

**Arrêt N° 192/06 V.
du 4 avril 2006**

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du quatre avril deux mille six 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 :

P 1, née le ... à ..., demeurant ...

prévenue, **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, 16^e chambre correctionnelle, le 24 mars 2005, sous le numéro 969/05, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu la citation du 28 janvier 2005 régulièrement notifiée à P 1.

Vu les procès-verbaux n° 21290 du 24 juillet 2004, n° 11464 du 21 août 2004, n° 225 du 18 septembre 2004, n° 2004/59165/1956/RR du 2 octobre 2004, n° 41592 du 31 octobre 2004, n° 21437 du 13 novembre 2004, n° 31537 du 13 décembre 2004 et n° 21007 du 8 janvier 2005 de la police grand-ducale d'Esch-sur-Alzette, de Differdange, C.P., C.I. respectivement C.I.S.

Par ordonnance du tribunal des référés du 11 juin 2004, exécutoire par provision, X s'est vu accorder un droit de visite de l'enfant J.R. « *le samedi 26 juin 2003 de 14.00 heures à 18.00 heures, le samedi 10 juin 2004 de 10.00 heures à 18.00 heures et ensuite chaque deuxième fin de semaine du samedi 10.00 heures au dimanche 20.00 heures* », à charge de le ramener auprès de sa mère P 1.

Les 24 juillet 2004, 21 août 2004, 18 septembre 2004, 31 octobre 2004, 13 novembre 2004, 13 décembre 2004 et 8 janvier 2005, X dépose plainte auprès de la police de Differdange. Il informe à chaque fois les agents verbalisants qu'il n'a pas pu exercer son droit de visite au vu du refus de P 1 de lui confier l'enfant J.R.

Le 22 août 2004 le Ministère Public a adressé un avertissement à P 1. Il y a à cet égard lieu de rectifier l'erreur matérielle contenue dans la citation à prévenu qui fait état d'un avertissement du 27 septembre 2004.

Tant devant les agents verbalisants qu'à l'audience P 1 ne conteste pas qu'elle n'a pas confié l'enfant J.R. à X. Elle soutient cependant que ce serait l'enfant J.R. qui refuserait de vouloir se rendre auprès de son père.

Aux termes de l'article 371-1 du code pénal, « *seront punis d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de 251 à 2.000 euros ou d'une de ces peines seulement, les père, mère et autres personnes qui soustrairont ou tenteront de soustraire un mineur aux mesures qui doivent être prises à son égard par application des dispositions de la loi sur la protection de la jeunesse, ou en vertu d'une décision, même provisoire, d'une autorité judiciaire, qui le soustrairont ou tenteront de le soustraire à la garde de ceux auxquels il a été confié, qui ne le représenteront pas à ceux qui ont le droit de le réclamer ...*»

Les éléments constitutifs de cette infraction sont :

- la qualité de père ou mère

En l'espèce la qualité de père de J.R. dans le chef de X n'est pas contestée.

- une décision statuant sur la garde de l'enfant

Il ne faut pas que la décision judiciaire soit passée en force de chose jugée, il suffit qu'elle soit exécutoire. Les effets de la décision de justice, qui statue sur la garde d'un enfant, persistent, pour l'application des dispositions relatifs à la non-représentation d'enfant, jusqu'à la date de sa modification par une nouvelle décision de justice, qui est soit déclarée exécutoire par provision, soit passée en force de chose jugée (cf. Cass. belge, 21 janvier 1992, Pas. belge 1992, I, p. 438 ; G. SCHUIND, Traité pratique de droit criminel, t. I, p. 348C).

En l'espèce l'ordonnance du tribunal des référés du 11 juin 2004 a accordé à X un droit de visite de l'enfant J.R. chaque deuxième fin de semaine du samedi 10.00 heures au dimanche 20.00 heures. Cette décision est exécutoire.

- l'acte matériel de ne pas présenter l'enfant

Cet élément constitutif résulte à suffisance des déclarations de P 1 auprès des agents verbalisants, étant donné qu'elle est en aveu de ne pas avoir confié l'enfant J.R. à X.

- l'intention délictueuse

La loi n'exige pas d'intention criminelle déterminée. Il suffit que l'auteur sait qu'il tient en échec la décision de l'autorité judiciaire.

Il résulte également des déclarations précitées que P 1 avait parfaitement connaissance de la décision judiciaire, et elle savait que par son attitude elle tenait en échec cette décision.

A cela s'ajoute que la résistance des enfants ou leur aversion à l'égard de la personne qui les réclame ne saurait constituer, pour celui qui a l'obligation de les représenter, ni une excuse légale, ni un fait justificatif. Il n'en est autrement que lorsque le prévenu a en vain usé de son autorité et que seules des circonstances, telles que la situation de fait des enfants, leur âge ou leur état de santé, l'ont empêché d'exécuter son obligation (Cour, 21 avril 1986, P. XXVI, 384).

En l'espèce, il résulte tant des déclarations de P 1 que des dépositions du témoin T 1 que la prévenue n'a pas usé de son autorité sur l'enfant aux fins de permettre l'exercice du droit de visite de X.

Au vu de ce qui précède P 1 est convaincue:

comme auteur ayant elle-même commis l'infraction :
depuis un temps non-prescrit et plus précisément, le 24 juillet 2004, le 7 août 2004, le 18 septembre 2004, le 2 octobre 2004, le 31 octobre 2004, le 13 novembre 2004, le 13 décembre 2004 et le 8 janvier 2005, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

d'avoir comme mère soustrait un mineur aux mesures qui doivent être prises à son égard en vertu d'une décision, même provisoire, et de ne pas l'avoir représenté à ceux qui ont le droit de le réclamer, même de son consentement,

en l'espèce avoir refusé à X, né le ..., l'exercice de son droit de visite sur son fils J., né le ..., malgré une décision judiciaire (ordonnance de référé-divorce no 251/04 du 11 juin 2004) l'y autorisant et malgré un avertissement du Parquet du 22 août 2004.

La gravité des infractions commises justifie la condamnation de la prévenue P 1 à une peine d'emprisonnement de **6 mois**.

P 1 n'a pas encore subi jusqu'à ce jour de condamnation excluant le sursis à l'exécution des peines et elle ne semble pas indigne de l'indulgence du tribunal. Il convient en conséquence de lui accorder la faveur du **sursis probatoire intégral** quant à la peine d'emprisonnement à prononcer à son encontre.

Par ces motifs :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **seizième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, la prévenue P 1 et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

condamne P 1 du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'emprisonnement de **six (6) mois**, ainsi qu'aux frais de sa mise en jugement, ces frais liquidés à 33,90 euros;

dit qu'il sera **sursis** à l'exécution de **l'intégralité** de la peine d'emprisonnement prononcée contre P 1 et la place sous le régime du **sursis probatoire** pendant une durée de 5 (CINQ) ANS en lui imposant l'obligation de permettre à X d'exercer son droit de visite et d'hébergement tel que fixé par l'ordonnance du tribunal des référés du 11 juin 2004;

avertit P 1 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 P 1 qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, elle 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 P 1 qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, elle 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 P 1 qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, elle 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 P 1 qu'au cas, où dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, elle 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, 66 et 371-1 du code pénal; ainsi que des articles 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195, 196, 626, 627, 628 et 628-1 du code d'instruction criminelle, articles 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 Joëlle GEHLEN juge, et prononcé par la vice-présidente en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Monique SCHMITZ, substitut du procureur d'Etat et de Maïté LOOS, greffière assumée, 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 2 mai 2005 par le mandataire de la prévenue et par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 23 février 2005, la prévenue fut requise de comparaître à l'audience publique du 10 mars 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 la prévenue fut entendue en ses explications et moyens de défense.

Maître Laurent HARGARTEN, avocat à la Cour, développa plus amplement les moyens de défense et d'appel de la prévenue.

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 4 avril 2006, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Revu le jugement correctionnel rendu le 24 mars 2005 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, décision dont la motivation et le dispositif se trouvent reproduits aux qualités du présent arrêt.

L'appelante P 1, qui demande à être acquittée de la prévention mise à sa charge, conteste toute intention délictueuse de sa part, c'est-à-dire toute volonté consciente d'enfreindre une décision de justice. Elle se prévaut de circonstances exceptionnelles à savoir, le refus catégorique de l'enfant d'aller voir son père. Ce refus aurait été causé par le comportement du père tant à l'égard de sa fille majeure qu'à l'égard d'elle-même. L'appelante relève à cet égard qu'il l'aurait frappée et qu'il se serait désintéressée de sa fille à un moment où elle aurait eu besoin de lui.

Enfin, elle aurait eu des problèmes d'interprétation de la dernière ordonnance relative au droit de visite, les dates y marquées ne pouvant s'appliquer à la réalité. En ordre subsidiaire, P 1 demande la suspension du prononcé.

Le représentant du ministère public conclut à la confirmation de la décision entreprise. Il relève que huit plaintes ont été déposées par le père et que la mère n'a pas réagi aux demandes des agents verbalisants pour qu'elle vienne s'expliquer sur les raisons de son refus d'exécuter le droit de visite. S'agissant des dates erronées contenues dans l'ordonnance ayant fixé le droit de visite, elles constitueraient des erreurs matérielles qui auraient pu être redressées avec un peu de bonne volonté.

Les dispositions de l'article 371-1 du code pénal ont pour but d'assurer, par une sanction pénale, l'exécution des mesures judiciaires ordonnées au sujet de la garde, du droit de visite et du droit d'hébergement d'enfants mineurs en érigeant en infraction la non-représentation des enfants à la personne qui est en droit de les réclamer.

Les éléments constitutifs du délit sont réunis en l'espèce, à savoir l'existence d'une décision judiciaire, les qualités des parties au litige de mère ou de père des mineurs et l'acte matériel de non-représentation aux dates indiquées dans la citation à prévenue est reconnue. La Cour relève d'emblée, quant à la décision judiciaire, que les erreurs relatives aux dates du droit de visite accordé au père constituent des erreurs matérielles facilement décelables et redressables et ne concernent que les premières visites, la périodicité de la suite de ces visites étant incontestable.

Bien que la défense n'ait pas formellement conclu en ce sens, la Cour présume qu'en demandant sa relaxe, P 1 entend invoquer l'état de nécessité qui, à défaut de texte spécial, se confond avec la notion de contrainte consacrée par l'article 71-2 du code pénal qui énonce que « n'est pas pénalement responsable la personne qui agit sous l'emprise (...) d'une contrainte à laquelle elle n'a pas pu résister ». Cette contrainte, morale en l'occurrence, aurait été provoquée par le refus de l'enfant de voir son père, refus qu'elle n'aurait pu vaincre sans risque majeur pour la santé psychique de celui-ci.

Cependant pour valoir cause de justification, la contrainte morale doit constituer un danger imminent, inévitable et certain. Elle doit être irrésistible en privant celui qui la subit de la faculté d'agir autrement qu'il l'a fait. Elle doit donc avoir été imposée à la prévenue. Celle-ci ne peut se constituer lui-même et par son propre fait un état de soi-disant contrainte.

Il est constant qu'en l'espèce, l'enfant J.R., âgé de 5 ans au moment de la séparation de ses parents en 1999 et de 10 ans au moment des faits, après que les visites ont pu se dérouler au début, refuse actuellement à voir son père. La mère ne verse cependant aucun certificat médical selon lequel une exécution forcée de la décision aurait un effet néfaste sur la santé mentale de l'enfant J.R. ni qu'un autre obstacle sérieux dans le chef de J.R. ou de son père empêcherait l'exercice du droit de visite.

Les renseignements auxquels la Cour peut avoir égard ne permettent pas de déceler dans le chef du père ni une des causes généralement invoquées, telle la présence ressentie comme hostile par les enfants d'une autre femme dans le ménage du père, un comportement déplacé de celui-ci à l'égard des enfants ou encore un cadre d'accueil insuffisant, ni tout autre motif valable susceptible de lui refuser le droit de voir ses enfants.

En ce qui concerne le reproche récurrent lui adressé, à savoir d'avoir « abandonné » ses enfants et leur mère, la Cour relève que la situation de la fille majeure, à supposer qu'elle se soit sentie abandonnée par son père à la suite d'une intervention chirurgicale ratée, mais préconisée par le père, raison alléguée par la mère, ne saurait justifier un refus pour le père de voir son fils mineur.

Si P 1 conteste avoir « monté » l'enfant J.R. contre son père et déclare avoir adopté une attitude « neutre » chaque fois que le père se présentait, il n'en reste pas moins qu'elle n'a manifestement pas donné à celui-ci une image positive et valorisante du père, surtout à la suite des problèmes avec la sœur de J.R.

L'article 5 du Protocole n° 7 à la CEDH consacre l'égalité des époux dans les droits et responsabilités à l'égard des enfants durant le mariage et lors de sa

dissolution, les interventions étatiques devant se limiter à ce qui est nécessaire dans l'intérêt des enfants. Or, ceux-ci ont droit à une mère et un père et les attacher à l'un des parents et en exclure l'autre risque de s'avérer néfaste pour leur développement futur quand, au plus tard lors de la phase pubertaire de désidéalisée de l'image parentale, ils se rendent compte qu'on avait abusé de leur affection. Le résultat en sera l'aliénation non seulement envers le parent tenu à l'écart, mais envers les deux parents et la perte de tout repère.

Il ressort de ce qui précède que la prévenue ne saurait invoquer les dispositions de l'article 71-2 du code pénal pour justifier la non-représentation des enfants. P 1 s'est elle-même, par son propre fait, constituée dans le prétendu état de contrainte. Il convient par conséquent de la maintenir dans les liens de l'infraction retenue par la juridiction de première instance.

La peine d'emprisonnement de 6 mois assortie du sursis probatoire étant adéquate pour sanctionner l'infraction commise, elle est également à maintenir.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, cinquième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, la prévenue entendue en ses explications et moyens de défense et le représentant du ministère public en son réquisitoire;

reçoit les appels en la forme;

les **dit** non fondés;

confirme le jugement tel que déféré;

condamne P 1 aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 7,37 €.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en y ajoutant les articles 211, 629, 630 et 633-7 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
Jeannot NIES, avocat général
Cornelia SCHMIT, greffier

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