

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Assistance judiciaire accordée à PERSONNE1.) par décision du 15 septembre 2025 du délégué du Bâtonnier à l'assistance judiciaire

N° 139 / 2025 pénal

du 23.10.2025

Not. 24769/24/CD

Numéro CAS-2025-00060 du registre

La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg a rendu en son audience publique du jeudi, **vingt-trois octobre deux mille vingt-cinq,**

sur le pourvoi de

PERSONNE1.), né le DATE1.) à ADRESSE1.), demeurant à L-ADRESSE2.),

demandeur en cassation,

comparant initialement par Maître Patrice R. MBONYUMUTWA, avocat à la Cour en l'étude duquel domicile a été élu, **actuellement par Maître Najma OUCHENE,** avocat à la Cour,

en présence du **Ministère public**

et de

PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE3.),

défenderesse en cassation,

l'arrêt qui suit :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 11 mars 2025 sous le numéro 169/25 Ch.c.C. VI. par la chambre du conseil de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le pourvoi en cassation formé par Maître Patrice R. MBONYUMUTWA, avocat à la Cour, au nom de PERSONNE1.), suivant déclaration du 11 avril 2025 au greffe de la Cour supérieure de Justice ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 8 mai 2025 par PERSONNE1.) à PERSONNE2.), déposé le lundi 12 mai 2025 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du premier avocat général Monique SCHMITZ.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, un juge d'instruction du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi d'une plainte avec constitution de partie civile déposée par le demandeur en cassation à l'encontre de PERSONNE2.), avait notamment émis une ordonnance de non-informer pour les faits qualifiés par le demandeur en cassation d'enlèvement d'enfant au regard des articles 368 à 371-1 du Code pénal par rapport à leur fille commune.

La chambre du conseil de la Cour d'appel a confirmé cette ordonnance.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen,

« Violation de l'article 368 du Code pénal

Cas d'ouverture : Violation par du refus d'application de l'article 368 du Code pénal.

<< Art. 368 :

Sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 251 euros à 5.000 euros, celui qui par violence, menace ou ruse aura enlevé ou fait enlever des mineurs.

Le coupable pourra être condamné, en outre, à l'interdiction conformément à l'article 24. >>

Pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction du 10 octobre 2024, la chambre du conseil de la Cour d'appel a motivé sa décision par l'application d'une jurisprudence selon laquelle les infractions prévues aux articles 368, 370 et 371 du Code pénal ne s'appliquent pas aux père et mère du mineur, le législateur ayant entendu réserver à ceux-ci l'incrimination de non-représentation d'enfants.

Principalement, il y a lieu de constater que cette jurisprudence est illégale étant donné qu'elle restreint illégalement le champ d'application de l'article 368 du Code pénal qui n'exclut pas les père et mère des poursuites prévues par cette disposition légale.

Que le principe fondamental d'interprétation stricte en droit pénal impose au juge d'interpréter strictement une loi d'incrimination et lui interdit toute restriction du champ d'application de la répression et toute interprétation restrictive des termes employés par le législateur.

Que malgré cette interdiction à valeur constitutionnelle, la chambre du conseil de la Cour d'appel a expressément retenu que « l'infraction d'enlèvement ou de recel de mineur ne s'applique pas aux père et mère du mineur », en ajoutant une condition non prévue par le législateur.

Subsidiairement, à supposer que l'on admette que l'infraction d'enlèvement de mineur peut céder le pas à une infraction de non-représentation d'enfants lorsqu'il s'agit des père et mère, l'infraction de non-représentation d'enfant requiert l'existence d'une décision judiciaire statuant sur la garde de l'enfant, comme le rappelle d'ailleurs la Cour d'appel à bon escient.

Par conséquent, en l'absence de décision judiciaire statuant sur la garde de l'enfant, comme en l'espèce, il ne saurait y avoir de poursuites fondées sur la non-représentation d'enfant qui prendraient le pas sur l'infraction prévue par l'article 368 du Code pénal.

Qu'ainsi, la chambre du conseil de la Cour d'appel a violé l'article 368 du Code pénal. ».

Réponse de la Cour

Sur le moyen pris en son fondement principal, considéré comme première branche

Le demandeur en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir violé l'article 368 du Code pénal en excluant les père et mère des enfants mineurs du champ d'application de cette disposition légale.

En retenant

« ... concernant la qualité de l'auteur des infractions prévues aux articles 368, 370 et 371 du Code pénal, il est de jurisprudence constante que <<l'infraction d'enlèvement ou de recel de mineur ne s'applique [...] pas aux père et mère du mineur enlevé ni aux personnes qui en ont la garde, le législateur ayant entendu réserver à ceux-ci l'incrimination de non-représentation d'enfants.>> »,

pour exclure du champ d'application de l'article 368 du Code pénal les père et mère qui exercent l'autorité parentale sur l'enfant mineur, les juges d'appel ont fait l'exacte application de la loi.

Il s'ensuit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur le moyen pris en son fondement subsidiaire, considéré comme seconde branche

Le demandeur en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir exclu les père et mère de l'enfant mineur du champ d'application de la prévention d'enlèvement d'enfant de l'article 368 du Code pénal, au motif que la prévention de non-représentation d'enfant de l'article 371-1 du Code pénal s'appliquait à ceux-ci, alors qu'en l'espèce cette dernière prévention ne pouvait trouver à s'appliquer « *en l'absence de décision judiciaire statuant sur la garde de l'enfant* ».

L'article 368 du Code pénal ne s'applique pas aux père et mère de leur enfant mineur en tant qu'ils sont détenteurs de l'autorité parentale à son égard, nonobstant la circonstance qu'ils ne puissent pas faire l'objet de poursuites pénales basées sur l'article 371-1 du Code pénal en absence de décision judiciaire réglant l'exercice des relations personnelles entre les parents et leur enfant mineur.

Il s'ensuit que le moyen, pris en sa seconde branche, n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« *Violation de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme*

Cas d'ouverture : Violation, sinon fausse application, sinon du refus d'application de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<< *Article 6 Droit à un procès équitable*

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

En l'espèce, la chambre du conseil de la Cour d'appel s'est méprise dans son analyse en retenant que l'infraction d'enlèvement de mineur ne s'appliquait aux père et mère de l'enfant.

La chambre du conseil de la Cour d'appel a procédé à une interprétation manifestement erronée, sinon arbitraire, de l'article 368 du Code pénal en ajoutant une condition matérielle qui n'est pas prévue par le législateur.

Il s'ensuit que le requérant a été privé de son droit à un procès équitable, respectivement de pouvoir obtenir réparation de son préjudice devant un tribunal indépendant et impartial qui résulte de l'enlèvement de son enfant par l'autre parent.

Or, la Cour européenne des droits de l'Homme a toujours rappelé la place éminente qu'occupe le droit à un procès équitable dans une société démocratique (Airey c. Irlande, § 24 ; Stanev c. Bulgarie [GC], § 231). Cette garantie « compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention » (Pretto et autres c. Italie, § 21).

L'interprétation de l'article 368 du Code pénal retenue par la chambre du conseil de la Cour d'appel constitue de ce fait un déni de justice au mépris du principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge, principe fondamental de droit universellement reconnu, tout comme le principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6 § 1 doit se lire à leur lumière (Golder c. Royaume-Uni, § 35).

Également, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que le refus d'une juridiction de se prononcer de manière indépendante sur certains points de fait cruciaux pour le règlement du litige dont elle est saisie, peut être constitutif d'une violation de l'article 6 § 1 (Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas, §§ 53-55).

L'interprétation particulièrement rigoureuse de la chambre du conseil de la Cour d'appel a pour effet de priver le requérant du droit d'accès à un tribunal et de réclamer réparation de son préjudice.

La chambre du conseil de la Cour d'appel a ainsi violé la disposition visée au moyen. ».

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait grief aux juges d'appel de l'avoir privé du droit à un procès équitable sous l'aspect du droit d'accès au juge, en le privant de la possibilité d'obtenir réparation de son préjudice civil subi en raison du fait reproché à la mère de l'enfant.

La violation du droit d'accès au juge constitue un moyen d'ordre public, recevable en instance de cassation, à condition qu'il résulte d'un fait dont les juges d'appel avaient été mis à même d'avoir connaissance.

L'absence d'incrimination pénale d'un fait, empêchant la saisine de la juridiction pénale, ne prive pas le justiciable du droit de faire valoir un droit à indemnisation d'un préjudice devant la juridiction civile.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme

Cas d'ouverture : Violation, sinon fausse application, sinon du refus d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<< Article 8 Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. >>

La Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée (Lozovyye c. Russie, 2018, § 36). Celles-ci peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée, jusque dans les relations des individus entre eux (Evans c. Royaume-Uni [GC], 2007, § 75).

Elle a également considéré que la composante essentielle de la vie familiale est le droit de vivre ensemble de sorte que des relations familiales puissent se développer normalement (Marckx c. Belgique, 1979, § 31) et que les membres d'une famille puissent être ensemble (Olsson c. Suède (no 1), 1988, § 59). La recherche de l'unité familiale et celle de la réunion de la famille en cas de séparation constituent des considérations inhérentes au droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 (Strand Lobben et autres c. Norvège [GC], 2019, § 205).

Là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille (Kroon et autres c. Pays-Bas, 1994, § 32).

En l'espèce, la chambre du conseil de la Cour d'appel, par une interprétation restrictive de l'article 368 du Code pénal, a privé le requérant de faire valoir la protection de son droit à une vie familiale.

Partant, la chambre du conseil de la Cour d'appel a confirmé qu'aucune qualification juridique ne pouvait être retenue pour les faits d'enlèvement de l'enfant mineur par l'autre parent alors que le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la CEDH implique le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir avec ses enfants et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre.

Il est juridiquement incorrect, sans porter atteinte à la vie privée du requérant, de considérer que celui-ci ne peut intenter aucune procédure pénale à l'encontre de l'autre parent du chef d'enlèvement de mineur, alors que l'exclusion des père et mère en tant qu'auteur de l'infraction n'est pas prévue par le législateur.

L'appréciation retenue est donc injustifiée et la chambre du conseil de la Cour d'appel a violé la disposition visée au moyen. ».

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir porté atteinte au droit à la vie familiale en le privant, au travers de l'interprétation faite de l'article 368 du Code pénal, « des mesures propres à le réunir avec ses enfants » et de ne pas avoir assumé « l'obligation pour les autorités nationales de les [à savoir les mesures propres à le réunir avec ses enfants] prendre ».

La violation du droit d'accès au juge constitue un moyen d'ordre public, recevable en instance de cassation, à condition qu'il résulte d'un fait dont les juges d'appel avaient été mis à même d'avoir connaissance.

Des poursuites pénales pour enlèvement d'enfant n'étant pas une mesure propre à assurer la réunion entre l'enfant et le parent privé de ses droits parentaux du fait d'un enlèvement, l'absence légale de l'incrimination d'enlèvement d'enfant à charge des père et mère ne porte pas atteinte au droit à la vie familiale.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux frais de l'instance en cassation au pénal, ceux exposés par le Ministère public étant liquidés à 2 euros ;

le condamne aux frais et dépens de l'instance en cassation au civil.

Ainsi jugé par la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg en son audience publique du jeudi, **vingt-trois octobre deux mille vingt-cinq**, à la Cité judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit, composée de :

Thierry HOSCHEIT, président de la Cour,
Marie-Laure MEYER, conseiller à la Cour de cassation,
Monique HENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,
Gilles HERRMANN, conseiller à la Cour de cassation,
Marianne EICHER, conseiller à la Cour de cassation,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier à la Cour Daniel SCHROEDER.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Thierry HOSCHEIT en présence du procureur général d'Etat adjoint Simone FLAMMANG et du greffier Daniel SCHROEDER.

Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
PERSONNE1.)
en présence de PERSONNE2.)

N° CAS-2025-00060 du registre

Par déclaration faite le 11 avril 2025 au greffe de la Cour supérieure de justice du Grand-Duché de Luxembourg, Maître Patrice Rudatinya MBONYUMUTWA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, a formé au nom et pour le compte de PERSONNE1.) un recours en cassation contre l'arrêt n° 169/25 rendu le 11 mars 2025 par la chambre du conseil de la Cour d'appel.

Cette déclaration de recours a été suivie le 12 mai 2025 par le dépôt du mémoire en cassation prévu à l'article 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, signé par Maître Clémence REMIER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Patrice Rudatinya MBONYUMUTWA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt rendu par la Chambre du conseil de la Cour d'appel ayant statué sur l'appel formé par le demandeur en cassation, pris en sa qualité de partie civile, contre une ordonnance de non-informer partielle d'un juge d'instruction relative à une plainte avec constitution de partie civile du demandeur en cassation.

Les arrêts de la Chambre du conseil de la Cour d'appel constituent par principe des arrêts d'instruction au sens de l'article 416 du Code de procédure pénale. Ils ne sont donc, en principe, pas susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation immédiat, c'est-à-dire d'un pourvoi formé avant la décision statuant de façon définitive sur l'action publique ou l'action civile¹.

En revanche, les arrêts de cette Chambre qui prononcent un non-lieu à suivre, déclarent irrecevable une plainte avec constitution de partie civile ou décident qu'il n'y a pas lieu à informer à la suite d'une telle plainte statuent de façon définitive sur l'action publique.

¹ les exceptions à ce principe sont énoncées à l'article 416, paragraphe 2, du Code de procédure pénale (décisions rendues sur la compétence ou dispositions de décisions par lesquelles il est statué définitivement sur le principe de l'action civile) ;

Suivant votre jurisprudence constante, la partie civile a été jugée recevable à former un pourvoi contre les arrêts de non-lieu, de non-informer² ou d'irrecevabilité de plainte avec constitution de partie civile de la chambre du conseil de la Cour d'appel³.

En l'espèce, la chambre de conseil de la Cour d'appel, ayant statué sur le seul volet de l'ordonnance ayant trait au volet de non-informer en relation avec les faits d'enlèvement d'enfant⁴, sanctionné par l'article 368 du Code pénal, a constaté le bien-fondé de ce volet de l'ordonnance de non-informer y relativement. Même si en termes de dispositif les juges d'appel confirment sans autre précision l'ordonnance entreprise du 10 octobre 2024, le dispositif de l'arrêt dont pourvoi vise nécessairement le seul volet de l'ordonnance aux termes duquel il dit qu'il n'y a pas lieu d'informer du chef des faits visés au point 1) de la plainte avec constitution de partie civile, ce au regard de la motivation employée et du fait que l'appelant n'avait de toute façon aucun intérêt à critiquer et à voir réformer l'autre volet de l'ordonnance du juge d'instruction selon lequel l'instruction est continuée pour les faits susceptibles d'être qualifiés de calomnie, diffamation et atteinte à la vie privée. Il se pose d'ailleurs la question si cet autre volet de l'ordonnance renferme un caractère décisionnel, alors qu'*in fine* le juge d'instruction instrumentaire, par cet volet du dispositif, ne statue pas sur une contestation mais conclut en conséquence de la décision de non-informer en relation avec les faits visés aux points 1), à savoir que l'instruction est désormais cantonnée aux seuls faits susceptibles de renfermer les qualifications de calomnie, diffamation et d'atteinte à la vie privée.

Dans cette mesure, l'arrêt statue définitivement sur l'action publique en ce qui concerne les faits d'enlèvement reprochés par le plaignant à son épouse, donc est susceptible d'être attaqué de façon immédiate par un pourvoi en cassation de la partie civile.

² voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 18 novembre 2004, n° 45/2004 pénal, numéro 2115 du registre (non-informer) ; idem, 14 juillet 2005, n° 22/2005 pénal, numéro 2231 du registre (non-informer) ; idem, 25 janvier 2007, n° 9/2007 pénal, numéro 2365 du registre (non-informer) ; idem, 7 février 2008, n° 4/2008 pénal, numéro 2520 du registre (non-informer) ; idem, 7 février 2013, n° 8/2013 pénal, numéro 3158 du registre (non-informer) ; idem, 16 janvier 2014, n° 7/2014 pénal, numéro 3230 du registre (non-informer) ; idem, 18 décembre 2014, n° 45/2014 pénal, numéro 3340 du registre (non-informer) ; idem, 18 février 2016, n° 8/2016 pénal, numéro 3615 du registre (non-informer) ; idem, 13 octobre 2016, n° 44/2016 pénal, numéro 3677 du registre (non-informer) ; idem, 8 mars 2018, n° 16/2018 pénal, numéro 3916 du registre (non-informer) ; idem, 20 décembre 2018, n° 131/2018, numéro CAS-2018-00074 du registre (non-informer) ; idem, 28 mars 2019, n° 51/2019 pénal, numéro CAS-2018-00039 du registre (non-lieu) ; idem, 11 février 2021, n° 24/2021 pénal, numéro CAS-2020-00036 du registre (non-informer) ; idem, 2 décembre 2021, n° 142/2021 pénal, numéro CAS-2020-00136 du registre (non-informer partiel et irrecevabilité partielle) ; idem, 13 octobre 2022, n° 120/2022 pénal, numéro CAS-2021-00137 du registre (non-informer) ; idem, 21 mars 2024, n° 44/2024 pénal, numéro CAS-2023-00098 du registre (non-informer) ; idem, 10 octobre 2024, n° 129/2024 pénal, numéro CAS-2024-00006 du registre ;

³ cf. les développements exhaustifs de Monsieur le Procureur général d'Etat adjoint John PETRY dans les affaires de cassation n° CAS-2022-00058 du registre et n° CAS-2024-0006 du registre ;

⁴ faits visés au point 1) de la plainte avec constitution de partie civile ;

Pour le surplus, le pourvoi respecte les conditions de recevabilité prescrites aux articles 41 et 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation⁵.

Faits et rétroactes :

Par plainte avec constitution de partie civile déposée le 1^{er} juillet 2024, PERSONNE1.) reproche à PERSONNE2.), avec laquelle il était marié depuis le 14 juin 2019 et laquelle a déposé à son encontre une requête en divorce le 6 janvier 2021⁶, des faits qu'il qualifie sous le point 1) de sa plainte d'enlèvement d'enfant, plus particulièrement en ce que « *au moins dans une période comprise entre le 5 janvier 2021 jusqu'au 29 janvier 2021, Madame PERSONNE2.) a tout bonnement disparu et a soustrait l'enfant commun à son père, laissant ce dernier sans nouvelles aucunes, et sans aucune perspective de pouvoir la voir* »⁷, ainsi que d'autres faits renseignés sous les points 2) à 5) subséquents, auxquels il a conféré d'autres qualifications pénales.

Par ordonnance rendue le 10 octobre 2024 le juge d'instruction instrumentaire a dit qu'il n'y a pas lieu d'informer contre PERSONNE2.) pour les faits visés au point 1) de la plainte, alors qu'ils n'admettent pas de qualification pénale, et que les faits dénoncés dans la plainte seront uniquement instruits du chef de calomnie, diffamation et d'atteinte à la vie privée.

Par arrêt dont pourvoi, la chambre du conseil de la Cour d'appel a confirmé la prédite ordonnance, étant précisé que l'appel a porté sur le seul volet de non-informer.

C'est contre cet arrêt que le pourvoi est dirigé.

Le passage pertinent de l'arrêt dont pourvoi est le suivant :

« (...) »

⁵ le délai du pourvoi, d'un mois, prévu par l'article 41 de la loi de 1885 a été respecté, la déclaration du pourvoi, le 11 avril 2025, contre un arrêt prononcé le 11 mars 2025 et notifié au demandeur en cassation le 19 mars 2025 ; le délai du dépôt du mémoire, d'un mois, prévu par l'article 43, alinéa 1, de la même loi, a de même été respecté : le délai d'un mois ayant épuisé le dimanche 11 mai 2025, il est, conformément à la Convention européenne sur la computation des délais, signée à Bâle le 16 mai 1972, prorogé au premier jour ouvrable, qui était le lundi 12 mai 2025 ; le mémoire a été, conformément à l'article 43, alinéa 1, précité, signé par un avocat à la Cour, à savoir Maître Clémence REMIER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Patrice Rudatinya MBONYUMUTWA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ; pour le surplus il fut signifié en date du 8 mai 2025 à PERSONNE2.), visée par la plainte avec constitution de partie civile, formalité non exigée par la loi modifiée de du 18 février 1885 ;

⁶ et qu'une première ordonnance fut rendue par le JAF en date du 24 février 2021 ;

⁷ cf. p. 4, alinéa 1^{er}, ainsi que p. 5, alinéa 1^{er}, de la plainte avec constitution de partie civile, versée à la pièce n° 1 de la farde de 3 pièces de Me MBONYUMUTWA ;

Sous le point 1), la partie civile reproche à son ex-épouse et mère de leur fille commune A.H.S.W., née le DATE2.) à Luxembourg, d'avoir soustrait l'enfant commun à son père pendant la période du 5 au 29 janvier 2021.

A l'audience de la chambre du conseil de la Cour d'appel du 4 mars 2025, le mandataire d'PERSONNE1.) a conclu, par réformation de l'ordonnance entreprise, à voir procéder à l'ouverture d'une instruction pour les faits qualifiés d'enlèvement d'enfant. Il n'y aurait pas lieu d'introduire, par une création jurisprudentielle et doctrinale, une distinction que les dispositions textuelles des articles incriminant l'enlèvement d'enfant ne font pas, de sorte que les parents ne seraient pas à exclure du cercle d'auteurs de ces infractions.

(...)

Appréciation de la chambre du conseil de la Cour d'appel

L'appel de PERSONNE1.) qui a été introduit dans les forme et délai de la loi, est recevable, mais non fondé.

En effet, concernant la qualité de l'auteur des infractions prévues aux articles 368, 370 et 371 du Code pénal, il est de jurisprudence constante que « l'infraction d'enlèvement ou de recel de mineur ne s'applique [...] pas aux père et mère du mineur enlevé ni aux personnes qui en ont la garde, le législateur ayant entendu réserver à ceux-ci l'incrimination de non-représentation d'enfants. » (cf. Cour d'appel, n° 187/23 V., 16 mai 2023, pp. 13 à 14 avec la doctrine et jurisprudence y citées à l'appui).

A défaut de l'existence d'une décision judiciaire statuant sur la garde de l'enfant A.H.S.W. pour la période visée par la partie civile sous le point 1) de sa plainte, les faits y décrits ne sont pas non plus susceptibles d'être qualifiés de délit de non-représentation d'enfant incriminé à l'article 371-1 du Code pénal.

Ne pouvant légalement comporter de poursuite pénales en l'espèce, il y a dès lors lieu de confirmer par adoption de motifs l'ordonnance de non-informer partielle du juge d'instruction du chef des faits visés au point 1) de la plainte avec constitution de partie civile de PERSONNE1.).

1^{er} moyen de cassation :

Le 1^{er} moyen de cassation est tiré de la violation de la loi pour refus d'application de l'article 368 du Code pénal.

Les juges s'appel, par la motivation ci-avant reproduite, ont dit que les faits allégués de soustraction temporaire d'un parent de l'enfant commun pendant le mariage ne sont pas susceptibles de tomber ni sous la qualification pénale de l'article 368 du Code pénal, ce pour ne pas être applicable aux parents, ni sous l'application de l'article 371-1 du Code pénal, ce en l'absence de décision judiciaire statuant sur la garde.

Le moyen visant la seule violation de l'article 368 du Code pénal, l'examen du moyen se fait dans ces limites.

La soussignée se rapporte à la sagesse de Votre Cour quant à la recevabilité du moyen au regard des exigences de précision élémentaires en ce que, en l'absence d'une formulation classique du moyen, il est difficile de comprendre les critiques effectives apportées à la motivation des juges d'appel, articulées par ordre de subsidiarité.

En ordre principal, le demandeur en cassation reproche aux juges d'appel d'avoir restreint le champ d'application de l'article 368 du Code pénal en en excluant les père et mère, voire en rajoutant une condition non prévue par le législateur et d'avoir ainsi contrevenu aux exigences d'interprétation stricte en matière pénale. Il semble déduire du libellé général de l'article 368 du Code pénal (« *celui qui aura enlevé ou fait enlever* ») qu'il ne fait aucune distinction quant à son auteur et qu'il sanctionne dès lors la soustraction du mineur par quiconque.

Concrètement, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale signifie que le juge doit appliquer tout le texte et uniquement le texte ; interpréter, c'est expliquer, donner du sens à un texte. Pour cela, le juge doit tirer toutes les conséquences que le législateur a entendues attacher à la loi pénale, rien de plus, rien de moins. La conséquence évidente est que le juge ne doit pas étendre le champ d'application des incriminations ni rétrécir le sens du texte, afin qu'il n'existe aucune incertitude sur la portée des normes pénales.

Quant à l'étendue du champ d'application de l'article 368 du Code civil, il y a lieu de mentionner que le législateur, par la loi du 29 novembre 1982 ayant eu pour objet 1° de modifier certains articles du chapitre IV, du titre VII, du livre II du code pénal intitulé « De l'enlèvement des mineurs » et de 2° réprimer la prise d'otage⁸, est intervenu notamment pour combler la lacune des dispositions existantes en relation avec l'enlèvement de mineurs, ne prévoyant pas le cas de figure de l'enlèvement d'un mineur dans le but de se faire payer une rançon. Les dispositions légales à cette époque relativement à l'enlèvement de mineurs se sont limitées aux seuls cas de figure de

⁸ cf. travaux parlementaires n° 2508 du projet de loi ;

l'enlèvement du mineur par violence (articles 368 et 369) et sans violence (articles 370 et 371), ainsi qu'article 369bis⁹ ayant eu trait à la méconnaissance par le père ou la mère, ou par toute autre personne, d'une décision judiciaire ayant statué sur la garde (dans le cadre de la protection de la jeunesse ou d'une instance en divorce ou en séparation de corps) en soustrayant l'enfant à ceux à qui la garde fut confiée.

Il importait encore au législateur d'introduire dans la législation pénale une nouvelle infraction qui fut la prise d'otage. Aussi, les initiateurs du projet ont voulu, entre autres, rendre punissable l'enlèvement régit par l'article 368 et 369 de toute personne n'ayant pas encore atteint l'âge de 21 ans accomplis.

C'est ainsi par le biais de l'article 369-1 que l'infraction aggravée de l'enlèvement du mineur pour répondre du versement d'une rançon ou de l'existence d'un ordre ou d'une condition fut introduite dans le Code pénal et que l'article 442-1 du Code pénal régit depuis lors l'infraction de prise d'otage.

A la fin, la loi du 29 novembre 1982 a également apporté de modifications ponctuelles aux dispositions existantes pour les aligner aux exigences légales en matière de majorité et aux évolutions sociétales, notamment en supprimant les distinctions fondées sur le sexe de l'enlevé et en ne fixant pas l'âge de l'enlevé à 21 ans.

Nous puisons des travaux préparatoires n° 2508¹⁰ à la base de la prédite loi du 29 novembre 1982 que l'article 368 du Code pénal est exclusivement calqué sur l'article correspondant du Code pénal belge, soit l'article 368¹¹. Il appert tant de la jurisprudence belge, que de la doctrine belge que le rapt de violence consiste dans la soustraction et le dessein de soustraire le mineur à l'autorité de ses parents¹², solution également consacrée par la Cour de cassation belge¹³, et que dès lors dans la législation belge l'article 368 du Code pénal n'est pas applicable aux père et mère.

⁹ introduit par la loi du 2 août 1939 sur la protection de la jeunesse ;

¹⁰ cf II. Commentaire des articles, ad article 368, p. 4, sous l'exposé de motifs ; cf. Avis du Conseil d'Etat du 3 mai 1977 sub) article 368, p. 8 ;

¹¹ avec la précision que le libellé était identique à cette époque, mais que la disposition belge a par la suite subi des modifications en 2000 et 2024 ;

¹² cf. Encyc. de Droit belge, 1^{ère} partie, le Code et les Lois pénales spéciales, sous l'article 368, par G. BELTJENS, 1901 ; G. NYPELS, Code pénal belge interprété, Tome 2, Bruxelles, 1878, sous l'article 368, p. 132 ; CA, 2^e ch., 6.12.1875 : « l'enlèvement d'un mineur est un délit continu qui existe aussi longtemps que le mineur reste, sous la main du ravisseur, soustrait à l'autorité de ceux auxquels il était soumis ou confié » ; CA GAND, 13.10.2017 ;

¹³ Pasirisie belge, 26.10.2005, n° 544, p. 2048 ;

Les commentateurs du projet de loi n° 2508, notamment dans le cadre des discussions de la proposition de rendre punissable l'enlèvement de personnes n'ayant pas encore atteint l'âge des 21 ans accomplis, n'ont pas manqué de rappeler à plusieurs reprises que l'objet principal de l'article 368 du Code pénal est d'assurer le maintien de l'autorité parentale¹⁴, mettant ainsi en exergue que la finalité recherchée est bel et bien de protéger les détenteurs de l'autorité parentale contre des déplacements opérés par des tiers à l'égard de leur progéniture en employant la violence, la menace ou la ruse.

Ainsi la *ratio legis* de la disposition légale sous examen consiste à sanctionner ceux qui posent des actes de soustraction sur un mineur mais qui n'ont pas d'autorité sur l'enlevé, le tout dans un souci de protection de ceux qui l'ont. Les parents mariés exerçant tous les deux l'autorité parentale sur l'enfant, l'enlèvement tel que prescrit à l'article 368 du Code pénal ne se conçoit pas. La soustraction de l'enfant commun par l'un des parents lors du mariage n'est dès lors pas susceptible d'embrasser la qualification pénale de l'article 368 du Code pénal au sens voulu par le demandeur en cassation. Confronté à une telle situation, il incombe à l'époux d'assigner en divorce et d'ériger l'enlèvement reproché à l'autre époux en faute pour générer une décision judiciaire tranchant la garde, cette dernière lui permettant d'agir à l'avenir en application de l'article 371-1 (ancien article 369bis) du Code pénal.

Les développements subsidiaires étant sans lien aucun avec la disposition légale visée au moyen, il n'y a pas lieu de s'y attarder.

Au regard des développements qui précèdent, c'est donc sans violer l'article 368 du Code pénal que les juges d'appel ont retenu qu'il n'est pas applicable au mère et père et qu'ils ont confirmé le juge d'instruction dans sa décision de ne pas informer contre l'épouse du chef des faits visés au point 1) de la plainte avec constitution de partie civile.

2^{ème} moyen de cassation :

Le 2^{ème} moyen de cassation est tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la CEDH.

¹⁴ « Toutes les manœuvres, physiques ou morales, qui ont pour effet de le soustraire au pouvoir de direction que peuvent exercer sur lui ceux qui ont la garde de droit et de fait » : dans le rapport de la commission juridique du 21 avril 1982, p. 2. alinéa 12 ; cf également dans le même rapport sous II. Commentaire des articles, ad article 368, p. 4 et ad article 369 p. 5 ; cf Avis du Conseil d'Etat du 3 mai 1977 sub) article 368, p. 8 ;

Le demandeur en cassation reproche à la Chambre du conseil de la Cour d'appel de l'avoir privé de son droit à un procès équitable et fait valoir à ce titre, en référant de façon amalgamée à diverses décisions de la CourEDH, sans pour autant rattacher leurs enseignements à l'arrêt dont pourvoi, que par sa motivation employée, elle l'aurait privé de la possibilité de réclamer réparation de son préjudice résultant de l'enlèvement de son enfant par son épouse, qu'elle aurait commis un déni de justice « *au mépris du principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge* », tout comme elle aurait refusé de se prononcer sur certains faits cruciaux.

En ordre principal, le moyen sous examen est nouveau et, mélange de fait et de droit, irrecevable, le demandeur en cassation n'ayant pas invoqué devant le juge d'appel l'application de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la CEDH.

Dans la mesure où en ordre subsidiaire, le moyen est étranger à l'arrêt dont pourvoi, ce en ce que ni le juge d'instruction, ayant examiné le champ d'application pour de l'article 368 du code pénal pour savoir si l'action publique peut être déclenchée au sujet des faits renseignés sous le point 1) de la plainte, ni le juges d'appel n'avaient les pouvoirs et compétences d'aborder la question de la réparation d'un préjudice, il n'appelle pas d'autres développements.

Pour finir, sur quels faits cruciaux les juges d'appel auraient refusé de se prononcer pour en déduire une violation de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la CEDH ?

3^{ème} moyen de cassation :

Le 3^{ème} moyen de cassation est tiré de la violation de l'article 8 de la CEDH.

Le demandeur en cassation, n'ayant une fois de plus pas pris les soins de formuler son moyen selon la méthode traditionnelle, semble reprocher aux juges d'appel, en ce qu'ils ont confirmé la motivation du juge d'instruction de ne pas instruire les faits lui soumis sous le point 1) de la plainte, de l'avoir privé de faire valoir la protection de son droit à une vie familiale, garanti par l'article 8 de la CEDH et impliquant « *le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir avec ses enfants et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre* ».

De prime abord, dans la mesure où il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt attaqué que l'application des dispositions de l'article 8 de la CEDH a été invoquée devant les juges d'appel, le moyen est nouveau et, mélangé de fait et de droit, irrecevable.

Pour le surplus, le moyen se distingue par son incomplétude en ce qu'aux termes du moyen, composé majoritairement de références à des décisions de la CourEDH, non

rattachées à l'arrêt dont pourvoi, mais desquelles il semble viser l'obligation dite positive des Etats membres de garantir que les droits découlant de l'article 8 sont respectés¹⁵, force est de constater que le demandeur en cassation omet de dire en quoi consiste la violation par les juges d'appel de l'article 8 au regard de la prédite obligation positive.

En effet, les principes applicables à l'appréciation des obligations positives incombant à un État au titre de la Convention sont comparables à ceux régissant l'appréciation de ses obligations négatives. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts opposés de l'individu concerné, voire des intérêts concurrents entre personnes privées¹⁶.

En ce que le demandeur en cassation ne dit pas quels intérêts opposés sont en cause, *a fortiori* en quoi leur juste équilibre n'aurait pas été ménagé, tout comme il reste muet quant aux mesures concrètes qui auraient dû être envisagées et prises pour assurer le respect de sa vie privée et familiale, la formulation du moyen pêche par son imprécision. Le moyen est dès lors à rejeter à ce titre.

Dans la mesure où le demandeur en cassation semble reprocher au législateur de ne pas lui avoir donné la possibilité d'intenter une procédure pénale à l'encontre de l'autre parent du chef d'enlèvement de mineur, le grief est étranger à l'arrêt attaqué, le juge ne pouvant générer des infractions non légalement prévues.

Conclusion :

déclarer recevable le pourvoi en cassation,

le rejeter pour le surplus.

¹⁵ l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires d'une autorité publique dans l'exercice par lui de son droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance : il s'agit d'une obligation négative classique, décrite par la Cour comme étant l'objet essentiel de l'article 8 ; les Etats membres ont également l'obligation positive de garantir que les droits découlant de l'article 8 sont respectés, même entre des parties privées ; ces obligations positives sont inhérentes à un respect effectif de la vie privée et peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée, jusque dans les relations des individus entre eux : cf. Guide sur l'article 8 de la convention - droit au respect de la vie privée et familiale, version mise à jour le 31 août 2022, n° 5 ;

¹⁶ cf. Guide sur l'article 8 de la convention - droit au respect de la vie privée et familiale, version mise à jour le 31 août 2022, op. cit, n° 6 et suivants ;

Luxembourg, le 11 septembre 2025

Pour le Procureur Général d'Etat,
le 1^{ier} avocat général,

Monique SCHMITZ