

# **BGer 6B\_445/2015 vom 29. Januar 2016**

Bundesgericht, 2016-01-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_445\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_445_2015)

FR: TF 6B\_445/2015 du 29 janvier 2016

IT: TF 6B\_445/2015 del 29 gennaio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recourant conteste tout d'abord, au plan procédural, que l'appel de l'intimée pût conduire à sa condamnation en application de l' art. 191 CP . Il relève que cette qualification n'a jamais été envisagée en cours de procédure, par l'intimée ou le ministère public, de sorte qu'il ne pourrait être admis que l'appelante souhaitait que la cour cantonale procédât à un examen de la cause sous cet angle. Il souligne, dans ce contexte, le caractère subsidiaire de cette qualification visant l'hypothèse où la victime serait d'emblée incapable de discernement et soutient, en se référant à l' ATF 139 IV 84 consid. 1.2 in fine, qu'en cas d'appel de la partie plaignante, la fixation d'une nouvelle peine ne pourrait intervenir, sur la base d'une qualification nouvelle, qu'autant que celle-ci fût déjà incluse dans l'acte d'accusation mais n'ait pas été retenue en première instance.

#### **E. 1.1**

Saisie d'un appel, la cour cantonale disposait d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit sur les points attaqués du jugement de première instance (art. 398 al. 3, 404 al. 1 et 408 CPP). L'appel émanant de la partie plaignante portait précisément sur la culpabilité du recourant quant aux faits survenus le 4 décembre 2010. Le recourant ne peut rien déduire en sa faveur du fait que ni l'appelante, ni le ministère public ni l'autorité de première instance n'ont envisagé, avant la cour cantonale, l'application de l' art. 191 CP .

#### **E. 1.2**

L'arrêt auquel se réfère le recourant a trait aux conséquences de l'admission d'un appel de la partie plaignante sur la culpabilité, singulièrement sur la fixation de la peine, compte tenu de la règle selon laquelle la partie plaignante ne peut pas interjeter recours sur la question de la peine ou de la mesure prononcée ( art. 382 al. 2 CPP ). Ce précédent n'examine d'aucune manière si, et à quelles conditions, la partie plaignante peut former appel pour obtenir une qualification différente de l'infraction. Il n'examine pas non plus si l'autorité d'appel, saisie par la partie plaignante, peut opter pour une autre qualification que celle proposée par la partie appelante (v. sur ce point supra consid. 1.1). La phrase " La fixation d'une nouvelle peine vaut tant pour le cas où la partie plaignante conteste avec succès un acquittement que pour celui où elle obtient une autre qualification juridique, qui était incluse dans l'acte d'accusation, mais qui n'avait pas été retenue par le jugement de première instance " ( ATF 139 IV 84 consid. 1.2 in fine) le démontre clairement, cependant que l'allusion qui y est faite à l'acte d'accusation précise simplement que le principe de l'accusation doit être respecté dans la situation jugée dans cet arrêt. Toutefois, le respect de ce principe, qui s'impose en l'espèce également, n'exige pas nécessairement, en toute hypothèse, que l'acte d'accusation soit modifié lorsque l'autorité d'appel envisage d'appliquer une norme pénale qu'il ne mentionne pas expressément.

### E. 1.3

Conformément à l' art. 344 CPP , applicable en procédure d'appel par le renvoi de l' art. 405 al. 1 CPP , lorsque le tribunal entend s'écarter de l'appréciation juridique que porte le ministère public sur l'état de fait dans l'acte d'accusation, il en informe les parties présentes et les invite à se prononcer. Cette disposition ne trouve toutefois application qu'autant que les conditions conduisant impérativement à une modification de l'acte d'accusation ne sont pas réunies. Une telle modification s'impose, en particulier, lorsque l'autorité de jugement estime que les faits exposés dans l'acte d'accusation pourraient réunir les éléments constitutifs d'une autre infraction, mais que l'acte d'accusation ne répond pas aux exigences légales ( art. 333 al. 1 CPP ; sur ces situations v.: STEPHENSON/ ZALUNARDO-WALSER, Basler Kommentar Strafprozessordnung, 2e éd. 2014 nos 3 ss ad art. 333 CPP ). En revanche, l' art. 333 al. 1 CPP n'entre pas en considération lorsque l'état de fait figurant dans l'acte d'accusation contient d'ores et déjà tous les éléments de fait nécessaires au jugement de l'infraction pénale nouvellement envisagée, alors que celle-ci n'est pas désignée expressément par l'acte d'accusation. Dans une telle configuration, si l'autorité de jugement est, en effet, liée par le complexe de faits décrit dans l'acte d'accusation (principe d'immutabilité), elle n'en conserve pas moins toute latitude quant à l'application du droit ( art. 350 al. 1 CPP ), pour peu que soient garantis les droits des parties, autrement dit que celles-ci soient informées du changement envisagé et aient la possibilité de s'exprimer (art. 344 al. 1 in fine CPP; v. NIGGLI/ HEIMGARTNER, Basler Kommentar Strafprozessordnung, 2e éd. 2014, n° 56 ad art. 9 CPP n° 56; HAURI/ VENETZ, Basler Kommentar Strafprozessordnung, nos 3 ss ad art. 344 CPP ). Il va, par ailleurs, de soi que le principe de l'accusation ne saurait empêcher l'autorité de jugement, au besoin, de constater des faits permettant de réfuter les contestations et allégations du prévenu portant, par exemple, sur des faits justificatifs, qu'il n'incombe pas au ministère public de décrire par le menu dans l'acte d'accusation.

### E. 1.4

En l'espèce, l'acte d'accusation avait la teneur suivante:

" Au début du mois de décembre 2010, à leur domicile à Y. \_\_\_\_\_, X. \_\_\_\_\_ et A. \_\_\_\_\_ ont entretenu des rapports sexuels. Durant cette relation, X. \_\_\_\_\_ a demandé à sa concubine de se coucher sur le ventre, ce qu'elle a librement accepté. Dans cette position, il l'a pénétrée analement par surprise, soit sans lui en avoir parlé au préalable ou l'avoir préparée à cette pratique. Ressentant " des énormes douleurs ", A. \_\_\_\_\_ a crié tout au long de l'acte, qui a duré quelques minutes. Après que X. \_\_\_\_\_ a joui en elle, la victime s'est rendue aux toilettes où elle a constaté un important saignement anal " (jugement du 27 août 2014, consid. 2.1 p. 24).

En comparaison des faits retenus par la cour cantonale (v. supra consid. B), cette description restitue un contexte identique, la même position de la victime, librement acceptée par celle-ci, la circonstance que la pénétration a été obtenue par surprise, son caractère douloureux durant les quelques minutes qu'a duré l'acte ainsi que les conséquences qui s'en sont suivies immédiatement pour la victime.

Selon la jurisprudence, l'incapacité de résistance au sens de l' art. 191 CP est également admise, par exemple, lorsqu'en raison de la position particulière de son corps, une patiente se trouve dans l'incapacité de discerner l'atteinte d'un thérapeute à son intégrité sexuelle et qu'il abuse sexuellement d'elle par surprise ( ATF 133 IV 49 consid. 7 p. 55 s.). Il s'ensuit

que l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation, même s'il était principalement axé sur l'infraction de contrainte sexuelle ( art. 189 CP ), n'en contenait pas moins déjà la description des faits permettant d'en considérer la subsumption sous l' art. 191 CP , soit en particulier la surprise envisagée - puis retenue par la cour cantonale - comme cause de l'incapacité de résistance.

### **E. 1.5**

La cour cantonale ne s'est certes pas limitée à reprendre mot pour mot les faits décrits dans l'acte d'accusation, dès lors qu'elle a aussi constaté que les concubins n'avaient jamais pratiqué de tels rapports auparavant, que le recourant avait passé outre les cris de douleur de sa partenaire et avait continué de la pénétrer jusqu'à ce qu'il éjacule, cependant que l'intimée couchée sous le poids du recourant, n'avait pas été en mesure de résister à cet assaut qui avait duré quelques minutes et qu'elle avait pleuré sans verbaliser son refus. Cependant, tous ces éléments s'inscrivent très clairement dans le même complexe de faits que celui décrit par l'acte d'accusation et la plupart des ajouts n'ont pas une portée autonome par rapport aux événements retenus par l'accusation, qu'ils précisent tout au plus, sans constituer des éléments centraux de l'infraction. Ainsi, la circonstance que les amants n'avaient, auparavant, jamais pratiqué de tels rapports n'a-t-elle d'autre sens que de souligner les raisons ayant permis à la cour cantonale, outre les déclarations de la victime, de retenir que ce rapport n'était pas consenti lors même que l'intimée n'avait pas verbalisé son refus. L'évocation de pleurs permet, quant à elle, de comprendre la nature des cris de l'intimée, quand celle-ci avait indiqué que le recourant avait pu se méprendre à ce sujet. En définitive, le seul point sur lequel la cour cantonale a complété l'état de fait plus spécifiquement en relation avec un élément constitutif de l'infraction résulte de la précision que le poids du recourant avait annihilé la capacité de résistance de l'intimée à l'acte qu'elle ne désirait pas. Mais, dès lors que la surprise constituait déjà une cause de l'incapacité de résistance suffisante pour permettre au recourant de poursuivre son comportement sexuel à un stade excédant la tolérance de sa partenaire, l'élément complémentaire ainsi ajouté n'a d'autre portée que d'expliquer comment le recourant, alors que l'infraction avait déjà pu être consommée sous le coup de la surprise, a encore pu mener ses agissements, durant quelques minutes, à leur terme physiologique et jusqu'à blesser l'intimée. Cette adjonction permettait aussi d'exclure que l'on pût déduire de la durée de l'acte que l'intimée avait fini par y consentir, comme le soutenaient le recourant et le ministère public à l'appui de leurs conclusions tendant au rejet de l'appel (jugement entrepris, consid. 3.1 p. 13 et 3.4.2 p. 16).

### **E. 1.6**

Il résulte de ce qui précède que l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation permettait déjà d'envisager l'application de l' art. 191 CP , de sorte que la cour cantonale pouvait, avant d'appliquer cette norme, se limiter à procéder conformément à l' art. 344 al. 1 CPP , ce qu'elle a fait par son avis du 24 octobre 2014. Le grief est infondé.

### **E. 2**

Dans le recours en matière pénale, les constatations de fait de la décision entreprise lient le Tribunal fédéral ( art. 105 al. 1 LTF ), sous les réserves découlant des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, à savoir pour l'essentiel de l'arbitraire ( art. 9 Cst. ; voir sur cette notion : ATF 140 III 16 consid. 2.1 p. 18 s. et 138 III 378 consid. 6.1 p. 379 s.). La recevabilité d'un tel grief, ainsi que de ceux déduits du droit constitutionnel et conventionnel, suppose l'articulation de critiques circonstanciées ( ATF 136 II 101 consid. 3 p. 105), claires et précises, répondant

aux exigences de motivation accrues déduites de l' art. 106 al. 2 LTF ( ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287). Les critiques appellatoires sont, en particulier, irrecevables (cf. ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266). Pour qu'il y ait arbitraire, il ne suffit pas que la décision attaquée apparaisse discutable ou même critiquable, il faut qu'elle soit manifestement insoutenable et cela non seulement dans sa motivation, mais aussi dans son résultat ( ATF 140 III 16 consid. 2.1 p. 18 s.).

### **E. 2.1**

Le recourant conteste avoir " profité " de la posture de sa compagne, que l'incapacité de résister de cette dernière ait pu résulter du fait qu'elle était couchée sous son poids à lui, que son acte puisse être qualifié d' "assaut " et que l'intimée ait pleuré. Selon lui, il serait impossible d'imposer, par surprise, à une femme couchée sur le ventre, sous le poids d'un homme, l'acte qui lui a été reproché, sans qu'elle y participât un tant soit peu, respectivement sans qu'elle comprenne ce qui se passe et soit en mesure de manifester son désaccord. L'intimée n'aurait pas été couchée mais agenouillée, elle n'aurait mentionné que de cris, à l'exclusion de pleurs, lors de son audition en première instance. La cour cantonale n'aurait pas fait état du comportement de l'intimée après les faits (être sortie après s'être rhabillée au milieu de la nuit), qui ne plaiderait pas en faveur de violences sexuelles. Le recourant souligne aussi la forte subjectivité des déclarations de la Dresse B. \_\_\_\_\_, dont les relations avec l'intimée excédaient le cadre professionnel, le fait que la plainte n'a été déposée que tardivement et que l'intimée est demeurée sous le même toit que lui après les faits, lui adressant encore une carte de vœux à la St-Valentin en février 2011.

### **E. 2.2**

Ces développements du recourant procèdent d'une large rediscussion de presque tous les faits déterminants, fondée sur sa propre appréciation des faits et moyens de preuve discutés par la cour cantonale. Elle est, dans cette mesure, largement appellatoire et, partant, irrecevable dans le recours en matière pénale.

On peut se limiter à relever que la cour cantonale n'a pas méconnu les aspects complaisants de la documentation médicale, en particulier pour établir la souffrance de l'intimée dans la perspective de l'indemnisation de son tort moral (jugement entrepris, consid. 9.2 p. 25), pas plus qu'elle n'a méconnu le comportement de l'intimée immédiatement après les faits, jugeant toutefois ces éléments non décisifs pour éclairer l'état d'esprit du recourant au moment d'agir (jugement entrepris, consid. 3.4.3 p. 17). La cour cantonale a aussi relevé, pour souligner la crédibilité des explications de l'intimée, les saignements que celle-ci avait subis plusieurs jours durant et les sentiments de honte, d'humiliation, d'être traumatisée, exprimés face à ses thérapeutes, ainsi que le fait qu'elle souffrait d'hémorroïdes la rendant plus sensible à la douleur dans ce contexte. Elle n'avait, de surcroît, pas caché n'avoir pas verbalisé son refus (jugement entrepris, consid. 3.4.2 p. 16). S'agissant plus précisément des faits constitutifs de l'infraction réprimée par l' art. 191 CP , la cour cantonale s'est certes référée aux déclarations de la Dresse B. \_\_\_\_\_ pour constater le refus de l'intimée de pratiques sexuelles non conventionnelles et son extrême pudeur, mis en relation avec des abus sexuels subis durant l'enfance. Les explications de ce médecin sont cependant étayées par celle du psychiatre de l'intimée et de son ancien conjoint, de sorte que rien n'indique que, sur ce point précis, la subjectivité du témoin, respectivement ses rapports avec l'intimée, aient pu influencer le jugement de la cour cantonale. Loin de dénoter une excessive subjectivité de cette dernière, le terme d' "assaut " , pour imagé qu'il soit, sans être

totallement inusuel dans ce contexte, restitue tout à la fois, de manière synthétique, le caractère irruptif, soudain, brutal et violent d'un acte dont les seules conséquences sur la victime justifient déjà amplement la métaphore. Les pleurs de l'intimée résultent de ses propres explications (dénonciation du 12 septembre 2011, dossier cantonal, pièce n° 5; p.-v. aud. du 2 novembre 2011, p. 2), confirmées en appel et jugées crédibles et convaincantes par la cour cantonale (jugement entrepris, p. 4 et consid. 3.4.2 p. 16). Si elle a indiqué, en première instance, " j'ai juste crié ", cette affirmation, qui se poursuit par " et attendu qu'il ait fini " (jugement de première instance, p. 15) traduit plus certainement la résignation de la victime qu'une intention de revenir sur ses précédentes explications. En ce qui concerne la position de l'intimée au moment des faits, les déclarations de celle-ci en justice, considérées comme crédibles, n'ont pas varié sur ce point spécifique. La seule référence à une position un peu différente, agenouillée, dont fait état la Dresse B. \_\_\_\_\_ dans un rapport du 19 mai 2013 (dossier cantonal, pièce 4) ne paraît pas avoir été confirmée en audition dans la suite. Ces propos rapportés par écrit par un tiers ne suffisent manifestement pas à rendre la version du recourant plus crédible que celle de l'intimée, moins encore à démontrer qu'il serait insoutenable de retenir les faits comme cette dernière les a relatés. Ces griefs doivent être rejetés dans la mesure où ils sont recevables.

### **E. 3**

Le recourant soutient encore que la cour cantonale aurait violé le droit fédéral en appliquant l' art. 191 CP en l'espèce. Il conteste que l'intimée fût totalement incapable de résistance, qu'il ait, de son côté, mis à profit l'état d'impuissance de la victime et qu'il ait eu l'intention de commettre un acte d'ordre sexuel au sens de l' art. 191 CP , soit avoir su que sa compagne ne voulait pas de l'acte en question.

#### **E. 3.1**

Sur le premier point, le recourant se fonde sur un état de fait différent de celui constaté souverainement par la cour cantonale. Il suffit de renvoyer à ce qui a été exposé ci-dessus, en relation, d'une part, avec la conception jurisprudentielle de l'incapacité de résistance résultant de la surprise (v. supra consid. 1.3) et, d'autre part, quant à la constatation des faits (v. supra consid. 2). En tant que le recourant paraît, sur le second point, persister à soutenir que l'acte aurait été accepté, il s'écarte, de la même manière, indûment, de l'état de fait de la décision cantonale, qui ne retient rien de tel.

#### **E. 3.2**

Sur le dernier point, le recourant relève que l'autorité de première instance a retenu qu'il ne savait pas que sa compagne ne voulait pas de la pratique sexuelle en cause et qu'elle n'avait pas manifesté sur le moment, par le verbe, par le geste ou par des pleurs, ce refus.

Comme cela a déjà été exposé (v. supra consid. 1.1), la cour cantonale disposait d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit sur les points attaqués du jugement de première instance (art. 398 al. 3, 404 al. 1 et 408 CPP), de sorte qu'elle n'était pas liée par l'appréciation portée par l'autorité de première instance. La cour cantonale a exposé en détail les motifs pour lesquels elle a retenu que l'intimée ne voulait pas de l'acte en question, que les intéressés n'avaient jamais pratiqué. Elle a, de même, relevé qu'en raison de la durée de leur relation, le recourant connaissait les habitudes sexuelles de sa partenaire et ne pouvait ignorer la pudeur et la vision de la sexualité de celle-ci, qui contrastaient avec le propre appétit sexuel et le goût pour la pornographie du recourant. Les informations dont disposait ainsi ce dernier, dont le fait que l'intimée s'était déjà refusée à lui malgré son

insistance, aboutissaient à la certitude qu'elle refuserait cet acte-là, cependant que le fait qu'il avait choisi de ne pas lui parler préalablement de ses intentions tendait à confirmer et démontrait qu'il était disposé à passer outre son refus. Le recourant ne pouvait ignorer non plus qu'en lui demandant de se coucher sur le ventre elle ne serait pas en mesure de résister à son assaut une fois qu'il serait allongé sur elle. Il s'en était néanmoins accommodé et, pour assouvir son désir égoïste, avait profité de la posture dans laquelle elle s'offrait à lui en toute confiance, ce que confirmait encore la façon brutale dont il avait procédé, sans préavis ni ménagement, et son indifférence aux cris de l'intimée (jugement entrepris, consid. 3.4.3 p. 17).

Ces considérations que le recourant ne discute pas sérieusement au-delà des points déjà examinés ci-dessus (v. supra consid. 2) permettaient, sans violation du droit fédéral, de tenir pour réalisé, au stade du dol éventuel (sur cette notion, v. notamment: ATF 134 IV 26 consid. 3.2.2 et 3.2.4, p. 28 s.; 133 IV 9 consid. 4.1 p. 16 s.; 131 IV 1 consid. 2.2 p. 4 s.), l'élément subjectif de l' art. 191 CP . Le grief est rejeté dans la mesure où il est recevable.

### **E. 3.3**

Ce qui précède rend sans objet la conclusion du recourant tendant à l'allocation d'une indemnité en application de l' art. 429 al. 1 let. a CPP .

Pour le surplus, le recourant ne discute pas la peine qui lui a été infligée. On peut se limiter à renvoyer aux considérants de la cour cantonale, qui a relevé, en particulier, le caractère traître, brutal, humiliant, lésionnel et traumatisant de l'acte, ainsi que le concours ( art. 49 al. 1 CP ) avec des menaces ( art. 180 CP ), sans ignorer pourtant la bonne réputation du recourant, son caractère travailleur et l'aide financière apportée à l'intimée. La cour cantonale a, tout au plus, retenu à décharge l'absence d'antécédents du recourant, sans exposer en quoi la prise en considération de ce facteur -en principe neutre dans ce contexte ( ATF 136 IV 1 consid. 2.6 p. 2) - s'imposait en l'espèce. Il n'y a, toutefois, pas lieu d'examiner plus avant ce point, en raison de l'interdiction de la *reformatio in pejus* ( art. 107 al. 1 LTF ).

### **E. 4**

Le recourant succombe. Il supporte les frais de la procédure (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens, les intimés n'ayant pas été amenés à procéder ( art. 68 al. 1 LTF ). La requête d'effet suspensif est sans objet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.