la prévenue n'ayant pas encore subi à ce jour une condamnation excluant le bénéfice de cette faveur et ne semblant pas indigne de bénéficier d'une certaine clémence de la part de la Cour d'Appel. (page 9§5 de l'arrêt) » ;*

Mais attendu que les motifs de l'arrêt attaqué visés par la demanderesse en cassation ne sont pas contradictoires ;

Que le moyen manque en fait et ne peut être accueilli ;

**Par ces motifs :**

rejette le pourvoi ;

condamne **X.)** aux frais de l'instance en cassation, ceux exposés par le ministère public étant liquidés à 3,25 euros.

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **sept février deux mille huit**, au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, composée de :

Marc SCHLUNGS, président de la Cour,  
Jean JENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,  
Marie-Paule ENGEL, conseillère à la Cour de cassation,  
Léa MOUSEL, président de chambre à la Cour d'appel,  
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller à la Cour d'appel,  
Pierre SCHMIT, Procureur général d'Etat adjoint,  
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour,

qui, à l'exception du représentant du ministère public, ont signé le présent arrêt.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Marc SCHLUNGS, en présence de Monsieur Pierre SCHMIT, Procureur général d'Etat adjoint et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.