

**Arrêt N° 523/05 V.
du 29 novembre 2005**

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du vingt-neuf novembre deux mille cinq l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

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

prévenu et défendeur au civil

e n p r é s e n c e d e :

A.) , demeurant à L-(...), (...), prise en sa qualité de tuteur légal de la majeure incapable **B.)** , sinon en ordre subsidiaire et seulement pour autant que de besoin **B.)** , demeurant à la même adresse

partie civile constituée contre le prévenu et défendeur au civil **X.)** , préqualifié

demanderesse au civil et **appelante**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 7^e chambre correctionnelle, le 27 mai 2004, sous le numéro 1721/04, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu l'ordonnance de renvoi rendue par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du **10 décembre 2002** et la citation à prévenu du **23 mars 2004 (not. 12912/1999CD)** régulièrement notifiées.

AU PENAL :

Le Parquet reproche à **X.)** :

comme auteur,

1) depuis l'année 1997 et notamment le 29 juillet 1999, à L-(...), (...) à d'itératives reprises,

d'avoir commis tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, 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 un consentement libre ou d'opposer la résistance,

*en l'espèce, d'avoir commis une pénétration vaginale sur la personne de **B.)** née le (...), partant une personne qui au vu de son handicap mental n'est pas à même de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance ;*

2) depuis l'année 1997 et notamment le 29 juillet 1999, à L-(...), (...) à d'itératives reprises,

d'avoir commis un attentat à la pudeur avec violences ou menaces sur des personnes de l'un ou de l'autre sexe, ou bien commis sur des personnes hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance,

*en l'espèce, d'avoir caressé les parties génitales de **B.)**, née le (...), partant d'une personne qui au vu de son handicap mental n'est pas à même de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance.*

Faits :

Il résulte du procès-verbal no 3515/99 du 30 juillet 1999 de la Gendarmerie de Luxembourg que le 30 juillet 1999, **A.)** a porté plainte contre **X.)** qui, à son avis, avait violé sa fille **B.)** .

A.) a exposé que sa fille **B.)** est sourde-muette et mentalement handicapée. Elle passerait ses journées au « Centre de Réadaptation (...)» à (...) et rentrerait le soir. Le 29 juillet 1999, vers 19.00 heures, sa fille se serait rendue, comme elle le ferait souvent, dans la maison où habiterait **X.)**, frère du mari d'**A.)**, avec sa famille.

Vers 20 heures, **B.)** serait rentrée. Elle aurait montré à sa mère par des gestes que quelqu'un lui avait retiré le short et essuyé le bas-ventre avec une serviette. Elle lui aurait par ailleurs fait comprendre qu'elle ne voulait plus retourner dans la maison voisine. **A.)** aurait alors constaté que sa fille avait du sang dans le slip.

A.) se serait rendue à la clinique Dr Bohler avec sa fille où celle-ci aurait été examinée par le Dr Joë WIRTZ. Suivant certificat médical du 31 juillet 1999, le Dr WIRTZ a constaté chez la jeune femme des « pertes légères sanguinolantes » et un œdème vulvaire. L'hymen aurait présenté « une déchirure inférieure droite non saignante donc en principe ancienne ». Le prélèvement vaginal aurait montré l'absence de spermatozoïdes. Des signes de traumatisme n'auraient par ailleurs pas été constatés.

Les agents verbalisants se sont rendus au domicile d'**B.)** le 30 juillet 1999. Ils ont essayé de s'entretenir avec la jeune femme en lui montrant une photo de famille. Sur cette photo, elle aurait montré aux agents différents membres de sa famille et aurait levé le pouce pour montrer qu'elle les aimait bien. Elle leur aurait ensuite montré **X.)** et aurait baissé le pouce. Elle aurait été nerveuse en le leur montrant sur la photo. Les agents se sont ensuite rendus dans la maison voisine avec **B.)**. La fille de **X.)**, **C.)**, qui aurait toujours été très proche d'**B.)**, aurait posé des

questions à celle-ci. **B.)** aurait montré par des gestes que **X.)** l'avait poussée par terre et lui avait baissé le pantalon.

X.) a d'abord contesté avoir eu un contact sexuel avec la jeune femme, mais a admis, par la suite, avoir introduit deux doigts dans le vagin de celle-ci. Elle l'aurait auparavant embrassé et aurait caressé son pénis. Lorsque plus tard, **X.)** aurait dit à **B.)** d'arrêter de le toucher, elle aurait été fâchée et serait rentrée chez elle.

Entendu le 31 juillet 1999 par le Juge d'Instruction, **X.)** a admis avoir entretenu des relations sexuelles avec la jeune femme depuis environ deux ans. Elle aurait pris l'initiative la première fois en s'asseyant sur ses genoux et en lui caressant le pénis. Il lui aurait dit d'arrêter, ce sur quoi elle serait rentrée chez elle. Le lendemain, elle serait revenue. N'ayant pu résister aux avances d'**B.)**, il aurait fait l'amour avec elle. Au cours de la période de deux ans, il aurait eu environ six rapports sexuels avec elle. Lors de son premier rapport sexuel avec **B.)**, il aurait pu constater qu'elle n'était plus vierge.

Réentendu le 30 octobre 2002, **X.)** a confirmé ses déclarations antérieures, en précisant qu'il avait eu des relations sexuelles avec la jeune femme pendant environ un an et demi avant les faits du 29 juillet 1999. Il aurait toujours été d'avis qu'elle était consciente de ce qu'elle faisait.

D.), éducatrice au « Centre de Réadaptation » à (...) qui, au moment des faits, suivait un groupe d'handicapés auxquels appartenait **B.)** depuis deux ans, a été entendue par les agents le 23 septembre 1999. **B.)** aurait appris le langage gestuel au « Centre de Logopédie ». Elle aurait un caractère fort et des capacités pour s'affirmer. Elle aurait l'habitude de se manifester quand elle s'opposerait à quelque chose. Elle serait par ailleurs bien intégrée au groupe, aurait des facilités dans le contact avec les autres et serait très attachée aux personnes de son entourage. Elle chercherait le contact avec les hommes. Dans le centre, il serait accepté que les handicapés se prennent par la main et s'embrassent. Les éducateurs interviendraient lorsque de tels gestes iraient « trop loin ». Dans le cas d'**B.)**, il faudrait intervenir plus souvent que chez d'autres handicapés. **D.)** a affirmé ignorer si la jeune femme avait déjà eu des rapports sexuels.

D.) a encore précisé que le 30 juillet 1999, elle n'avait pas remarqué de changement dans le comportement d'**B.)**. A la suite des informations fournies par la mère, **D.)** aurait essayé d'en savoir plus en « parlant » à **B.)**. Celle-ci lui aurait fait comprendre qu'il y avait eu un incident avec un homme qui habitait près de chez elle. Elle n'aurait cependant pas été en colère ou révoltée. Sur une photo que l'éducatrice lui aurait soumise, elle lui aurait montré **X.)**. Après le 30 juillet 1999, **D.)** n'aurait pas remarqué que la jeune femme aurait été traumatisée.

Le 21 mai 2001, **D.)** a de nouveau été entendue par les agents. Elle a affirmé que les facultés d'expression d'**B.)** étaient très élémentaires et qu'elle avait des problèmes pour situer les événements dans le temps. Quant aux relations entre la jeune femme et les hommes au « Centre de Réadaptation », elle précise qu'elle a parfois dû intervenir quand **B.)** prenait trop souvent un ami dans ses bras ou l'embrassait fréquemment. Ces interventions n'auraient cependant pas été nécessaires au quotidien. Elle n'aurait par ailleurs jamais vu **B.)** essayer d'avoir des contacts plus intimes avec ses collègues.

Le 28 mai 2002, **E.)**, frère du prévenu, s'est rappelé que quatre ans auparavant, **B.)** l'avait touché entre les jambes. Il l'aurait repoussée. Sachant que la jeune femme était handicapée, il n'aurait pas interprété ce geste comme une avance à connotation sexuelle.

Le 12 juin 2002, la police a entendu un certain **F.)** qui a affirmé qu'**B.)** cherchait le contact physique avec lui. Deux ou trois ans auparavant, elle l'aurait touché entre les jambes au cours d'une course en voiture. Il aurait repoussé la main de la jeune femme. **A.)** l'aurait également avertie de le laisser tranquille. Un tel incident ne se serait plus reproduit par la suite.

Un certificat médical du 12 février 2004 établi par le Dr Nico DIEDERICH retient qu'**B.)** « souffre d'un retard de développement avec hémiparésie discrète à gauche et absences atypiques, ceci sur anomalies de giration et hémiatrophie cérébrale droite ». Le médecin constate encore que le sens de jugement, notamment dans les relations personnelles d'**B.)** est perturbé et que ses facultés de communication sont réduites.

Le 11 décembre 2001, le Dr Edmond REYNAUD, nommé par ordonnance du Juge d'Instruction du 6 novembre 2001, aux fins d'examiner et de procéder à l'expertise psychiatrique d'**B.)**, a déposé son rapport. L'expert a établi un bilan psychiatrique et psychologique sur deux examens successifs, le premier le 9 décembre 2001, en présence du beau-père d'**B.)**, le second le 11 décembre 2001, au « Centre de Réadaptation » à (...).

Lors du deuxième examen, l'expert a pu « s'entretenir » avec **B.)** grâce à la traduction gestuelle effectuée par une éducatrice. L'expert rappelle que la jeune femme a un retard important, qu'elle n'a aucun acquis scolaire et qu'elle est sous tutelle. Elle aurait besoin d'être guidée et encadrée. **B.)** serait « une femme particulièrement déficiente et dépendante de l'environnement et vulnérable car immature et suggestible ». Lors des examens, elle serait restée passive, ne montrant aucune initiative personnelle.

L'expert est d'avis que pour **B.)** les relations sexuelles consenties sont à écarter, compte tenu de son niveau intellectuel et affectif réduit. Elle serait bien « incapable de toute initiative a fortiori dans le domaine sexuel ». Les niveaux de compréhension, d'adaptation sociale, d'affectivité et de connaissance de la sexualité » seraient sans aucune commune mesure pour **X.)** et **B.)**. Ce décalage interdirait « toute relation d'égal à égal » et « notamment une relation sexuelle librement consentie ».

En conclusion, l'expert retient qu'**B.)** a un niveau affectif et intellectuel comparable à celui d'un enfant de huit à dix ans et que son état mental global ne lui permet pas de donner un consentement éclairé.

A l'audience publique du 29 avril 2004, l'expert REYNAUD confirme le contenu de son rapport.

Sur question spéciale du tribunal, l'expert précise qu'il ne faut pas exclure qu'**B.)** recherche le plaisir sexuel. L'expert est d'avis qu'une personne du niveau intellectuel et affectif d'**B.)** ne peut pas donner son consentement à un premier rapport sexuel, faute de compréhension. Pour l'évolution de la vie sexuelle future d'une telle personne la question de savoir si le premier rapport sexuel a été traumatisant ou non serait déterminante.

Sur question du tribunal, l'expert ajoute qu'il est impossible de savoir ce qui s'est exactement passé le 29 juillet 1999. Il ne pourrait pas être exclu qu'**B.)** ait été fâchée d'avoir été rejetée par le prévenu, ceci dans l'hypothèse où elle aurait pris plaisir aux relations sexuelles qu'elle entretenait plus ou moins régulièrement avec lui.

D.) affirme à l'audience qu'au cours des jours précédant le 29 juillet 1999, **B.)** était plus renfermée et agressive que d'habitude. Elle affirme que si la jeune femme n'a pas exprimé de colère en voyant le prévenu sur la photo de famille lui soumise, elle aurait néanmoins refusé de le regarder et aurait écarté la photo. Elle aurait d'ailleurs l'habitude de se renfermer face à des choses négatives. Elle aurait cependant une grande capacité pour s'imposer. Quant à ses collègues masculins, **B.)** saurait les charmer. **D.)** confirme que les handicapés fréquentant le « Centre de Réadaptation » ont bien des pulsions sexuelles et qu'il est veillé à ce que les femmes utilisent des contraceptifs.

A l'audience, le témoin **T1.)** confirme le contenu du procès-verbal du 30 juillet 1999, prémentionné, et **A.)** maintient les déclarations faites devant les agents le 30 juillet 1999.

Le prévenu **X.)** affirme à l'audience que les relations sexuelles entre lui et **B.)** dureraient depuis un à deux ans. La jeune femme aurait pris l'initiative la première fois en lui touchant le pénis et en l'embrassant. Il l'aurait repoussée la première fois, mais aurait accepté d'avoir un rapport sexuel avec elle le lendemain. Par la suite, ils auraient toujours décidé à deux d'avoir des relations sexuelles. Le 29 juillet 1999, il aurait introduit deux doigts dans le vagin d'**B.)**. Lorsqu'il n'aurait pas voulu faire l'amour avec elle, elle serait partie fâchée, en claquant la porte.

Le mandataire de **X.)** insiste sur le fait que le certificat du Dr WIRTZ relève que la déchirure de l'hymen d'**B.)** était cicatrisée et ne provenait pas du 29 juillet 1999. Aucune trace de violence n'était par ailleurs constatée.

X.) serait tout à fait crédible et ne se serait pas opposé à la perquisition à son domicile. Qu'il aurait dans un premier temps contesté avoir eu des rapports sexuels avec **B.)** s'expliquerait par le fait qu'il n'aurait pas voulu admettre avoir trompé son épouse.

La défense est encore d'avis que le Dr REYNAUD qui a seulement vu la jeune femme à deux reprises sans même pouvoir dialoguer de façon adéquate avec elle, n'est pas en mesure de constater si oui ou non les relations sexuelles entre le prévenu et **B.)** étaient voulues par cette dernière.

Le mandataire de **X.)** ajoute que malgré son handicap, **B.)** a, dans le domaine sexuel, les besoins et désirs d'une adulte. Il serait dès lors hypocrite de prétendre que tout rapport sexuel entre un homme et la jeune femme serait nécessairement contre le gré de cette dernière.

La défense souligne finalement que l'éducatrice **D.)** qui a travaillé avec **B.)** pendant une période prolongée et qui peut le mieux communiquer avec elle, a affirmé que la jeune femme fait preuve d'une certaine force de caractère et qu'elle est en mesure de s'opposer aux choses qui lui déplaisent. Après le 29 juillet 1999, **B.)** n'aurait pas été traumatisée. De façon générale, elle rechercherait le contact avec les hommes, les charmeraient et aurait parfois tendance à « dépasser les limites ».

La déclaration de l'expert suivant laquelle **B.)** ne serait pas à même de prendre une initiative dans le domaine sexuel serait contredite par les témoignages d'**E.)** et **F.)** aux dates respectives des 28 mai 2002 et 12 juin 2002.

Le prévenu devrait partant être acquitté des infractions lui reprochées, faute de preuve qu'**B.)** n'a pas donné son consentement libre aux relations sexuelles qu'elle a eues avec lui.

Le mandataire de la partie civile et la représentante du Ministère Public se basent sur le rapport d'expertise du Dr REYNAUD pour affirmer que, vu son handicap, **B.)** n'a pas pu donner de consentement éclairé à un rapport sexuel avec le prévenu. Les infractions reprochées à **X.)** devraient partant être retenues, celui-ci étant en aveu d'avoir eu des relations sexuelles avec la jeune femme.

En droit

Quant à la prévention de viol

L'article 375, alinéa 1^{er} 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 une ruse ou 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, à savoir :

- un acte de pénétration sexuelle
- 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,
- l'intention criminelle de l'auteur

a) L'élément matériel consistant dans un acte de pénétration sexuelle :

La généralité des termes employés par le législateur implique que tout acte de pénétration sexuelle tombe sous l'application de l'article 375, alinéa premier du Code pénal. Il convient en l'espèce de cerner le contenu de la notion d'acte de pénétration sexuelle.

Depuis la refonte de l'article 375 du Code pénal, l'élément matériel du viol ne se limite pas à la conjonction consommée des sexes masculin et féminin. Le législateur a voulu étendre la notion de viol à la fois à une série d'agressions de nature sexuelle, jusque-là en-dehors du champ d'application de l'article 375 du Code pénal.

Il convient dès lors de retenir comme tombant sous le champ d'application de l'article 375 du Code pénal tout acte de pénétration sexuelle par le sexe ou dans le sexe ainsi que toute intromission d'un corps étranger dans l'organe sexuel féminin.

En l'espèce, il résulte des déclarations du prévenu qu'il a, à plusieurs reprises, au cours d'une période d'un ou deux ans, eu des rapports sexuels avec **B.)** au cours desquels il a pénétré par son sexe respectivement par ses doigts le vagin de la jeune femme.

L'acte matériel du viol est partant donné en l'espèce.

b) l'absence de consentement de la victime

L'absence de consentement de la victime à l'acte sexuel est l'élément caractéristique du viol.

Le défaut de consentement est normalement corroboré par les violences physiques ou morales exercées sur la victime, respectivement la ruse ou les artifices employés par l'auteur.

En l'espèce, aucun élément du dossier ne permet de conclure que **X.)** ait utilisé des violences physiques à l'égard d'**B.)** . Il y a lieu de rappeler que le certificat médical du Dr WIRTZ ne constate aucun signe de traumatisme.

Il n'est par ailleurs soutenu ni par la partie civile ni par le Ministère Public que le prévenu ait menacé **B.)** .

La question qui se pose en l'espèce est bien celle de savoir si **B.)** était en état de donner son consentement libre aux relations sexuelles avec le prévenu et si elle était en mesure d'y opposer de la résistance.

Comme il a été soulevé plus haut, le Dr Edmond REYNAUD est d'avis que le niveau intellectuel et affectif d'**B.)** ne lui permet pas de donner un consentement éclairé à une relation sexuelle ou de prendre une quelconque initiative, notamment dans le domaine sexuel.

L'expert relativise quelque peu ses conclusions à l'audience, en précisant que la jeune femme, vu son manque de compréhension, n'a pas pu consentir à son premier rapport sexuel. Au cas où elle n'aurait pas vécu ce rapport comme traumatisant, elle serait à même d'apprécier des relations sexuelles ultérieures.

En l'espèce, il résulte du certificat du Dr WIRTZ du 31 juillet 1999 que lors de l'examen effectué le 29 juillet 1999, l'hymen d'**B.)** portait une déchirure cicatrisée et non récente. Le médecin n'a pas pu déterminer l'époque du premier rapport sexuel de la jeune femme. Il est dès lors impossible de dire si elle a vécu sa première expérience sexuelle avec le prévenu ou un autre homme.

Il faut encore relever que la conclusion de l'expert suivant laquelle **B.)** était incapable de prendre la moindre initiative dans le domaine sexuel est contredite par les témoignages d'**E.)** et **F.)** suivant lesquels la jeune femme les a touchés entre les jambes. Il y a lieu de souligner que l'incident concernant **E.)** a dû se produire avant la relation entre **X.)** et **B.)** .

Il convient par ailleurs de s'intéresser aux déclarations de l'éducatrice **D.)** qui a constaté qu'**B.)** recherchait le contact des hommes au « Centre de Réadaptation » et qu'elle savait les charmer. L'éducatrice a encore déclaré que la jeune femme dispose d'une certaine force de caractère et qu'elle s'oppose avec véhémence à des choses qui lui déplaisent.

A l'audience, **D.)** affirme qu'**B.)** était particulièrement renfermée les jours avant le 29 juillet 1999. Lors de son audition auprès de la police le 23 septembre 1999, l'éducatrice avait

cependant déclaré que le 30 juillet 1999, elle n'avait remarqué rien de spécial dans le comportement de la jeune femme et qu'elle n'avait pas l'air traumatisée.

Il résulte des déclarations du prévenu qu'il a eu des relations sexuelles avec **B.)** pendant un à deux ans. Suivant sa mère, **B.)** aimait se rendre dans la maison du prévenu et de sa famille jusqu'au 29 juillet 1999. Il faut dès lors se demander si la jeune femme n'aurait pas évité le contact avec **X.)** si elle vivait mal la relation sexuelle avec lui.

Les éléments du dossier ne permettent pas de dire avec certitude ce qui s'est passé entre **X.)** et **B.)** le 29 juillet 1999 et pour quelle raison la jeune femme était traumatisée en rentrant chez elle. **X.)** affirme qu'**B.)** était fâchée parce qu'il ne voulait pas faire l'amour avec elle ce soir-là. L'expert REYNAUD estime qu'on ne peut pas exclure que, dans l'hypothèse où la jeune femme aurait apprécié les relations sexuelles avec le prévenu, elle éprouve un sentiment de frustration face à un refus de la part du prévenu.

Au vu de ce qui précède, le tribunal constate qu'il reste beaucoup d'incertitudes dans le présent dossier. D'un côté, **B.)** a un niveau affectif et intellectuel comparable à celui d'une enfant, d'un autre côté, l'expert et l'éducatrice s'accordent pour dire qu'elle a bien des désirs et pulsions sexuelles comme toute femme de son âge. Si, suivant les conclusions du rapport d'expertise REYNAUD, **B.)** ne peut pas donner de consentement éclairé à un rapport sexuel, encore faut-il se demander si elle ne peut pas donner de consentement libre à un tel rapport et même, le cas échéant, le rechercher. La description fournie par **D.)** relative à la personnalité de la jeune femme ne permet pas non plus de retenir que cette dernière est incapable de manifester son opposition à quelque chose qui lui déplaît, en l'occurrence à un rapport sexuel.

Il faut conclure, au vu des développements qui précèdent, qu'il n'est pas établi à l'abri de tout doute que les actes de pénétration sexuelle effectués par le prévenu sur la personne d'**B.)** l'aient été sans le consentement libre de celle-ci ou sans que celle-ci ait pu y opposer de la résistance.

La condition relative à l'absence de consentement de la victime n'étant pas établie, le prévenu doit être acquitté de la prévention de viol.

Quant à la prévention d'attentat à la pudeur

L'article 373 du Code pénal prévoit que l'attentat à la pudeur, commis avec violences ou menaces, sur des personnes de l'un ou de l'autre sexe, ou bien commis sur des personnes hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance, sera puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans.

« Constituent des attentats à la pudeur des attouchements obscènes, mais non la pénétration sexuelle. » (G.Schuind, Traité pratique de Droit criminel, I,4^e édition, p.354).

« L'attentat à la pudeur sur une personne majeure n'est punissable que s'il a été commis avec violences ou menaces. Peu importe que la victime soit atteinte de débilité mentale si l'arrêt constate que cette débilité mentale n'était nullement de nature à mettre la victime dans l'impossibilité de consentir librement et valablement aux agissements du prévenu et que l'arrêt constate, au contraire, que la victime pouvait s'opposer aux agissements de l'inculpé, ce qu'elle n'a pas fait, et qu'elle ne soutient pas davantage avoir été surprise. » (Cass., 22 octobre 1941, Pas., I, 387).

Comme il a été relevé plus haut, il n'est pas établi, à l'abri de tout doute, que, vu son handicap, **B.)** ait été incapable de donner son consentement libre aux agissements de nature sexuelle de **X.)** ou qu'elle ait été incapable d'y opposer de la résistance.

La prévention d'attentat à la pudeur ne peut dès lors pas non plus être retenue à charge du prévenu.

Au vu de ce qui précède, **X.)** doit être acquitté des infractions suivantes, à savoir :

comme auteur,

1) depuis l'année 1997 et notamment le 29 juillet 1999, à L-(...), (...) à d'itératives reprises,

d'avoir commis tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, 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 un consentement libre ou d'opposer la résistance,

*en l'espèce, d'avoir commis une pénétration vaginale sur la personne de **B.)** née le (...), partant une personne qui au vu de son handicap mental n'est pas à même de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance ;*

2) depuis l'année 1997 et notamment le 29 juillet 1999, à L-(...), (...) à d'itératives reprises,

d'avoir commis un attentat à la pudeur avec violences ou menaces sur des personnes de l'un ou de l'autre sexe, ou bien commis sur des personnes hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance,

*en l'espèce, d'avoir caressé les parties génitales de **B.)**, née le (...), partant d'une personne qui au vu de son handicap mental n'est pas à même de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance.*

AU CIVIL :

A l'audience publique du **29 avril 2004**, Maître Michel KARP, avocat, demeurant à Luxembourg, se constitua partie civile pour compte et au nom d'**A.)**, demeurant à L-(...), (...), prise en sa qualité de tuteur légal de la majeure incapable **B.)**, sinon en ordre subsidiaire et seulement pour autant que de besoin **B.)**, demeurant à la même adresse, demanderesse au civil contre le prévenu **X.)**, préqualifié, défendeur au civil.

Cette partie civile déposée sur le bureau du tribunal correctionnel de Luxembourg est conçue comme suit: (cf en annexe)

Il y a lieu de donner acte à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile.

Le tribunal est incompétent pour connaître de la demande civile, eu égard à la décision d'acquiescement à intervenir au pénal à l'égard du prévenu **X.)**.

PAR CES MOTIFS :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **septième chambre**, siégeant en **matière correctionnelle**, statuant **contradictoirement**, le prévenu et défendeur au civil et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, le mandataire de la demanderesse au civil entendu en ses conclusions, et la représentante du Ministère Public entendue en ses réquisitions,

AU PENAL :

a c q u i t t e le prévenu **X.)** des infractions non établies à sa charge et le renvoie des fins de sa poursuite pénale sans peine ni dépens;

l a i s s e les frais de sa poursuite pénale à charge de l'Etat ;

AU CIVIL :

d o n n e a c t e à la demanderesse au civil de sa constitution de partie civile;

se d é c l a r e i n c o m p é t e n t pour en connaître;

l a i s s e les frais de cette demande civile à charge de la demanderesse au civil.

Le tout en application des articles 2, 3, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1 et 191 du code d'instruction criminelle dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Monique FELTZ, vice-président, Anne-Françoise GREMLING, juge, et Charles KIMMEL, juge-délégué, et prononcé, en présence de Françoise ROSEN, premier substitut du Procureur d'Etat en l'audience publique dudit tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, date qu'en tête, par Madame le vice-président, assistée du greffier Marion FUSENIG qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.»

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 18 juin 2004 au civil par la demanderesse au civil et le 24 juin 2004 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 14 septembre 2005, les parties furent requises de comparaître à l'audience publique du 14 octobre 2005 devant la Cour d'appel de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience le prévenu et défendeur au civil fut entendu en ses explications et moyens de défense.

La demanderesse au civil **A.)** fut entendue en ses déclarations.

Maître Rosario GRASSO, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu et défendeur au civil.

Maître DUTA Radu, avocat, en remplacement de Maître Gilles PLOTTKE, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens d'appel de la demanderesse au civil.

Monsieur l'avocat général Jérôme WALLENDORF, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 29 novembre 2005, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration du 18 juin 2004 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la demanderesse au civil **A.)** a relevé appel au civil d'un jugement correctionnel du 27 mai 2004 dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

Par déclaration du 24 juin 2004 au même greffe, le procureur d'Etat de Luxembourg a fait relever appel dudit jugement.

Ces appels sont recevables pour avoir été interjetés dans les forme et délai de la loi.

Le représentant du ministère public demande à la Cour de retenir **X.)** par réformation du jugement entrepris dans les liens de la prévention d'avoir à d'itératives reprises abusé sexuellement de la personne de **B.)** . Il estime que **B.)** en raison de ses déficiences mentales était hors d'état de donner un consentement libre. Il conteste l'affirmation de **X.)** que **B.)** aurait pris l'initiative et que leur relation aurait duré 2 ans renvoyant à ce sujet aux conclusions de l'expert qui exclut formellement que **B.)** ait pu prendre l'initiative d'une telle relation. Il estime que la Cour pourrait à la rigueur retenir à charge de **X.)** l'infraction de viol à l'aide de violences et requiert la condamnation de **X.)** à une peine d'emprisonnement de 3 ans.

La demanderesse au civil déclare réitérer sa demande civile et sollicite l'allocation des montants réclamés à titre de dommages-intérêts.

Le prévenu critique les conclusions de l'expert qui ne seraient pas le résultat d'un travail complet et consciencieux, lui reprochant plus particulièrement de ne pas avoir procédé à une exploration poussée de **B.)** et de s'être contenté de prendre en considération des tests effectués en 1996.

Il fait plaider que l'examen de **B.)** n'aurait pas révélé l'existence de blessures, de coups ou de tout autre élément indiquant qu'elle aurait été victime de violences. Il conteste formellement avoir abusé de **B.)** qui aurait donné un consentement libre aux relations sexuelles qu'elle a eues avec lui.

X.) conclut en ordre principal à la confirmation du jugement entrepris en ce que les juges de première instance l'ont acquitté des infractions lui reprochées. Il sollicite en ordre subsidiaire son acquittement pour cause de doute et en ordre plus subsidiaire au cas où la Cour retiendrait l'infraction de viol à son encontre de le faire bénéficier de larges circonstances atténuantes en raison de ses bons antécédents judiciaires, de sa collaboration spontanée avec la justice et du non-respect du délai raisonnable et de le condamner à une peine d'emprisonnement inférieure à 3 ans, peine qui serait à assortir intégralement du sursis simple.

Il conclut encore à la confirmation du jugement de première instance au civil sinon en ordre subsidiaire à voir déclarer la demande civile non fondée, sinon, en ordre plus subsidiaire, à voir allouer à la demanderesse au civil un montant à évaluer ex æquo et bono.

Il convient de constater à la lecture du dossier répressif que les juges de première instance ont fourni une relation correcte des faits à laquelle la Cour se réfère, les débats devant elle n'ayant apporté aucun fait nouveau qui n'était pas à la connaissance du tribunal correctionnel.

Les premiers juges ont donné une énumération exacte des éléments constitutifs du crime de viol, sauf à préciser que l'élément matériel du viol est constitué non seulement par tout acte de pénétration sexuelle par le sexe ou

dans le sexe, mais par tout acte de pénétration sexuelle par le sexe ou un autre objet, que la pénétration soit vaginale, anale ou buccale.

X.) n'a pas contesté avoir eu des relations sexuelles avec **B.)** de sorte que l'élément matériel du viol est donné en l'espèce.

Ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges aucun élément du dossier ne permet de conclure que **X.)** ait usé de violences physiques à l'égard de **B.)** , ni qu'il l'ait menacée.

La question qui se pose dès lors en l'espèce ainsi que l'ont relevé à bon droit les juges de première instance est celle de savoir si **B.)** a en raison de ses déficiences mentales pu donner un consentement libre aux relations sexuelles avec le prévenu.

Si l'aliénation mentale peut faire disparaître la liberté morale, on ne peut cependant pas admettre comme pour l'enfant âgé de moins de 14 ans accomplis une présomption légale de défaut de consentement. Il importe de rechercher si la victime privée de conscience et de liberté n'a pas pu consentir à l'union sexuelle.

Le docteur Edmond REYNAUD qui avait été nommé expert par le juge d'instruction avec la mission d'examiner et de procéder à l'expertise psychiatrique de **B.)** était dans son rapport arrivé à la conclusion que celle-ci était incapable de donner un consentement éclairé non seulement dans tous les actes de la vie civile mais également dans le cadre de sa vie sexuelle.

L'expert a cependant relativisé ses conclusions à l'audience du tribunal correctionnel en déclarant qu'elle n'a pas pu consentir librement à son premier rapport sexuel mais qu'il aurait pu y avoir par la suite accoutumance au plaisir.

X.) a dès son premier interrogatoire par le juge d'instruction déclaré avoir eu des relations sexuelles avec **B.)** pendant un à deux ans. Il est difficile de s'imaginer que le prévenu ait mis à profit les quelques heures qui se sont écoulées entre le moment de son arrestation par la police et sa comparution devant le juge d'instruction pour arriver à la conclusion qu'il valait mieux grossir les faits qui lui étaient reprochés et parler de plusieurs rapports sexuels plutôt que d'un seul dans l'espoir de pouvoir ainsi mieux convaincre les juges de l'existence d'un consentement dans le chef de **B.)** . Un tel stratagème est d'autant moins imaginable que **X.)** ne pouvait ignorer que l'aveu d'une relation sexuelle s'étendant sur une à deux années aurait nécessairement des conséquences plus fâcheuses sur sa vie de couple que l'aveu d'un rapport sexuel isolé.

Lors de l'examen effectué le 29 juillet 1999 sur la personne de **B.)** , le docteur WIRTZ a constaté que l'hymen de cette dernière portait une déchirure cicatrisée et non récente sans être cependant en mesure de déterminer l'époque de son premier rapport sexuel de sorte qu'il est impossible de dire si elle a eu son premier rapport avec le prévenu ou un autre homme.

L'éducatrice **D.)** a de son côté décrit **B.)** comme une jeune femme disposant d'une certaine force de caractère et s'opposant avec véhémence à des choses lui déplaisant.

Cette description qui, ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, ne permet pas de retenir que **B.)** est incapable de manifester son opposition à quelque chose qui lui déplaît, en l'occurrence à un rapport sexuel, le fait que **B.)** a bien des désirs et pulsions sexuels comme toute femme de son âge amenant la Cour à se demander, tout comme les juges de première instance, si elle ne peut pas donner de consentement libre à un rapport sexuel et même le rechercher et l'affirmation de l'expert que, si **B.)** n'a pas pu consentir librement à son premier rapport sexuel, elle a très bien pu par la suite s'accoutumer au plaisir sexuel, ensemble le fait qu'elle n'a pas cherché durant les un à deux ans qu'a duré la relation sexuelle avec le prévenu à éviter le contact avec lui laissent planer un doute sur la culpabilité du prévenu.

Il s'ensuit que c'est à bon droit et par des motifs que la Cour adopte que les juges de première instance ont acquitté **X.)** des préventions lui reprochées.

AU CIVIL

Les juges de première instance se sont à bon droit, eu égard à la décision intervenue au pénal, déclarés incompétents pour connaître de la demande civile.

Le jugement entrepris est partant également à confirmer au civil.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu entendu en ses explications et moyens de défense, la demanderesse et le défendeur au civil en leurs conclusions et le représentant du ministère public en son réquisitoire;

reçoit les appels en la forme;

les **dit** non fondés;

partant **confirme** le jugement entrepris au pénal et au civil;

laisse les frais de la poursuite pénale de **X.)** en instance d'appel à charge de l'Etat;

laisse les frais de la demande civile en instance d'appel à charge de la demanderesse au civil.

Par application des textes de loi cités par les juges de première instance en y ajoutant l'article 211 du code d'instruction criminelle.

Ainsi fait, jugé et prononcé en audience publique par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, au Palais de Justice à Luxembourg, 12, Côte d'Eich, où étaient présents:

Roland SCHMIT, président de chambre
 Marc KERSCHEN, premier conseiller
 Lotty PRUSSEN, conseiller
 Jérôme WALLENDORF, avocat général

Cornelia SCHMIT, greffier

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