

N° 15 / 2008 pénal.
du 6.3.2008
Numéro 2494 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 mars deux mille huit**,

l'arrêt qui suit :

E n t r e :

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

demandeur en cassation,

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

et :

le MINISTERE PUBLIC.

LA COUR DE CASSATION :

Oùï le conseiller Jean JENTGEN en son rapport et sur les conclusions de l'avocat général John PETRY ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 23 avril 2007 sous le numéro 13/07 Ch. crim. par la chambre criminelle de la Cour d'appel ;

Vu le pourvoi en cassation déclaré le 21 mai 2007 au greffe de la Cour supérieure de justice par Maître Philippe PENNING pour et au nom de X.) et le mémoire en cassation y déposé le 20 juin 2007 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait condamné X.) du chef de crimes de viol à une peine de réclusion de sept ans, dont cinq assortis du sursis à l'exécution, prononcé contre lui la destitution des titres, grades, fonctions, emplois et offices publics dont il est revêtu et l'interdiction à vie des droits énumérés à l'article 11 du code pénal et s'était déclarée incompétente pour connaître des délits prévus aux articles 379-2° et 384 du code pénal ; que sur appel du prévenu et du ministère public, la chambre criminelle de la Cour d'appel, par réformation, se déclara compétente pour connaître des délits, condamna X.) à une peine de réclusion de sept ans, dont cinq assortis d'un sursis probatoire, réduisit à 15 ans la durée de l'interdiction des droits énumérés à l'article 11 du code pénal et confirma pour le surplus le jugement entrepris ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 128 et 135 et suivants du code d'instruction criminelle, en ce que l'arrêt attaqué a déclaré les appels partiellement fondés et :

réformant :

(...)

condamne X.) du chef des crimes de viol et délits retenus à sa charge à la peine de réclusion de sept (7) ans ;

(...)

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

(...)

aux motifs que

<< Les premiers juges ont retenu la qualification subsidiaire de viols commis dans les conditions de l'article 375, premier alinéa, du code pénal, tout en requalifiant partiellement les faits.

Ils ont procédé de la sorte malgré le fait que l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel a notamment dit qu'il n'y a pas lieu de poursuivre X.) du chef des faits susceptibles de constituer les infractions renseignées au réquisitoire du ministère public sub I subsidiairement et sub II subsidiairement, donc du chef de faits susceptibles de constituer les infractions à l'article 375, premier alinéa du code pénal.

Cette décision est motivée par la considération "qu'il n'appert en effet d'aucun élément du dossier d'instruction qu'il existe des charges suffisantes autorisant de croire que X.) a imposé aux personnes indiquées au réquisitoire du

ministère public sub I subsidiairement, sub II subsidiairement des contacts sexuels par un moyen autre que celui retenu audit réquisitoire, à savoir celui d'avoir abusé de la situation économique et sociale particulièrement vulnérable de la personne concernée'', étant précisé que, suivant la chambre du conseil de la Cour d'appel, ce type d'abus ne relève pas du moyen légal de défaut de consentement pertinent en cause, à savoir de l'abus ''d'une personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer la résistance''.

Ce non-lieu formel n'a pas empêché les premiers juges de condamner le prévenu du chef de viols sur la personne des filles (...) et(...) au sens de l'article 375, premier alinéa du code pénal.

Il importe donc de savoir si cette manière de procéder ne constitue pas un mépris de l'autorité de chose jugée de l'arrêt en cause. ''L'ordonnance de la chambre du conseil qui renvoie devant le tribunal (...) en raison d'un fait sous une qualification donnée au même fait par le juge d'instruction ou le ministère public, n'a pas sur ce point, quels que soient les termes dont s'est servie la chambre du conseil, le caractère d'une ordonnance de non-lieu au sens de l'article 128 du code d'instruction criminelle et ne lie donc pas le juge du fond'' (Cass. Belge 8 mars 1948, Pas. B. 1948, I, 158).

Le juge répressif est saisi de tous les éléments et circonstances du fait, même de ceux que la partie poursuivante ou la juridiction de renvoi auraient omis, erronément indiqués ou même volontairement écartés.

Eliminer une de ces circonstances, ne pas permettre à la juridiction de jugement de les relever toutes, serait l'empêcher d'apprécier dans sa réalité, l'événement principal qu'elle doit juger, ce serait donner une base fautive à son jugement sur la culpabilité du prévenu.

Il appartient donc au juge du fond de situer le fait délictueux dans toutes les circonstances qui peuvent l'aggraver ou l'atténuer et de constater tous les éléments de fait qui peuvent le préciser ou le caractériser, encore que ces éléments aient été omis ou indiqués erronément dans la citation ou dans l'ordonnance de renvoi, pourvu que la condamnation soit fondée sur le fait même relevé dans celles-ci.

(Voir R.P.D.B. Complément VIII, Ve Appel en matière répressive, N° 298, page 64).

Lorsque les mêmes faits font l'objet de deux qualifications et que la chambre du conseil renvoie les prévenus devant le tribunal (...) du chef des faits énoncés sous l'une des qualifications et dit n'y avoir lieu à poursuivre sous l'autre qualification, la décision rendue n'a pas, en tant qu'elle écarte la seconde qualification, le caractère d'une ordonnance de non-lieu au sens de l'article 128 du code d'instruction criminelle. Le juge du fond a le pouvoir de substituer librement une qualification exacte et définitive à la qualification provisoire de l'ordonnance de renvoi. (Cassation belge, 8 mars 1948, Pas. Belge I, 158).

Il se dégage des considérations qui précèdent que c'est à bon droit que les premiers juges, qui n'ont pas méconnu l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel est sans incidence sur la mission légalement dévolue à la Chambre criminelle, puisque, en tout état de cause, elle laisse subsister le fait de viol à la base de la prévention en ordre principal, fait auquel la chambre criminelle doit s'efforcer de donner sa véritable qualification légale >> ;

alors que

par son arrêt de renvoi du 04.10.2005, la chambre du conseil de la Cour d'appel a estimé que les faits incriminés ne tombaient pas dans le champ d'application de la 3^e alternative de l'article 375 alinéa 1^{er} du code pénal (à savoir l'hypothèse d'une <<personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance>>) et elle a dès lors supprimé dans son arrêt de renvoi ce chef d'accusation ;

et que

<< l'ordonnance de non-lieu équivaut à une décision d'acquittement en ce sens qu'elle purge l'inculpation de toutes les qualifications possibles >> ;

et que

la chambre du conseil, qui est appelée à examiner si des faits donnés peuvent constituer une infraction, a la possibilité sinon l'obligation de requalifier les faits si la qualification légale donnée par le Ministère Public est erronée ;

et que

dans son jugement, la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, confirmée en instance d'appel, énonce qu'elle ne peut pas revenir sur un non-lieu si le fait ne lui est pas dévolu, mais que la qualification légale d'un fait par le Ministère Public ne lie jamais la juridiction de fond ;

et que

la juridiction de jugement a donné aux faits qui lui étaient soumis une qualification légale qui avait été expressément écartée par la juridiction de renvoi en appel, la chambre du conseil de la Cour d'appel ayant ordonné un non-lieu à poursuivre du chef de l'infraction de viol avec la circonstance qu'il s'agissait d'une victime hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance ;

et que

la décision de non-lieu rendue par les juridictions d'instruction ne porte que sur le << fait >>, donc sur les éléments constitutifs de l'infraction lui soumise, lesquels éléments sont seuls susceptibles d'être écartés de la poursuite par une décision de non-lieu ;

et que

le fait d'abuser d'une personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance est un tel élément constitutif de l'infraction de viol ;

et que

la juridiction de jugement ne pouvait donc plus revenir sur cette décision de non-lieu concernant l'infraction de viol avec la circonstance qu'il s'agissait d'une

victime hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance, à moins que la réouverture de l'instruction ait été requise par le Ministère Public sur base de charges nouvelles en vertu de l'article 135-2 du code d'instruction criminelle ;

et qu'

en déclarant le prévenu coupable de l'infraction de viol commis sur une personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer la résistance, la Cour d'appel a violé les articles 128 et 135 et suivants du code d'instruction criminelle » ;

Mais attendu qu'en statuant comme ils l'ont fait, par les motifs repris au moyen, les juges du fond n'ont pas violé les dispositions légales visées par le moyen ;

Que celui-ci n'est dès lors pas fondé ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la violation, respectivement de la fausse application de l'article 375, alinéa 1^{er} du code pénal,

en ce que l'arrêt attaqué a déclaré les appels partiellement fondés et :

réformant :

(...)

condamne X.) du chef des crimes de viol et délits retenus à sa charge à la peine de réclusion de sept (7) ans ;

(...)

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

(...)

aux motifs que

<< La Cour fait siens les développements judiciaires auxquels s'est livré le représentant du ministère public dans sa note concernant la portée des termes << personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer la résistance >>. L'état d'une personne hors d'état de donner un consentement libre est l'état d'une personne pourvue de discernement, mais se trouvant sous l'impression de violences et de menaces.

La << personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance >> est à la fois l'état d'une personne dépourvue de discernement (c'est

la personne hors d'état de donner un consentement) et celui d'une personne pourvue d'un tel discernement, mais dont le consentement est vicié par des violences ou menaces (c'est la personne hors d'état de donner un consentement libre).

L'article 375 du code pénal exige que l'auteur sache que la victime est hors d'état de donner un consentement libre et d'opposer la résistance.

(...)

Le prévenu était donc conscient que ses victimes vietnamiennes (...) et (...) qui se prostituaient à cet endroit étaient forcées à le faire, donc n'étaient pas en état de donner un consentement libre, circonstance qui a été confirmée par les investigations policières sur place.

(...)

C'est à bon droit et par des motifs qu'adopte la Cour que les premiers juges ont retenu le prévenu dans les liens de la prévention de viol commise sur les filles (...) et (...) dans les conditions de l'article 375, premier alinéa du code pénal.

alors que

l'hypothèse de la prostitution forcée de la victime ne rentre pas dans le champ d'application de la 3^e alternative de l'article 375, alinéa 1^{er} du code pénal, à savoir l'hypothèse d'une << personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance >> ;

et que

dans le cas de la prostitution forcée, la contrainte ne vient pas du client mais du proxénète ;

et que

si les termes << violences et menaces >> visent une contrainte active, les termes << hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer une résistance >> visent le fait pour l'auteur de profiter d'un état physique ou intellectuel défaillant de la victime qui a perdu ou a été privée de l'usage de ses sens ;

et que

la loi pénale est d'interprétation stricte et qu'il n'y a pas moyen d'y introduire des éléments qu'elle ne prévoit pas ;

et qu'

étendre les termes << hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer une résistance >> à des interventions ou pressions préalables de tierces personnes à l'égard d'une victime pleinement en possession de ses facultés physiques

et intellectuelles, constitue – contrairement aux principes fondamentaux en matière pénale – une interprétation extensive et non stricte d'une disposition pénale qui, en plus, est contraire à la volonté du législateur telle qu'elle résulte des travaux préparatoires ;

et qu'

en effet, l'intention du législateur a été de limiter la notion d'absence de consentement libre (<< hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer une résistance >>) aux cas d'<< une faiblesse intellectuelle ou physique, habituelle ou momentanée, provoquée par des moyens artificiels ou par des accidents naturels >>, donc à des cas de faiblesse physique ;

et que

la notion d'une personne hors d'état de donner un consentement englobe les deux hypothèses de la 3^e alternative du 1^{er} alinéa de l'article 375 du code pénal, à savoir à la fois la personne hors d'état de consentir en raison de sa déficience intellectuelle (absence de consentement << libre >>) et celle hors d'état de consentir en raison de sa déficience physique (impossibilité d'opposer de la résistance) ;

et que

l'état d'une personne hors d'état de donner son consentement << libre >> ne saurait être assimilé à l'état d'une personne pourvue de discernement mais se trouvant sous l'impression de violences ou menaces provenant d'une tierce personne, étant entendu que dans ce dernier cas la victime agit bien en connaissance de cause ;

et qu'

en dissociant la notion << consentement libre >> de l'article 375, premier alinéa du code pénal pour en déduire deux alternatives distinctes, à savoir << consentement >> (personne dépourvue de discernement) et << consentement libre >> (personne pourvue d'un tel discernement, mais dont le consentement est vicié par des violences ou menaces), la Cour d'appel a rajouté au texte une distinction qu'il ne contient pas ;

et qu'

en assimilant le cas de la prostitution forcée au cas du viol commis sur une personne d'une faiblesse intellectuelle ou physique, habituelle ou momentanée, provoquée par des moyens artificiels ou par des accidents naturels, et en déclarant partant X.) coupable de l'infraction de viol sur une personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer la résistance, la Cour d'appel a violé, sinon mal interprété les dispositions de l'article 375, alinéa premier du code pénal » ;

Mais attendu qu'en motivant leur décision comme il est énoncé au moyen, les juges du fond n'ont pas procédé à une interprétation extensive de l'article 375 alinéa

1^{er} du code pénal, mais ont fait une application correcte de la teneur littérale des termes « hors d'état de donner un consentement libre » ;

Que le moyen n'est donc pas fondé ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 6 § 2 et § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1959 et de l'article 65 du nouveau code de procédure civile ;

en ce que l'arrêt attaqué a déclaré les appels partiellement fondés et :

réformant :

(...)

condamne X.) du chef des crimes de viol et délits retenus à sa charge à la peine de réclusion de sept (7) ans ;

(...)

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

(...)

aux motifs que

<< Le prévenu était donc conscient que ses victimes vietnamiennes (...) et (...) qui se prostituaient à cet endroit étaient forcées de le faire, donc n'étaient pas en état de donner un consentement libre, circonstance qui a été confirmée par les investigations policières sur place.

Les premiers juges relèvent à juste titre que la preuve de la servitude des victimes résulte précisément de leur joie et de leur gratitude à la nouvelle donnée par le prévenu de ne pas obliger à fornicer ou à pratiquer des fellations, mais de se "contenter" de pénétrations sexuelles par attouchements. >>

alors que

en l'espèce, le prévenu n'a jamais pu prendre position sur la question de la prostitution forcée, ni au cours de l'instruction, ni au cours de la première instance,

et que

le juge d'instruction n'a pas soulevé le point de la prostitution forcée lors de l'instruction et la commission rogatoire n'ayant porté que sur la détermination de l'âge des filles ;

et que

le parquet près du tribunal d'arrondissement n'a pas soulevé cet aspect ni dans son réquisitoire, ni au cours de la procédure de première instance ;

et que

le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction (article 65 du nouveau code de procédure civile) ;

et que

lors des audiences des 22 et 23 mai 2006, la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg n'avait pas non plus soulevé cet aspect, de sorte que X.) n'a jamais pu prendre position sur ce fait avant l'audience du 23 avril 2007 devant la chambre criminelle de la Cour d'appel, audience au cours de laquelle le moyen avait été soulevé par le demandeur en cassation ;

et qu'

en adoptant les motifs du premier jugement tout en ne sanctionnant pas les juges de première instance dans la mesure où ceux-ci n'avaient pas prononcé une rupture de délibéré afin de permettre une discussion contradictoire de l'élément de prostitution forcée, la Cour d'appel a violé les droits élémentaires du demandeur en cassation dans la mesure où ce dernier n'a pas pu préparer sa défense de manière adéquate et n'a pas pu prendre position quant à un élément du chef d'accusation en temps utile devant les premiers juges ;

et qu'

en approuvant le jugement rendu par la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg qui n'avait pas prononcé de rupture du délibéré, la Cour d'appel a violé les droits de défense du demandeur en cassation et plus particulièrement les articles 6 § 2 et § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1959, et l'article 65 du nouveau code de procédure civile » ;

Mais attendu que le demandeur en cassation ne saurait faire grief à l'arrêt attaqué d'avoir requalifié les faits sans respecter les droits de la défense, dès lors que le changement de qualification est intervenu au stade de la juridiction du premier degré et que l'intéressé, comparant tant en première instance qu'en appel, a été en mesure de présenter sa défense sur la nouvelle qualification ;

Que le moyen n'est donc pas fondé ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 89 de la Constitution et de l'article 195 du code d'instruction criminelle,

en ce que l'arrêt attaqué a déclaré les appels partiellement fondés et :

réformant :

(...)

condamne X.) du chef des crimes de viol et délits retenus à sa charge à la peine de réclusion de sept (7) ans ;

(...)

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

(...)

aux motifs que

<< Le prévenu était donc conscient que ses victimes vietnamiennes (...) et (...) qui se prostituaient à cet endroit étaient forcées de le faire, donc n'étaient pas en état de donner un consentement libre, circonstance qui a été confirmée par les investigations policières sur place.

Les premiers juges relèvent à juste titre que la preuve de la servitude des victimes résulte précisément de leur joie et de leur gratitude à la nouvelle donnée par le prévenu de ne pas obliger à fornicer ou à pratiquer des fellations, mais de se "contenter" de pénétrations sexuelles par attouchements >> ;

alors que

la juridiction de première instance avait retenu le cas de la prostitution forcée alors que cette circonstance n'avait jamais été évoquée au préalable, ni au cours de l'instruction, ni au cours de l'audience de la chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg (cf. troisième moyen de cassation) ;

et que

l'arrêt entrepris n'a pas répondu à ce moyen du demandeur en cassation, alors que ce moyen était pourtant soulevé dès le début des explications du prévenu au cours de l'audience d'appel et contenu également dans la note de plaidoiries écrite remise par le mandataire du prévenu au cours de l'audience de la Cour d'appel ;

et que

la juridiction d'appel saisie de moyens pertinents de la part de la partie défenderesse est tenue d'y répondre par des moyens suffisants ;

et que

le moyen exigeant une réponse constituée << l'énonciation par une partie d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où, par un raisonnement juridique, elle prétend déduire le bien fondé d'une demande ou d'une défense >> ;

et qu'

en ne répondant pas à ces moyens pertinents de la part du demandeur en cassation, l'arrêt ne satisfait pas à ses conditions d'existence légale ;

et qu'

en ne prenant pas position quant au reproche de violation des droits de la défense tel formulé par le mandataire de X.) lors de ses notes écrites déposées au cours de plaidoiries, la Cour d'appel a violé les articles 89 de la Constitution et de l'article 195 du code d'instruction criminelle » ;

Mais attendu que les juges du fond n'ont à répondre qu'à des moyens proprement dits ; que le demandeur en cassation s'étant borné à alléguer une violation des droits de la défense sans en tirer de conséquence juridique et la circonstance de la prostitution forcée retenue étant de toute façon dans le débat comme faisant partie intégrante du dossier pénal, les juges d'appel n'ont pas violé les dispositions normatives visées au moyen qui dès lors n'est pas fondé ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen de cassation :

tiré « de la violation, respectivement de la fausse application de l'article 375, alinéa 1^{er} du Code Pénal,

en ce que l'arrêt attaqué a déclaré les appels partiellement fondés et :

réformant :

(...)

condamne X.) du chef des crimes de viol et délits retenus à sa charge à la peine de réclusion de sept (7) ans;

(...)

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

(...)

aux motifs que

« Le prévenu était donc conscient que ses victimes vietnamiennes (...) et (...) qui se prostituaient à cet endroit étaient forcées de le faire, donc n'étaient pas en état de donner un consentement libre, circonstance qui a été confirmée par les investigations policières sur place.

Les premiers juges relèvent à juste titre que la preuve de la servitude des victimes résulte précisément de leur joie et de leur gratitude à la nouvelle donnée par le prévenu de ne pas obliger à fornicer ou à pratiquer des fellations, mais de se 'contenter' de pénétrations sexuelles par attouchements. »

alors que

la Cour d'Appel a également omis d'examiner si, au moment précis où elles étaient avec prévenu, les deux filles (...) et (...) avaient ou non un consentement libre,

et que

d'ailleurs, si une fille forcée à la prostitution par un proxénète peu scrupuleux a auprès de son client un pouvoir de décision libre, elle peut marquer son accord ou son désaccord et si sa volonté est respectée par le client, il n'y a pas viol ;

et qu'

il n'y a donc pas viol automatiquement du fait qu'une fille est forcée à la prostitution ; il y a viol si le client ne laisse pas à la fille - qu'elle soit d'ailleurs forcée à la prostitution ou qu'elle s'y livre volontairement - la liberté d'être d'accord ou de refuser ce qu'il requiert ;

et que

la Cour d'appel a déduit du seul fait que les filles (...) et (...) étaient forcées à la prostitution, la conclusion qu'il était impossible à ces filles de donner un consentement libre et que dès lors les pénétrations par les clients constituaient implicitement des viols ;

et que

la Cour d'Appel n'a pas recherché ni caractérisé un élément constitutif de l'infraction de viol, à savoir l'absence de consentement des victimes, et s'est limitée à déduire cet élément de circonstances extérieures à l'auteur ;

et qu'

en conséquence, en qualifiant les faits reprochés au prévenu de viol, sans pour autant caractériser l'absence de consentement des victimes au moment des faits et

sans rechercher si le comportement du prévenu lui-même au moment des faits était de nature à annihiler le consentement libre des victimes, tout en déduisant l'absence de consentement d'éléments extérieurs au prévenu, à savoir du fait que les filles auraient été forcées à la prostitution, la Cour d'Appel a violé l'article 375, alinéa premier du Code Pénal et a procédé par insuffisance de motifs » ;

Mais attendu que le grief invoqué procède d'une lecture incorrecte de l'arrêt attaqué ; que contrairement aux allégations du moyen, la Cour d'appel n'a pas déduit l'impossibilité des victimes de donner un consentement libre du seul constat qu'elles se trouvaient dans un état de prostitution forcée, mais elle a précisé pourquoi cette impossibilité existait au moment des faits et par rapport au prévenu ;

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

Sur le sixième moyen de cassation :

tiré « de la violation, respectivement de la fausse application des articles 379-2° et 384 du Code Pénal,

en ce que l'arrêt attaqué a déclaré les appels partiellement fondés et :

réformant :

se déclare compétente pour connaître des délits mis à charge du prévenu X.) sub IV et V de l'ordonnance de renvoi du 4 octobre 2005;

déclare X.) convaincu de ces délits constituant des infractions aux articles 379-2° et 384 du Code Pénal, le libellé de ces infractions étant plus amplement spécifié dans la motivation du présent arrêt ;

(...)

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

(...)

aux motifs qu'

<< Il résulte des éléments du dossier répressif que le prévenu a exploité des mineurs âgés de moins de 18 ans aux fins de la production de matériel à caractère pornographique. >>

alors que

l'âge des personnes exploitées par le prévenu aux fins de la production de matériel à caractère pornographique en question n'était pas établi,

et que

concernant l'infraction de viol commis sur une personne mineure de quatorze ans, la Cour d'Appel avait indiqué dans l'arrêt entrepris que « l'âge de la victime de l'infraction prévue à l'article 375 du Code Pénal est établi par le Ministère Public, normalement à l'aide d'un extrait du registre des actes de naissance, sinon à l'aide d'indices ou présomptions appréciées par le juge pénal (Cass. belge, 3 mai 1989, Pas. Belge I, 962).

C'est à bon droit et par des motifs qu'adopte la Cour, que les premiers juges ont retenu que le Ministère Public est resté en défaut de rapporter la preuve irréfutable que les jeunes filles (...) et (...) n'avaient pas atteint l'âge de quatorze ans au moment des faits mis à charge du prévenu, de sorte qu'il subsiste un doute à ce sujet qui doit profiter à X.) » ;

et que

la question de l'âge doit se poser dans le contexte des infractions visées par les articles 379-2° et 384 du Code Pénal de la même façon que pour les préventions basées sur l'article 375 alinéa 2 du Code Pénal ;

et qu'

en l'espèce, concernant l'infraction visée aux articles 379-2° et 384 du Code Pénal, le Ministère Public est resté en défaut de rapporter la preuve irréfutable que les 5 filles en question, à savoir (...), (...), (...), (...) et (...), étaient âgées de moins de 18 ans ;

et qu'

en l'espèce, tout comme pour (...) et (...) dans le cadre de l'infraction de viol, les seuls indices concernant l'âge de ces 5 filles ne se basent que sur les dires de ces filles, alors qu'aucun papier de l'état civil ni aucun témoignage ne vient corroborer ces dires,

et que

l'une des filles, (...), devant la commission rogatoire, fournissait des indications incertaines qu'elle a données - elle a admis qu'elle ne savait elle-même pas quel âge elle avait, mais qu'elle pensait être née en 1984 ou 1985, sans en être sûre - elle a pu avoir 18 ans au moment des faits ;

et que

la minorité des filles exploitées par le prévenu aux fins de la production de matériel à caractère pornographique, un des éléments constitutifs des infractions visées aux articles 379-2° et 384 du Code Pénal, n'était pas établie ;

et que

par conséquent, en ne caractérisant pas que les personnes exploitées par le prévenu aux fins de la production de matériel à caractère pornographique étaient mineures, la Cour d'Appel a violé, sinon faussement appliqué les articles 379-2° et 384 du Code Pénal » ;

Mais attendu que sous le couvert de la violation des articles 379-2° et 384 du code pénal, le moyen ne tend qu'à remettre en question l'appréciation souveraine des juges du fond des éléments de fait de la cause ;

Qu'il ne saurait être accueilli ;

Sur le septième moyen de cassation :

« Pour excès de pouvoir,

en ce que l'arrêt attaqué a déclaré les appels partiellement fondés et :

réformant :

se déclare compétente pour connaître des délits mis à charge du prévenu X.) sub IV et V de l'ordonnance de renvoi du 4 octobre 2005 ;

déclare X.) convaincu de ces délits constituant des infractions aux articles 379-2° et 384 du Code Pénal, le libellé de ces infractions étant plus amplement spécifié dans la motivation du présent arrêt ;

condamne X.) du chef des crimes de viol et délits retenus à sa charge à la peine de réclusion de sept (7) ans ;

(...)

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

(...)

aux motifs que

« La Cour est compétente pour connaître de ces délits [délits aux articles 379-2° et 384 du Code Pénal (préventions IV et V de l'ordonnance de renvoi)] en raison du lien de connexité existant entre ces délits et les crimes retenus à charge du prévenu, toutes les infractions procédant d'une cause unique, à savoir d'une pulsion sexuelle incontrôlée dirigée envers des filles asiatiques mineures. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ces délits doivent être toisés par la même juridiction » ;

alors que

le prévenu X.) fut renvoyé devant la chambre criminelle du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg pour se voir juger de crimes de viol (article 375 du Code Pénal) et des délits prévus par les articles 379-2° et 384 du Code Pénal ;

et que

les premiers juges s'étaient déclarés incompétents à connaître des délits pour lesquels X.) était renvoyé aux motifs que « les règles de compétence en matière pénale étant d'ordre public, et en l'absence d'une disposition légale conférant à la Chambre criminelle plénitude de juridiction pour tous les délits non encore jugés, reprochés à un prévenu renvoyé du chef d'un crime devant la Chambre criminelle, cette dernière se doit de reconnaître son incompétence ratione materiae pour connaître des délits libellés sub IV [dans l'ordonnance de renvoi] » (motivation identique des premiers juges concernant le délit visé sub V dans l'ordonnance de renvoi) ;

et que

les anciens articles 226 et 227 du Code d'Instruction Criminelle permettant à l'ancienne Cour d'Assises de connaître des délits connexes au(x) crime(s) et renvoyés avec ce(s) crime(s) devant elle et définissant ces délits connexes, ont été abrogés par la loi du 17 juin 1987 portant suppression de la Cour d'Assises et modifiant la compétence et la procédure en matière d'instruction et de jugement des infractions ;

et que

le droit pénal et par analogie également les règles de procédure et d'instruction pénale doivent être d'interprétation stricte ,

et que

l'ordre judiciaire ne saurait combler aux lacunes du pouvoir législatif et que le juge a pour mission d'appliquer et d'interpréter la loi à l'occasion de l'espèce qu'il tranche ;

et qu'

en l'absence de dispositions légales permettant expressis verbis aux juridictions criminelles de connaître des délits connexes au(x) crime(s) qui leur est/sont renvoyé(s) et en l'absence de définition spécifique de la notion de << connexité >>, les chambres criminelles des Tribunaux d'Arrondissement du Grand-Duché de Luxembourg sont incompétentes ratione materiae de connaître de tels délits connexes au(x) crime(s) qui leurs a/ont été renvoyé(s) ;

et qu'

en se déclarant par réformation compétente pour connaître des délits visés aux articles 379-2° et 384 du Code Pénal connexes au crime reproché à X.), alors que la connexité entre délits et crimes n'est prévue par aucun texte législatif et qu'aucun texte législatif ne conférant compétence aux chambres criminelles de connaître de délits connexes aux crimes qui leur sont renvoyés, la Cour d'Appel a excédé ses pouvoirs » ;

Mais attendu que les juges du fond ont légalement prorogé la compétence en faveur de la juridiction supérieure par l'effet de la connexité des infractions qui procède des articles 26 (3), 26-1 et 29 (3) du code d'instruction criminelle ainsi que des règles du concours des infractions ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le huitième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 26-1 du code d'instruction criminelle, en ce que l'arrêt attaqué a déclaré les appels partiellement fondés et : réformant :

se déclare compétente pour connaître des délits mis à charge du prévenu X.) sub IV et V de l'ordonnance de renvoi du 4 octobre 2005 ;

déclare X.) convaincu de ces délits constituant des infractions aux articles 379-2° et 384 du code pénal, le libellé de ces infractions étant plus amplement spécifié dans la motivation du présent arrêt ;

(...)

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

(...)

aux motifs que

<< La Cour est compétente pour connaître de ces délits [délits aux articles 379-2° et 384 du code pénal (préventions IV et V de l'ordonnance de renvoi)] en raison du lien de connexité existant entre ces délits et les crimes retenus à charge du prévenu, toutes les infractions procédant d'une cause unique, à savoir d'une pulsion sexuelle incontrôlée dirigée envers des filles asiatiques mineures. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ces délits doivent être toisés par la même juridiction >> ;

alors que

les anciens articles 226 et 227 du code d'instruction criminelle permettant à l'ancienne Cour d'Assises de connaître des délits connexes au(x) crime(s) et renvoyés avec ce(s) crime(s) devant elle et définissant ces délits connexes, ont été abrogés par la loi du 17 juin 1987 portant suppression de la Cour d'Assises et modifiant la compétence et la procédure en matière d'instruction et de jugement des infractions ;

et que

même dans le cas où cette abrogation ne saurait mettre en échec le principe général de la connexité et en faire écarter les effets dont celui de la prorogation de compétence en faveur de la juridiction du plus haut degré, les chambres criminelles des juridictions de jugement se déclarant compétentes pour connaître des délits en raison du lien de connexité existant entre ces délits et les crimes retenus à charge du prévenu, doivent cependant motiver spécialement en quoi les délits seraient connexes aux crimes ;

et que

la jurisprudence a traditionnellement recours aux critères de temps et de lieu, voir de personnes, telle qu'il est indispensable de juger plusieurs infractions ensemble afin d'éviter des solutions qui soient inconciliables ;

et que

la prorogation de compétence en matière de connexité ne saurait donc d'appliquer uniquement s'il existe soit des liens très étroits entre les différentes infractions (entre les délits et crimes) reprochés au prévenu, soit une dépendance des différents faits matériels entre eux, de sorte que les uns ne pourraient exister sans les autres ;

et que

<< la corrélation entre les faits est une condition nécessaire, mais non suffisante (...), il faut encore qu'il y ait, soit unité d'action (...), soit concert organisé, soit un rapport de cause à effet, (...) >> :

et que

l'article 26-1 du code d'instruction criminelle prévoit expressément quatre cas de connexité, à savoir :

- lorsque les infractions ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies,

- lorsque les infractions ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles,

- lorsque les coupables ont commis les unes pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, ou pour en assurer l'impunité,

- lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou en partie, recelés ;

et que

par l'emploi de la simple formule de style qu'il serait dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que les délits soient toisés par la même juridiction, tout en se basant exclusivement sur la cause unique gisant à la base de toutes les infractions reprochées au prévenu (ses pulsions sexuelles incontrôlées), la Cour d'appel a rajouté un cas de connexité qui n'est pas prévu par le législateur ;

et qu'

en se déclarant compétent pour connaître des délits mis à charge du prévenu sub IV et V de l'ordonnance de renvoi du 4 octobre 2004, dans pour autant vérifier les conditions légales de la connexité, mais en rajoutant au texte un critère non prévu par le législateur, la chambre criminelle de la Cour d'appel a violé l'article 26-1 du code d'instruction criminelle » ;

Mais attendu que l'existence de la connexité relève de l'appréciation souveraine en fait du juge du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le neuvième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 2 du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg, le 22 novembre 1984, approuvé par la loi du 27 février 1989,

*en ce que l'arrêt attaqué a déclaré les appels partiellement fondés et :
réformant :*

*se déclare compétente pour connaître des délits mis à charge du prévenu X.)
sub IV et V de l'ordonnance de renvoi du 4 octobre 2005 ;*

*déclare X.) convaincu de ces délits constituant des infractions aux articles
379-2° et 384 du code pénal, le libellé de ces infractions étant plus amplement spécifié
dans la motivation du présent arrêt ;*

(...)

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

(...)

aux motifs que

*<< La Cour est compétente pour connaître de ces délits [délits aux articles
379-2° et 384 du code pénal (préventions IV et V de l'ordonnance de renvoi)] en
raison du lien de connexité existant entre ces délits et les crimes retenus à charge du
prévenu, toutes les infractions procédant d'une cause unique, à savoir d'une pulsion
sexuelle incontrôlée dirigée envers des filles asiatiques mineures. Dans l'intérêt d'une
bonne administration de la justice, ces délits doivent être toisés par la même
juridiction >> ;*

alors que

*l'article 2 § 1^{er} du protocole additionnel n° 7 reconnaît aux personnes
déclarées coupables d'une infraction pénale par un tribunal le droit au double degré
de juridiction ;*

et que

*l'article 2 § 2 de ce même protocole prévoit trois exceptions audit principe, à
savoir pour les infractions mineures ; lorsque la personne a été jugée en première
instance par la plus haute juridiction ; enfin lorsque la personne a été déclarée
coupable et condamnée à la suite d'un recours contre son acquittement, en
application de la règle << appel sur appel ne vaut >> ;*

et qu'

en l'espèce, les premiers juges s'étant déclarés incompétents ratione materiae pour connaître des délits visés aux articles 379-2° et 384 du code pénal, la Cour d'appel, de son côté, s'est reconnue compétente pour connaître desdits délits et a déclaré le prévenu convaincu de ces mêmes infractions ;

et qu'

ainsi, X.) ayant seulement été déclaré coupable desdits délits par la Cour d'appel, il n'a pas eu le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation ;

et que

ledit article 2 du protocole additionnel n°7 vise de façon non équivoque la condamnation et non seulement l'accusation, voir le renvoi devant une juridiction répressive ;

et que

la Cour d'appel aurait dû renvoyer les délits reprochés au prévenu devant une juridiction de jugement de première instance ;

et qu'

en se déclarant compétente pour connaître des délits reprochés au prévenu, en déclarant le prévenu convaincu de ces délits, la Cour d'appel, chambre criminelle, n'a pas fait bénéficier au prévenu le droit de soumettre sa déclaration de culpabilité à une deuxième juridiction de jugement et partant, la Cour d'appel a violé l'article 2 du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg, le 22 novembre 1984, approuvé par la loi du 27 février 1989 » ;

Mais attendu que suivant l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, il est satisfait à l'exigence du double degré de juridiction inscrite à l'article 2 du 7^e Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui complète l'article 6 de la prédite convention, si la législation nationale prévoit, au bénéfice d'une personne déclarée coupable d'une infraction par un tribunal, le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation, examen qui peut, soit

porter sur des questions de fait et de droit, soit se limiter aux seuls points de droit comme en l'occurrence le contrôle par la Cour de cassation ;

D'où il 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, les frais exposés par le ministère public étant liquidés à 8.- euros.

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **six mars 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,
Irène FOLSCHIED, premier conseiller à la Cour d'appel,
Monique BETZ, premier conseiller à la Cour d'appel,
Jeanne GUILLAUME, avocat général,
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 Madame Jeanne GUILLAUME, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.