Jugt no 1278/2009 ***Not. 8379/04/CD***

ex.p.(s)

AUDIENCE PUBLIQUE DU 22 AVRIL 2009

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, chambre correctionnelle, a rendu le jugement qui suit :

Dans la cause du Ministère Public contre

X.) ,
né le (…) à Luxembourg,
demeurant à L-(…), (…);

- ***p r é v e n u -***

F A I T S :

Par citation du ***19 février 2009*** le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu de comparaître aux audiences publiques des ***18 et 19 mars 2009*** devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

1) principalement l'infraction à l'article 375 du Code pénal,
subsidiairement l'infraction à l'article 372 du Code pénal.

2) infraction à l'article 372 du Code pénal

A l'audience du 18 mars 2009, la vice-présidente constata l'identité du prévenu **X.)** et lui donna connaissance des actes qui ont saisi le Tribunal.

Les experts assermentés Docteur Roland HIRSCH et Docteur Georges HENGESCH furent entendus, chacun séparément, en leurs déclarations orales et explications après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du Code d'Instruction criminelle.

Les témoins François EWEN et **T1.)** furent entendus, chacun séparément, en leurs déclarations orales après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du Code d'instruction criminelle.

En application de l'article 190 du Code d'instruction criminelle le tribunal ordonna le huis-clos pour l'audition du témoin **A.)** , né le (…), qui fut entendu en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du Code d'instruction criminelle.

Le prévenu **X.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés par Maître Philippe PENNING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

La représentante du Ministère Public, Simone FLAMMANG, premier substitut du procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendue en son réquisitoire.

Le Tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour, date à laquelle le prononcé avait été fixé, le

j u g e m e n t qui suit:

Vu l'arrêt n° 290/08 rendu le 3 juin 2008 par la chambre du conseil de la Cour d'appel de Luxembourg confirmant l'ordonnance n° 207/08 rendue le 14 février 2008 par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et renvoyant **X.)** devant une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Vu la citation à prévenu du 19 février 2009 régulièrement notifiée à **X.)** .

Vu le procès-verbal n° 1/3-042/04 dressé le 15 janvier 2004 par le Service de Police Judiciaire de la Police Grand-Ducale de Luxembourg.

Vu les rapports n° 13/009/05 du 10 janvier 2005 et n° 13/010/05 du 19 janvier 2005 établis par le Service de Police Judiciaire de la Police Grand-Ducale de Luxembourg.

Vu le rapport d'expertise établi le 8 juillet 2006 par le Docteur Georges HENGESCH.

Vu le rapport d'expertise établi le 26 mai 2006 par le Docteur Roland HIRSCH.

Vu le rapport n° SPJ/JEUN/ 2007/3005-1/EWFR établi le 16 octobre 2007 par le Service de Police Judiciaire de la Police Grand-Ducale de Luxembourg.

Vu l'instruction judiciaire menée en cause.

Vu l'instruction et les débats menés à l'audience publique.

A l'audience publique du 18 mars 2009 le tribunal le a fait droit à la demande du Ministère Public et a ordonné le huis-clos pendant l'audition du témoin **A.)** , alors que la publicité de l'audition de **A.)** est dangereuse pour l'ordre public.

Le Ministère Public reproche à **X.)** d'avoir, entre la fin de l'année 2002 jusqu'au 15 janvier 2004 à (…), (…),

1) principalement : en infraction à l'article 375, du Code pénal, à plusieurs reprises, pénétré analement **A.)** , né le (…) à (…), en utilisant la ruse ou l'artifice et en abusant d'une

personne hors d'état de donner un consentement libre, notamment en remettant de l'argent et des cadeaux à **A.)** ;

subsidiairement : en infraction à l'article 372 du Code pénal, à plusieurs reprises, pénétré analement **A.)** , né le (…) à (…), partant un enfant âgé de moins de seize ans accomplis ;

2) en infraction à l'article 372 du Code pénal, à de multiples reprises, commis des attentats à la pudeur sur la personne et à l'aide de la personne de **A.)** , né le (…) à (…), partant un enfant de moins de seize ans accomplis, en caressant le parties génitales de **A.)** , en le masturbant et en se faisant masturber par **A.)** .

1. Quant à la régularité de la procédure

- la demande en rejet du rapport n° 2009/6927/40/PR du 18 février 2009

A l'audience du 18 mars 2009, le mandataire de **X.)** , Maître Philippe PENNING, a demandé *in limine litis* le rejet du rapport n° 2009/6927/40/PR dressé le 18 février 2009 par le Service de Recherche et d'Enquête Criminelle de la Police Grand-Ducale de Mersch, au motif que ce rapport ne concerne pas les faits dont est saisi le tribunal et des débats que ce rapport n'a été versé au dossier qu'un jour avant la citation à prévenu, soit après la clôture de l'instruction.

L'incident à été joint au fond.

Le rapport n° 2009/6927/40/PR comporte des déclarations d'K**.)** qui a désiré être à nouveau entendu par la police dans le cadre de la présente affaire. Il avait été entendu une première fois le 15 mars 2008 et ensuite le 15 octobre 2009. Il est revenu sur ses déclarations initiales lors de son audition au 12 décembre 2008.

Le Ministère Public avance que ce rapport figure au dossier uniquement à titre d'informations supplémentaires destinées à illustrer l'argumentation de son réquisitoire.

Le tribunal relève en effet que dans la présente affaire il n'est pas saisi des faits relatés dans le prédit rapport et qu'il n'a partant pas à se prononcer sur ces faits.

Il est de principe qu'en matière pénale la preuve est libre à partir du moment où elle n'a pas été obtenue par des moyens délictueux ou déloyaux. Le prédit rapport a été versé au dossier par le Ministère Public avant l'audience. Le prévenu et son mandataire ont eu l'occasion d'en prendre connaissance avant les débats afin de préparer utilement leur défense.

Le tribunal estime qu'il n'y a partant pas lieu au rejet de ce rapport des débats.

- la demande d'une contre-expertise de crédibilité de A.)

Lors de ses plaidoiries à l'audience, le mandataire de **X.)** a demandé à voir instaurer une contre-expertise sur la crédibilité des dépositions de **A.)** au vu des rétractations exprimées par **A.)** lors de l'instruction et à l'audience. Il a plaidé qu'il s'est vu refuser cette contre-expertise tout au long de l'instruction, alors que le rapport du Docteur HENGESCH n'est pas cohérent et qu'il y a un sérieux doute quant à la qualité de son travail. A l'appui de sa demande il a versé, à l'audience, une farde de pièces contenant entre autres un courrier du Professeur Docteur Burkhard SCHADE du 13 mars 2009 qui conteste la qualité des travaux d'expertise effectués par le Docteur HENGESCH.

Le Parquet a conclu au rejet des débats de ces pièces au motif que le principe de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense serait rompu, alors que le Ministère Public n'a jamais eu connaissance de ce courrier avant l'audience pour lui permettre de préparer utilement son réquisitoire. Le Parquet a également conclu au rejet de la demande en vue d'une contre-expertise sur la crédibilité de **A.)** au motif que le rapport du Docteur HENGESCH constitue un élément parmi d'autres tendant à convaincre le prévenu des faits qui lui sont reprochés.

Selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, « tout procès pénal, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre l'accusation et la défense : c'est là un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie » (arrêt B. c. Autriche du 28 août 1991, série A n°211, pp 27-28, §§ 66-67).*

Toujours selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *« le principe de l'égalité des armes »* constitue *« l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable »* et *« requiert que chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (arrêt A. c. SUISSE du 23 octobre 1996, recueil 1996-V, pp. 1565-1566, par. 38).*

En l'espèce, la défense n'a manifestement pas respecté le principe de l'égalité des armes lorsqu'elle a versé au cours de ses plaidoiries une pièce tendant à fonder sa demander en l'instauration d'une contre-expertise, étant donné que la partie poursuivante n'a pas eu connaissance de cette pièce avant l'audience. Le principe de l'égalité des armes a donc été rompu au préjudice du Parquet. Le tribunal décide par conséquent d'écarter des débats la farde de pièces versé par Maître PENNING à l'audience.

Quant à la demande d'une contre-expertise, le tribunal relève que par opposition aux procès-verbaux rédigés par un officier de police judiciaire auxquels le Code d'instruction criminelle attache une certaine foi en fonction de la personne qui les a établis, le législateur, mis à part le fait de viser l'expertise comme moyen de travail auquel le juge peut recourir s'il l'estime utile à l'éclaircissement de certains points, n'y attache aucune force probante.

Par ailleurs le tribunal fonde sa conviction sur les éléments résultant de l'instruction contradictoire à l'audience, sur l'audition des prévenus et des témoins, ainsi que des pièces régulièrement versées en cause.

En l'espèce, cette demande n'a jamais été accueillie pendant l'instruction. Les moyens ne sauraient pas non plus être accueillis à l'heure actuelle, étant donné que la nécessité de son institution et de sa valeur ajoutée par rapport aux éléments du dossier et aux débats n'a pas été établie.

Il n'y partant pas lieu de faire droit à la demande d'une contre-expertise de crédibilité de **A.)** .

2. Les faits

Le 14 janvier 2004, **A.)** a déclaré auprès de **T1.)** , dirigeant pédagogique du foyer **FOYER.)** , sis à (…), (…), qu'il avait été victime d'attouchements et de pénétrations sexuels de la part d'un certain (…) « **X** », demeurant au (…) à (…). L'enquête a révélé qu'il s'agissait de **X.)** .

T1.) a déposé plainte auprès du Parquet le 15 janvier 2004 sur base des déclarations que lui a faites **A.)** . Le Parquet a immédiatement ordonné une enquête préliminaire au Service de Police Judicaire, section Protection de la Jeunesse, de la Police Grand-Ducale. **A.)** a été entendu une première fois le jour même de la plainte par le commissaire en chef François EWEN.

A.) a déclaré qu'il a connu **X.)** un an et demi avant cette audition, c'est-à-dire en juin – juillet 2002, lorsqu'il avait encore treize ans. C'est son frère qu'il lui a dit de rencontrer **X.)** , car il avait un « bon contact avec les enfants. ». Lors de leur première rencontre, le père de **A.)** était présent. **A.)** a dormi une première fois au domicile d'**X.)** six mois plus tard lorsqu'il avait quatorze ans. Ils ont dormi ensemble dans un lit double. **X.)** a tout d'un coup caressé **A.)** au dos, puis au pénis et aux testicules. **X.)** lui a demandé de le caresser de la même façon. Il lui a proposé dix ou quinze euros en échange de ces caresses. **A.)** a accepté l'argent et il a pris le pénis d'**X.)** dans sa main.

A.) a également décrit auprès du commissaire François EWEN comment lors d'une autre visite au domicile d'**X.)** , celui-ci l'a à nouveau touché aux parties génitales et comment il a pénétré avec son pénis l'anus de **A.)** , alors que celui-ci était couché sur le ventre sur le lit d'**X.)** . **A.)** a déclaré avoir à nouveau reçu de l'argent de la part d'**X.)** après ces faits.

A.) a également déclaré qu'**X.)** ne lui donnait pas toujours de l'argent, mais qu'il l'a menacé qu'il se passerait quelque chose, sans préciser quoi, s'il ne faisait pas ce qu'il lui demandait. Ces faits ont eu lieu trois fois sur une période d'une année.

A.) a finalement déclaré n'avoir jamais été retenu par **X.)** et qu'il pouvait s'y rendre à tout moment alors qu'**X.)** lui avait donné un double de la clef de son habitation.

A.) a été entendu une deuxième fois par le commissaire EWEN le 12 octobre 2004. Il a réitéré ses premières déclarations sur la survenance et le déroulement des premiers attouchements sexuels. Il a cependant affirmé que

les actes sexuels avaient été plus fréquents que ce qu'il avait dit lors de sa première audition. **A.)** et **X.)** se seraient masturbés quasiment tous les weekends qu'ils passaient ensemble chez ce dernier et que les pénétrations avaient eu lieu deux à trois fois par mois.

Lors de ces deux dépositions, **A.)** a été assez précis dans son récit et il a décrit les faits avec de nombreux détails.

A.) a déposé ne pas avoir été forcé par **X.)** pour se soumettre à ces actes sexuels. Il a dit avoir été d'accord pour ce faire. Il a dit avoir reçu à plusieurs reprises de l'argent d'**X.)** . Il avait les clefs du studio d'**X.)** et il revenait toujours de son plein gré passer des weekends chez **X.)** .

A.) a renouvelé ses déclarations auprès du juge d'instruction le 12 octobre 2006.

Pendant l'instruction, **A.)** a été soumis à une expertise de crédibilité menée par le Docteur Georges HENGESCH. **A.)** a été entendu par le Docteur HENGESCH le 6 et le 13 juin 2006. **A.)** a une nouvelle fois raconté ce qui lui était arrivé en apportant de nouvelles précisions. Il a confirmé avoir dit la vérité lors de ses auditions auprès de la police.

Le Docteur HENGESCH a conclu dans son rapport du 8 juillet 2006 qu'il y a lieu de distinguer trois catégories d'actes dont **A.)** a fait état dans ses dépositions, à savoir des caresses à caractère non sexuel, des caresses sexuelles et des pénétrations anales. L'expert est d'avis que **A.)** est constant dans ses déclarations en ce qui concerne la survenance de ces trois catégories d'actes, malgré certaines divergences au sujet de détails concernant le déroulement des faits et la perpétration des actes dont il dit avoir été l'objet. Il a également conclu que les déclarations de **A.)** au sujet des caresses non-sexuelles et des caresses sexuelles peuvent être considérées comme correspondant à la réalité avec une très grande probabilité, alors que les récits relatifs aux pénétrations anales correspondraient seulement avec une grande probabilité à la réalité.

A l'audience le Docteur HENGESCH a expliqué les conclusions qu'il a prises dans son rapport. Il a déclaré que **A.)** était crédible dans ses dépositions. Il est d'avis que **A.)** n'a pas été influencé ou mis sous pression par un responsable du foyer **FOYER.)** ou par l'enquêteur de la police judiciaire pour inventer les faits qui sont reprochés au prévenu.

T1.) a déclaré sous la foi du serment à l'audience que **A.)** a été observé en janvier 2004 par une personne du foyer **FOYER.)** lorsqu'il a reçu de l'argent de la part d'**X.)** . Cette personne en a informé les responsables du foyer et **T1.)** a alors décidé de demander à **A.)** de quoi il relevait. C'est à cette occasion que **A.)** expliqua qu'il obtenait de l'argent de la part d'**X.)** pour participer à des actes sexuels.

T1.) a contesté avoir de quelque manière que ce soit mis la pression sur **A.)** pour qu'il raconte les faits qui sont reprochés au prévenu.

T1.) a considéré les déclarations de **A.)** comme étant crédibles au vu des détails qu'il avait fourni sur la nature et la perpétration des actes sexuels. **T1.)** a encore contesté qu'il a menacé **A.)** avec un examen médical rectal au cas

où il ne dirait pas « la vérité » afin de le forcer à révéler ce qui est actuellement reproché à **X.)** . **T1.)** a déclaré que suite à ses premières révélations **A.)** a paru beaucoup plus soulagé et son état général s'est considérablement amélioré au sein du Foyer **FOYER.)** .

X.) a été entendu une première fois par le commissaire en chef EWEN en date du 6 octobre 2004. **X.)** a contesté tous les faits qui lui sont reprochés. Il a contesté avoir touché les parties génitales de **A.)** , sauf une fois pour lui mettre une crème lorsqu'il avait eu des rougeurs entre les jambes et en dessous des testicules. Il a également contesté avoir pénétré analement **A.)**

X.) a reconnu avoir connu **A.)** en 2002. Il a déclaré avoir accueilli **A.)** chaque troisième weekend chez lui dans son studio sis (…), à (…) ; **A.)** passait alors la nuit chez lui ; **A.)** dormait avec lui dans son lit. Il a reconnu avoir caressé **A.)** sur la poitrine, sur le ventre et au dos, mais il a déclaré l'avoir fait à la demande de **A.)** qui lui avait dit qu'il aimait qu'on le caresse à ces endroits. **A.)** a voulu qu'il le masturbe à une occasion, mais il a refusé de le faire.

X.) a déclaré que **A.)** lui a téléphoné après avoir une première fois déposé auprès de la police et lui a expliqué qu'il a raconté ces histoires parce que les responsables du foyer **FOYER.)** lui ont mis la pression et que les policiers l'ont secoué jusqu'à ce qu'il raconte quelque chose.

X.) a maintenu ses premières déclarations devant le juge de l'instruction et à l'audience.

X.) a été soumis à une expertise psychiatrique lors de l'instruction judiciaire.

Dans son rapport du 26 mai 2006, le Docteur Roland HIRSCH a conclu que **X.)** avait une intelligence faible, mais qu'il était tout à fait à même de distinguer entre ce qui est permis et ce qui est défendu, même s'il aurait du mal à reconnaître sa responsabilité si les faits dont il est accusé s'avèreraient établis dans son chef. Il possède une mentalité d'un adolescent de seize ans, ce qui expliquerait pourquoi il recherche plutôt le contact avec les enfants au milieu desquels il se sent plus à l'aise que dans un milieu d'adultes. **X.)** ne présente cependant pas les caractéristiques d'un pédophile.

A l'audience, **A.)** a déclaré avoir inventé toute cette histoire, parce qu'il avait eu peur que le foyer lui cause des ennuis au sujet des dix euros qu'il venait de recevoir d'**X.)** . Il a déclaré que **T1.)** a exercé des pressions sur lui pour qu'il raconte cette histoire. Il a reconnu avoir dormi chez **X.)** , ensemble avec lui dans son lit, mais ne se souvient plus de l'épisode de l'application de la crème entre ses jambes et en dessous des testicules. Il a réfuté tous les détails qu'il a exposés auprès des enquêteurs et de l'expert judicaire. **A.)** n'a cependant pas pu expliquer au tribunal pourquoi ne pas avoir choisi de raconter un mensonge plus simple et pourquoi ne pas avoir avoué plus tôt qu'il était en train de raconter des mensonges.

Le 11 octobre 2007, **X.)** a informé le juge d'instruction que **A.)** souhaitait retirer sa plainte contre **X.)** depuis mars ou avril 2007.

Le 12 octobre 2007, le juge d'instruction a entendu **A.)** qui a déclaré vouloir retirer sa plainte. Il a expliqué avoir menti parce que **T1.)** du foyer **FOYER.)**

l'avait mis sous pression et l'avait menacé de procéder à un examen médical rectal s'il ne disait rien.

Dans le rapport n° SPJ/JEUN/ 2007/3005-1/EWFR du 16 octobre 2007, le commissaire en chef EWEN a informé le juge d'instruction qu'**X.)** lui avait téléphoné pour lui demander d'appeler **A.)** qui souhaitait retirer la plainte à son encontre. Le commissaire en chef lui a indiqué qu'il revenait à **A.)** de faire personnellement cette démarche. Quelque temps plus tard, **A.)** téléphona à EWEN pour retirer sa plainte. EWEN a expliqué à **A.)** qu'il devait se diriger vers le Parquet pour présenter cette demande.

Le tribunal relève que la demande de **A.)** de retirer sa plainte et le reniement de toutes ses déclarations auprès des enquêteurs, auprès de l'expert HENGESCH et auprès du juge d'instruction sont intervenus après que **A.)** soit devenu majeur et qu'il ait quitté le foyer **FOYER.)** . Le tribunal relève également que **A.)** et **X.)** ont déclaré à l'audience qu'ils avaient depuis lors repris une relation amicale et qu'ils se fréquentaient régulièrement.

X.) a également reconnu qu'il ne savait pas pourquoi il a mis de la crème entre les jambes et en dessous des testicules de **A.)** , alors qu'il reconnaît que **A.)** était assez âgé et à-même de le faire soi-même. **A.)** n'a pas non plus pu expliquer pourquoi il se serait alors laissé faire. Ils n'expliquent pas non plus pourquoi ils couchaient dans un même lit.

Au vu de ce qui précède et des éléments du dossier, et notamment des expertises effectuées sur **A.)** et sur la prévenu, le tribunal est d'avis que les raisons que **A.)** a invoquées pour justifier le retrait de ses accusations sont invraisemblables. Le tribunal est convaincu que **A.)** a dit la vérité lors de ses dépositions auprès du commissaire en chef EWEN et auprès de l'expert judicaire HENGESCH en ce qui concerne les caresses sur ses parties génitales, les actes de masturbations et les pénétrations anales dont il a été victime.

3. En droit

Le Parquet reproche à **X.)** d'avoir 1) principalement en infraction à l'article 375, du Code pénal, à plusieurs reprises, pénétré analement **A.)** , né le (…) à (…), en utilisant la ruse ou l'artifice et en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre, notamment en remettant de l'argent et des cadeaux à **A.)** , subsidiairement en infraction à l'article 372 du Code pénal, à plusieurs reprises, pénétré analement **A.)** , né le (…) à (…), partant un enfant âgé de moins de seize ans accomplis ; 2) en infraction à l'article 372 du Code pénal, à de multiples reprises commis des attentats à la pudeur sur la personne et à l'aide de la personne de **A.)** , né le (…) à (…), partant un enfant de moins de seize ans accomplis, en caressant le parties génitales de **A.)** , en le masturbant et en se faisant masturber par **A.)** .

a. quant à la prévention libellée sub 1) principalement : le viol

L'article 375, alinéa 1er du Code pénal définit le viol comme étant « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'autrui, soit à l'aide de violences ou de*

menaces graves, soit par ruse et artifice, soit en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer la résistance ».

Il résulte de cette définition légale que le viol suppose la réunion des éléments constitutifs suivants :

1. un acte de pénétration sexuelle,
2. l'absence de consentement de la victime, établie soit par l'usage de violences, de menaces graves, d'une ruse ou d'un artifice, soit par le fait que la victime était hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance, et
3. l'intention criminelle de l'auteur.

La généralité des termes employés par le législateur pour désigner le viol implique que tout acte de pénétration sexuelle par le sexe ou dans le sexe tombe sous l'application de l'article 375, alinéa 1er du Code pénal, à savoir d'une part le coït, la sodomie ainsi que la fellation, et d'autre par toute intromission d'un corps étranger dans l'organe sexuel féminin.

Le fait qu'**X.)** ait pénétré avec son sexe l'anus de **A.)** constitue partant une acte de pénétration sexuelle par le sexe tombant dans le champ d'application de l'article 375, alinéa 1e du Code pénal.

L'absence de consentement de la victime à l'acte sexuel est l'élément caractéristique du viol. L'article 375, 2e alinéa du Code pénal dispose que « *est réputé viol commis en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne qui n'a pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis* ».

D'après la loi, l'absence de consentement est présumée de façon irréfragable lorsque la victime de la pénétration sexuelle est âgée de mois de quatorze ans accomplis.

En d'autres termes, lorsque la victime est âgée de plus de quatorze ans accomplis au moment des faits, la loi la présume capable de donner son consentement libre ou d'opposer une résistance à la personne voulant la pénétrer sexuellement.

En l'espèce, le tribunal estime comme établi au vu des éléments du dossier que les actes de pénétration anale dont a fait l'objet **A.)** ont débuté fin 2002, soit après que **A.)** ait eu quatorze ans le (…) 2002. Ces pénétrations ont eu lieu deux à trois fois par mois jusqu'au moment de la plainte le 15 janvier 2004.

Or, il appert de l'instruction du dossier qu'au moment des faits **A.)** n'était pas hors d'état de donner son consentement ou dans l'impossibilité d'opposer une résistance à la volonté d'**X.)** , malgré ses déficiences intellectuelles .

Il n'est pas non plus établi au vu des éléments du dossier qu'**X.)** ait fait usage de violences ou de menaces graves, de ruse ou d'artifice à l'égard de **A.)** pour parvenir à ses fins. **A.)** était libre d'aller et de venir dans le studio d'**X.)** , dont il avait la clef. **A.)** retournait de sa propre volonté chez **X.)** où il pouvait jouer à la console de jeux vidéo et regarder la télévision. Il dormait

volontairement dans le lit d'**X.)** en sa compagnie. Il a déclaré ne s'être jamais senti contraint ou forcé, même par le fait d'avoir reçu de l'argent et des cadeaux de la part d'**X.)** , de laisser celui-ci le pénétrer sexuellement. Il a déclaré à plusieurs reprises lors de l'instruction qu'il lui était arrivé de demander lui-même de l'argent ou des cadeaux à **X.)** , lorsqu'il n'avait plus d'argent ou que son père lui refusait de lui donner de l'argent ou de lui acheter ce qu'il souhaitait. Ces déclarations ont également été confirmées par **X.)** .

Il en résulte qu'en l'espèce l'infraction à l'article 375, alinéa 1er du Code pénal, n'est pas constitué en droit.

Il y a partant lieu d'acquitter **X.)** de l'infraction :

Entre la fin de l'année 2002 jusqu'au 15 janvier 2004 à L-(…)*,* (…)*.*

comme auteur, ayant commis lui-même les infractions,

<u>1)Principalement,</u> en infraction à l'article 375 du Code pénal, d'avoir commis un acte de pénétration sexuelle, de quelque nature que ce soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'autrui, soit à l'aide de violences ou de menaces graves, soit par ruse ou artifice, soit en abusant d'une personne hors d'état de donner son consentement libre ou d'opposer la résistance,

en l'espèce, d'avoir à plusieurs reprises, pénétré analament ***A.)*** *, né le* (…) *à* (…)*, en utilisant la ruse ou l'artifice et en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre, notamment en remettant à* ***A.)*** *de l'argent et des cadeaux*.

b. quant à la prévention libellée sub 1) subsidiairement : l'attentat à la pudeur par acte de pénétration anale

Les faits reprochés à **X.)** sont régis par l'article 372 du Code pénal, texte qui ne fait aucune référence à un défaut de consentement de la victime. Il s'ensuit que pour l'application de ce texte, le législateur a ignoré, de manière délibérée, toute condition tenant à une absence de consentement de la victime. Il n'est en conséquence nullement besoin d'analyser s'il y a eu ou non consentement de la part de la victime.

L'attentat à la pudeur au sens de l'article 372 du Code pénal est caractérisé par tout acte impudique exercé directement sur une personne de l'un ou de l'autre sexe (Garçon, code pénal annoté, art. 331 à 333, nos 52 et suivants).

L'attentat existe encore quelle que soit la qualité de la victime, de même que la moralité de la victime est indifférente (cf. DE BUSCHESE, Le viol et l'attentat à la pudeur, p. 21).

L'attentat à la pudeur comporte donc une agression contre l'intégrité sexuelle, c'est-à-dire l'acte matériel d'attentat à la pudeur doit consister en un acte contraire aux mœurs, acte immoral ou impudique exercé directement sur une personne ou à l'aide d'une personne (Initiation au droit pénal spécial, Alain de Nauw, no 398; Dalloz, R.D.P., verbo Attentat aux mœurs).

Dans ce contexte, il convient de souligner que le terme de pudeur libellé à l'article 372 du Code pénal ne désigne pas la pudeur individuelle de la victime, mais bien la notion générale de la pudeur telle qu'elle existe dans la collectivité (BILTRIS, Rev. Dr. Pén., 1925, p. 1002 à 1046 et 1161 à 1199, L'attentat à la pudeur et le viol).

L'acte contraire à la pudeur doit encore revêtir une certaine gravité, il doit être réellement immoral.

En l'espèce, le tribunal considère que les faits de pénétration anale tels que décrits par la victime et libellés par le Parquet sub 1) subsidiairement sont contraires aux mœurs et en tant que tels immoraux, et sont de nature à offenser aussi bien la pudeur individuelle de la victime que la pudeur générale de la collectivité telle qu'admise généralement de nos jours.

L'attentat à la pudeur est une infraction intentionnelle, dont la commission requiert que l'auteur ait eu la volonté de commettre l'acte avec son caractère attentatoire à la pudeur, sans cependant, tel qu'il a été dit ci-dessus, qu'il soit nécessaire qu'il ait voulu attenter à la pudeur individuelle de la victime (BILTRIS, op. cit. ; NYPELS et SERVAIS, Code pénal belge interprété, t. IV, art. 372 à 378 ; GARCON, op. cit., t. Ier, art. 331 à 333 ; Cass. fr. 5 nov. 1881, Bulletin des arrêts de la Cour de cass., n° 232).

Toutefois, le mobile qui pousse l'auteur à commettre son acte est juridiquement indifférent. Ainsi, il importe peu que l'attentat ait été commis dans le but de satisfaire un sentiment de luxure, de vengeance ou de haine, ou pour satisfaire tout simplement la curiosité de son auteur (Cass. fr. 6 févr. 1829, Dalloz, Rép., v° Attentat aux moeurs, n° 77 Cass. fr. 14 janv. 1826, ibid., 76).

En ce qui concerne les agissements commis par **X.)** sur la personne de **A.)** , le tribunal considère que l'intention criminelle ne fait aucun doute. En effet, l'expertise psychiatrique effectué par le Docteur HIRSCH sur la personne du prévenu a conclu que celui-ci était parfaitement capable de distinguer entre le bien et le mal, le permis et le défendu. En raison de l'âge de l'enfant au moment des faits, le prévenu a donc nécessairement dû savoir que celui-ci ne consentait pas de façon éclairée à ces actes.

X.) est partant convaincu :

entre la fin de l'année 2002 jusqu'au 15 janvier 2004 à L-(…)***,*** (…)***,***

comme auteur, ayant commis lui-même les infractions,

en infraction à l'article 372 du Code pénal, d'avoir commis tout attentat à la pudeur sans violence ni menaces, sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de seize ans accomplis,

en l'espèce, d'avoir deux à trois fois par mois, pénétré analement A.) , né le (…) ***à*** (…)***, partant un enfant de moins de seize ans accomplis.***

c. quant à la prévention libellée sub 2) : les attentats à la pudeur autres que les pénétrations anales

Il est établi par les éléments du dossier que **X.)** a à plusieurs reprises touché les parties génitales de **A.)** et qu'il l'a masturbé.

Il n'est cependant pas établi à suffisance que **A.)** ait masturbé **X.)** . Lors de sa première déposition **A.)** a admis avoir seulement pris en main le pénis en érection d'**X.)** , mais il n'a pas dit qu'il avait masturbé le pénis d'**X.)** . Lors de toutes les autres dépositions de **A.)** a contesté avoir masturbé **X.)** .

Au vu des développements exposés sub b) ci-dessus, il y a lieu de dire **X.)** convaincu :

entre la fin de l'année 2002 jusqu'au 15 janvier 2004 à L-(…)***,*** (…)***,***

comme auteur, ayant commis lui-même les infractions,

en infraction à l'article 372 du Code pénal, d'avoir commis tout attentat à la pudeur sans violence ni menaces, sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de seize ans accomplis,

En l'espèce d'avoir commis à de multiples reprises des attentats à la pudeur sur la personne de A.) , né le (…) ***à*** (…)***, partant un enfant de moins de seize ans accomplis, en caressant les parties génitales de A.) , en le masturbant et s'être fait tenir son pénis en érection par A.) .***

<u>4. Quant aux peines</u>

Les infractions retenues à charge du prévenu sont en concours réel de sorte qu'il y a lieu à l'application de l'article 60 du Code pénal.

X.) a demandé à se voir accorder le bénéfice de circonstances atténuantes en cas de condamnation. Il conclut à un allégement de la peine à prononcer sur base de l'expertise du Docteur HIRSCH quant à son état psychiatrique en général et sur base du non-respect d'un délai raisonnable dans l'instruction de son affaire, droit prévu à l'article 6.1. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il est certes établi au vu du rapport du Docteur HIRSCH, des auditions de **X.)** pendant l'instruction, ainsi qu'à l'audience que celui-ci ne dispose pas d'une intelligence moyenne, mais il n'est pas établi que son faible niveau d'intelligence ait atteint son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits, de sorte qu'il lui était impossible de se rendre compte de la gravité et de l'immoralité de ses actes.

Quant au non-respect du délai raisonnable, l'article 6.1. de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que *« toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial. »*

Cependant, ni l'article 6.1. de ladite Convention ni une loi nationale ne précisent les effets que le juge du fond doit déduire d'un dépassement du délai raisonnable qu'il constaterait.

Il incombe à la juridiction de jugement d'apprécier, à la lumière des données de chaque affaire, si la cause est entendue dans un délai raisonnable, et, dans la négative, de déterminer les conséquences qui pourraient en résulter.

En l'espèce, les faits reprochés aux prévenus remontent à une période débutant fin 2002 et allant jusqu'au 15 janvier 2004, date à laquelle les faits ont été dénoncés auprès du Paquet. Le 15 janvier 2004, la police judiciaire a entendu une première fois **A.)** . Le 17 février 2004 et le 24 février 2004 **B.)** , né le (…1988) à (…), fut entendu par la police judiciaire. **C.)** , la mère de **B.)** a été entendu le 24 février 2004. **D.)** né le (…1989), a également été entendu le 24 février 2004. Le 27 avril 2004, le Parquet a requis l'ouverture d'une information judiciaire à l'encontre de **X.)** . **X.)** a été entendu par le juge d'instruction le 7 octobre 2004, le 28 septembre 2006, le 11 octobre 2007. **A.)** a été entendu par le juge d'instruction le 12 octobre 2006 et le 8 novembre 2007. **T1.)** a été entendu par le juge d'instruction le 5 décembre 2007 et Joëlle CONTER le 5 décembre 2007. Entre temps, le juge d'instruction avait ordonné le 2 mars 2006 une expertise psychiatrique de **X.)** et une expertise de crédibilité de **A.)** , dont les rapports furent établis le 26 mai 2006, respectivement le 8 juillet 2006. D'autres témoins, ainsi que **X.)** et **A.)** ont été entendu pendant le mois de janvier 2005 par les services de la police judicaire.

L'instruction a été clôturée le 10 décembre 2007. La chambre du conseil du tribunal d'arrondissement a rendu son ordonnance de renvoi n° 207/08 en date du 14 février 2008. Le prévenu a interjeté appel contre cette ordonnance et la chambre du conseil de la Cour d'appel a rendu un arrêt n° 290/08 en date du 3 juin 2008. L'affaire a été citée à l'audience du 18 mars 2009 à laquelle l'affaire a été utilement retenue et entièrement instruite.

L'affaire ayant présenté une complexité certaine, alors qu'il y avait lieu de procéder avec beaucoup de précaution à de nombreuses vérifications, le tribunal retient dès lors qu'il n'y a pas eu un dépassement du délai raisonnable tel que prévu à l'article 6.1. précité.

Au vu de ce qui précède et au vu de l'absence d'antécédents judiciaires, il y a lieu de condamner **X.)** à une peine d'emprisonnement de **trois ans** assorti pour la durée intégrale de la peine privative de liberté du **sursis probatoire**.

P A R C E S M O T I F S :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, ***seizième chambre***, siégeant en matière correctionnelle, statuant ***contradictoirement***, **X.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense et la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

d i t qu'il n'y a pas lieu à rejet du rapport n°2009/6927/40/PR du 18 février 2009;

d i t qu'il n'y a pas lieu d'instaurer une contre-expértise de crédibilité de **A.)** ;

a c q u i t t e X.) de l'infraction non établie à sa charge;

c o n d a m n e X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de ***trois (3) ans,***

ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 2868,55 euros;

d i t qu'il sera **s u r s i s** à l'exécution de **l'intégralité** de la peine d'emprisonnement prononcée contre **X.)** et le place sous le régime du **sursis probatoire** pendant une durée de 5 (cinq) ans en lui imposant l'obligation de suivre un traitement psychiatrique ou psychologique spécifique comprenant notamment des visites régulières et rapprochées et de justifier de ce traitement par des attestations régulières à communiquer tous les 6 mois au Parquet Général, service de l'exécution des peines;

a v e r t i t X.) qu'au cas de soustraction aux mesures ordonnées par le sursis probatoire dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, le sursis probatoire sera révoqué;

a v e r t i t X.) qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal de plus de six mois sans sursis, la révocation du sursis probatoire aura lieu de plein droit;

a v e r t i t X.) qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine d'emprisonnement correctionnel principal sans sursis d'un mois au moins et ne dépassant pas six mois, la révocation du sursis probatoire sera facultative;

a v e r t i t X.) qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine criminelle ou à un emprisonnement correctionnel principal de plus de six mois sans sursis, les peines de la première infraction seront prononcées et exécutées sans confusion possible avec celles prononcées du chef de la nouvelle infraction et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du Code pénal;

a v e r t i t X.) qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation irrévocable à une peine d'emprisonnement correctionnel principal

sans sursis d'un mois au moins et ne dépassant pas six mois, les peines de la première infraction pourront être prononcées et exécutées sans confusion possible avec celles prononcées du chef de la nouvelle infraction et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du Code pénal ;

Par application des articles 14, 15, 16, 28, 29, 31, 32, 60, 66 et 372 du Code pénal et des articles 111, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 626, 627, 628,628-1, 629, 629-1, 630, 632, 633, 633-5 et 633-7 du Code d'instruction criminelle qui furent désignés à l'audience par la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Marie-Laure MEYER, vice-présidente, Henri BECKER, premier juge et Filipe RODRIGUES, juge, et prononcé par la vice-présidente en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de

du Procureur d'Etat, et de Camille MULLER, greffier assumé, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.