

# BGer 6B 862/2015 vom 7. November 2016

Bundesgericht, 2016-11-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_862\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_862_2015)

FR: TF 6B 862/2015 du 7 novembre 2016

IT: TF 6B 862/2015 del 7 novembre 2016

## Regeste

Assassinat, viol, arbitraire, fixation de la peine, peine privative de liberté à vie | Infractions

## Erwägungen

### E. 1

Les deux recours visent la même décision. Ils ont trait au même complexe de faits et posent des questions connexes sur le plan juridique, l'un concluant à l'aggravation et l'autre à l'atténuation de la peine prononcée par la cour cantonale. Il y a lieu de joindre les causes et de les traiter en un seul arrêt ( art. 24 al. 2 PCF et 71 LTF).

### E. 2

Le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de la décision entreprise ( art. 105 al. 1 LTF ), à moins qu'elles n'aient été établies en violation du droit ou de manière manifestement inexacte au sens des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de façon arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. Ce grief se confond, par ailleurs, avec celui de violation de la présomption d'innocence en tant que ce dernier porte sur l'appréciation des preuves ( ATF 127 I 38 consid. 2a p. 41; 120 Ia 31 consid. 2c p. 37). Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire ( ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1 p. 253).

### E. 3

A.\_\_\_\_\_ reproche à la cour cantonale de n'avoir pas intégré formellement dans l'état de fait de sa décision que, peu de temps avant les faits, les docteurs P.\_\_\_\_\_ et Q.\_\_\_\_\_ auraient posé le diagnostic d'un épisode dépressif sévère sans symptômes psychotiques ainsi que d'une dépendance à l'alcool, utilisation continue (courrier du 9 avril 2010). Selon lui, cet élément factuel serait susceptible d'influencer le sort de la cause en conduisant à retenir une diminution plus importante de sa responsabilité pénale. Au titre d'une violation de l' art. 50 CP , il reproche à la cour cantonale de ne s'être pas prononcée sur la gravité de l'épisode dépressif dont il souffrait quelques jours avant les faits. On ne comprendrait pas comment la cour cantonale serait parvenue à la conclusion que sa responsabilité pénale était " légèrement à très légèrement restreinte " ni, cas échéant, les raisons pour lesquelles elle aurait écarté le diagnostic posé par les docteurs P.\_\_\_\_\_ et Q.\_\_\_\_\_. Le recourant souligne dans ce contexte, que, selon l'expert judiciaire R.\_\_\_\_\_ "la sévérité de l'épisode dépressif apparai[ssai]t difficile à apprécier rétrospectivement ". Rejetant la réquisition du recourant tendant à l'audition des docteurs P.\_\_\_\_\_ et Q.\_\_\_\_\_, la cour cantonale a mentionné tant le diagnostic figurant dans le courrier du 9 avril 2010 émanant de ces praticiens que le fait que les consultations en cause avaient eu lieu les 3, 10 et 17 mars 2010. Elle a aussi relevé que le recourant avait alors été reçu en consultation par le docteur S.\_\_\_\_\_ et que les docteurs P.\_\_\_\_\_ et Q.\_\_\_\_\_, ne l'avaient pas examiné

personnellement. Enfin, il ressort sans ambiguïté des considérants de la cour cantonale que les deux experts judiciaires ont discuté ce diagnostic, soit notamment la gravité de l'état dans lequel le recourant se trouvait au moment des faits, et qu'ils ont, tous deux, exclu un épisode dépressif " sévère ", compte tenu, pour le docteur T. \_\_\_\_\_, du fait que le recourant " continuait d'agir " et, pour le docteur R. \_\_\_\_\_, eu égard à l'absence de " repli social " et à la posologie prescrite au recourant (jugement sur appel, consid. 2d p. 7 et 6f p. 25 ss). Tous les éléments dont le recourant critique l'absence sont ainsi dûment mentionnés dans la décision querellée. Il en ressort également, de manière claire, que les deux experts judiciaires ont écarté l'appréciation, figurant dans le courrier du 9 avril 2010, d'un état dépressif " sévère " et les raisons pour lesquelles ils n'ont, tous les deux, pas retenu un tel diagnostic. On comprend ainsi aisément que la cour cantonale a jugé que le courrier du 9 avril 2010 invoqué par le recourant, qui a été discuté par les experts, n'était pas propre à mettre en doute, sur le point litigieux, l'opinion et les conclusions concordantes des spécialistes mandatés par l'autorité (cf. ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 s.; 125 V 351 consid. 3b et 3c p. 352 ss). Ces griefs sont infondés.

#### **E. 4**

Au titre de la violation des art. 10 CPP (présomption d'innocence) et 9 Cst. (prohibition de l'arbitraire), A. \_\_\_\_\_ reproche à la cour cantonale d'avoir retenu qu'il avait contraint son épouse à l'acte sexuel alors qu'un doute s'imposerait sur ce point. Il relève que la cour cantonale se serait exclusivement fondée sur des témoignages indirects, soit des oui-dire. Une telle manière de procéder ne serait pas conforme aux réquisits d'un procès équitable ( art. 6 CEDH ). Les trois témoignages indirects ne seraient corroborés par aucun autre moyen de preuve, ce qui aurait dû conduire la cour cantonale à concevoir un doute sur la réalité des faits constitutifs du viol. Le recourant invoque, sur ce point un avis de doctrine selon lequel, pour la Cour européenne des droits de l'homme, les témoignages indirects ne seraient compatibles avec le principe d'un procès équitable que pour autant qu'ils soient corroborés par d'autres moyens de preuve et que la personne impliquée ait pu les contester ou produire des moyens de preuve à décharge (NATHALIE DONGOIS, L'erreur judiciaire en matière pénale: Regards croisés sur ses contours et ses causes potentielles, in *Quid iuris* n° 13, 2014, p. 101 s. et la référence à la décision Comm. EDH, X c. Autriche du 1er juin 1972).

#### **E. 4.1**

La cour cantonale a retenu que, dans la période qui avait précédé le 14 janvier 2010, soit peu avant que feu B. \_\_\_\_\_ ne sollicite la reprise de la procédure matrimoniale, le recourant l'avait, à une reprise, forcée à entretenir une relation sexuelle non consentie. L. \_\_\_\_\_, soeur et confidente de la victime, avait en effet exposé: " Je suis en mesure de vous expliquer un détail qui l'avait décidée à le quitter définitivement. A. \_\_\_\_\_ forçait régulièrement B. \_\_\_\_\_ à entretenir des relations sexuelles avec lui, et ce au milieu de la nuit. Juste avant qu'elle prenne la décision de se séparer, et c'était la raison principale de sa démarche, il avait abusé d'elle. Elle s'était réfugiée dans la chambre des filles et il l'avait rejointe. A cet endroit, après lui avoir mordu fortement un sein, il a uriné sur elle ". L. \_\_\_\_\_ a confirmé ces déclarations devant le magistrat instructeur, précisant que la victime ne lui avait confié un tel acte qu'à une seule reprise car normalement elle ne lui racontait pas ce genre de choses. U. \_\_\_\_\_ avait expliqué que la victime lui avait dit qu'elle subissait chaque contact sexuel comme un viol, ajoutant qu'elle se sentait obligée d'accepter. Elle a précisé: " Une fois, elle m'a dit qu'il avait uriné sur elle. Elle avait été

choquée. [...] Une fois, elle m'a dit qu'elle avait eu très mal lors d'un rapport sexuel. Vous me demandez s'il s'agissait de morsures, je n'en suis pas très sûre, mais c'est possible. Elle ne me l'a pas dit sous cette forme. " Faisant sienne l'appréciation de l'autorité de première instance, la cour cantonale a considéré que ces deux témoins avaient été très modérés dans leurs déclarations et n'avaient pas cherché à charger le prévenu. De son côté, V.\_\_\_\_\_ avait également relevé que la victime lui avait expliqué que son mari la frappait et qu'il la contraignait à entretenir des relations sexuelles qu'elle ne désirait pas. Enfin, le prévenu lui-même, s'il avait contesté avoir forcé son épouse ou uriné sur elle, avait néanmoins reconnu qu'à une reprise, lors de leur dernier rapport sexuel, il lui avait mordu le sein, expliquant qu'il avait voulu le sucer et s'était laissé emporter par son élan. Il avait ajouté qu'elle s'était vivement retirée et qu'ils n'avaient pas eu de véritable relation sexuelle ce jour-là. Il avait ajouté que son épouse lui avait dit " au nom de Dieu, plus jamais tu ne me toucheras ". Devant le Tribunal pénal, il avait expliqué: " dans mes relations intimes avec elle, j'évitais de toucher ses seins pour qu'ils gardent leur forme, qu'ils ne tombent pas. C'est la raison pour laquelle je ne lui touchais pas les seins en général. Ce jour-là, j'ai remarqué qu'ils avaient chuté. Avec l'âge et l'usage les seins tombent. L'idée qui m'a directement traversé la tête était la tromperie. Vu que je touchais jamais ses seins pour préserver leur beauté, j'ai pensé que quelqu'un d'autre en avait profité vu qu'ils tombaient ". La cour cantonale a conclu de ce qui précède qu'il ne faisait aucun doute que le jour en question feu B.\_\_\_\_\_ s'était opposée à entretenir une relation sexuelle avec son mari, ce qui avait amené celui-ci à l'y contraindre. Alors même que la victime était une personne très pudique, qui avait de la peine à se confier, elle avait parlé de cet événement à son entourage et en avait donné une description à la fois explicite, très présente dans son souvenir, et ponctuée de détails qui ne laissaient guère de doutes quant à la réalité des faits. En réaction à ce viol, la victime avait en outre pris la décision définitive de se séparer de son époux et réactivé la procédure matrimoniale dont elle avait pourtant demandé la suspension afin de donner une ultime chance à son couple. Cette situation se distinguait ainsi nettement des autres relations intimes entre les époux pour lesquelles il semblait plausible, particulièrement dans le contexte culturel d'un mariage entre deux personnes d'origine tunisienne, que l'épouse n'ait manifesté qu'une résistance passive face aux assauts de son mari, de sorte que celui-ci n'ait pas eu besoin de la forcer pour entretenir des rapports sexuels (jugement sur appel, consid. 4b p. 17 s.).

#### **E. 4.2**

On parle de témoin par ouï-dire (" vom Hörensagen ") lorsqu'un témoin fait part de ce qu'un tiers lui a relaté de ce qu'il avait lui-même constaté. Il s'agit ainsi d'un témoignage portant sur les perceptions d'autrui relatives à des faits (arrêt 6B\_905/2010 du 16 juin 2011 consid. 2.3.2). En l'absence de norme prohibant expressément une telle démarche, le principe de la libre appréciation des preuves ( art. 10 al. 2 CPP ) permet au juge de se fonder sur les déclarations d'un témoin rapportant les déclarations d'une autre personne (v. p. ex.: arrêt 6B\_193/2010 du 22 avril 2010 consid. 3.1.2). La seule prise en considération, au stade du jugement, de telles déclarations n'est pas en soi arbitraire (arrêt 6B\_834/2013 du 14 juillet 2014 consid. 1.5). Le témoin par ouï-dire n'est toutefois témoin direct que de la communication que lui a faite le tiers; il n'est témoin qu'indirect des faits décrits, dont il ne peut rapporter que ce qui lui en a été dit mais non si cela était vrai (arrêt 6B\_905/2010 du 16 juin 2011 consid. 2.3.2). La jurisprudence en a conclu qu'un tel témoin, faute d'avoir pu constater par lui-même un élément constitutif de l'infraction, ne constitue pas à proprement parler un " témoin à charge " (arrêt 6B\_342/2015 du 15 octobre 2015 consid. 6.3).

#### **E. 4.2.1**

En l'espèce, l'accusation dirigée contre le recourant porte sur un viol, ce qui suppose établi, au plan objectif, d'une part, un acte sexuel et, d'autre part, l'absence de consentement de la femme victime et l'usage de la contrainte physique ou psychique par l'auteur ( art. 190 CP ). Comme cela ressort de l'arrêt entrepris, la cour cantonale a mis en relation les déclarations du recourant relatives à la morsure qu'il a infligée au sein de son épouse avec les faits décrits par L.\_\_\_\_\_, U.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_ tels que ces dernières ont rapporté les avoir appris de B.\_\_\_\_\_. Il s'ensuit que la consommation de l'acte sexuel était déjà contestée par le recourant et que tous les éléments objectifs devaient être établis. Ensuite du décès de B.\_\_\_\_\_, seul le recourant était en mesure de donner des informations, basées sur ce qu'il avait lui-même constaté, sur le déroulement des faits. L.\_\_\_\_\_, U.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_, ne pouvaient, quant à elles, témoigner que de ce que B.\_\_\_\_\_ leur en avait dit. La cour cantonale n'a, par ailleurs, mentionné aucun autre élément de preuve direct établissant la réalité des faits (analyses médico-légales; constat médical de lésions, etc.). La condamnation du recourant ne repose, dès lors, sur aucune preuve directe, immédiatement appréciable, des faits qui ont été retenus à sa charge. Il s'ensuit que les témoignages de L.\_\_\_\_\_, U.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_, en tant que celles-ci rapportent les déclarations de B.\_\_\_\_\_ pourraient, tout au plus, constituer un faisceau d'indices convergents.

#### **E. 4.2.2**

Selon la décision cantonale, V.\_\_\_\_\_ a relevé que B.\_\_\_\_\_ lui avait expliqué que son mari la frappait et qu'il la contraignait à entretenir des relations sexuelles qu'elle ne désirait pas. La cour cantonale s'est référée à la page 21109 du dossier cantonal, soit au procès-verbal d'audition de ce témoin par la police de sûreté. Il ressort toutefois des pièces du dossier qu'entendue postérieurement par le Ministère public ce témoin a précisé en relation avec la question de relations sexuelles contraintes: " Ce n'est pas B.\_\_\_\_\_ qui me l'a dit. B.\_\_\_\_\_ m'a juste dit que A.\_\_\_\_\_ ne la laissait pas dormir quand il avait besoin ou envie d'entretenir des relations sexuelles. Elle ne m'a pas donné de détails ". Elle a ensuite encore précisé: " Elle m'a effectivement dit qu'il l'a frappait mais elle ne l'a pas dit en relation avec les exigences sexuelles de son mari. Pour répondre à votre question, B.\_\_\_\_\_ ne m'a pas dit que son mari l'obligeait à entretenir des relations sexuelles mais comme déjà dit simplement qu'il ne la laissait parfois pas dormir. Sur ces questions intimes, nous n'avons jamais eu de grandes discussions, nous avons seulement échangé quelques mots. B.\_\_\_\_\_ ne voulait pas montrer son côté faible. " A la question " B.\_\_\_\_\_ vous a-t-elle relaté des violences particulières que son époux a exercées sur elle à ces occasions? ", V.\_\_\_\_\_ à répondu " Non, jamais " (dossier cantonal, p. 3079 s.). Il s'ensuit que les déclarations de ce témoin, appréciées dans leur globalité, ne permettent, non seulement, pas d'établir un lien quelconque avec l'épisode précis décrit par le témoin L.\_\_\_\_\_, mais, en relation avec d'éventuelles violences sexuelles, ne font que rapporter des déclarations d'un tiers inconnu. On peut aussi constater que selon ce témoin B.\_\_\_\_\_ avait pris la décision de se séparer définitivement de son mari en raison du manque de soutien apporté par celui-ci lors d'un avortement et non à cause de violences sexuelles (dossier cantonal, p. 3079). En définitive, ce témoignage confirme tout au plus que B.\_\_\_\_\_ paraît s'être plainte que son mari la réveillait pour entretenir des relations sexuelles et infirme, par ailleurs, les déclarations de L.\_\_\_\_\_ selon lesquelles des violences sexuelles auraient justifié la reprise de la procédure matrimoniale par

B.\_\_\_\_\_.

#### **E. 4.2.3**

Entendue par le Ministère public, U.\_\_\_\_\_ a aussi déclaré, contrairement à L.\_\_\_\_\_, que B.\_\_\_\_\_ lui avait dit avoir pris la décision de divorcer parce que le recourant n'avait pas daigné aller la voir à l'hôpital ni lui téléphoner (dossier cantonal, p. 3109). Comme cela ressort de la décision cantonale, ce témoin n'a, par ailleurs, pas mis en relation les deux comportements relatés par L.\_\_\_\_\_ (" Une fois, elle m'a dit qu'il avait uriné sur elle [...] Une fois, elle m'a dit qu'elle avait eu très mal lors d'un rapport sexuel "). En outre, U.\_\_\_\_\_ n'a pu affirmer que B.\_\_\_\_\_ lui avait rapporté une morsure, se bornant à déclarer, de manière évasive malgré le caractère dirigé de la question, à propos d'un rapport sexuel que B.\_\_\_\_\_ lui avait rapporté douloureux: " Vous me demandez s'il s'agissait d'une morsure; je n'en suis pas très sûre, mais c'est possible. Elle ne me l'a pas dit sous cette forme " (dossier cantonal, eodem loco ).

#### **E. 4.2.4**

Il résulte de ce qui précède que les témoignages de V.\_\_\_\_\_ et U.\_\_\_\_\_, ne confirment que très imparfaitement les déclarations de L.\_\_\_\_\_ selon lesquelles B.\_\_\_\_\_ lui aurait raconté un épisode précis, ayant motivé la reprise de la procédure de divorce, au cours duquel le recourant aurait contraint son épouse à un rapport sexuel, lui aurait mordu un sein et aurait uriné sur elle. De surcroît, la cour cantonale paraît avoir ignoré, dans son appréciation, que L.\_\_\_\_\_, soeur de B.\_\_\_\_\_, était elle-même partie plaignante, ce qui aurait dû conduire la cour cantonale à apprécier ses déclarations avec une retenue supplémentaire, qui ne transparaît pas dans les considérants du jugement entrepris. En définitive, la condamnation du recourant pour viol, en relation avec l'épisode décrit par L.\_\_\_\_\_, repose essentiellement sur le témoignage, par ouï-dire, de cette dernière, elle-même partie plaignante, et ces déclarations ne sont que très partiellement étayées par les deux autres témoignages, ne rapportant, de même, qu'un récit reçu de B.\_\_\_\_\_, respectivement, pour V.\_\_\_\_\_, d'un tiers inconnu. Compte tenu de la faible valeur probante intrinsèque de telles preuves, du fait que celles administrées en l'espèce ne concordent que partiellement quant au contenu de ce qu'aurait déclaré B.\_\_\_\_\_ et en l'absence de toute autre preuve directe des éléments constitutifs d'un viol, la cour cantonale, dont les considérants ne précisent pas non plus quel moyen de contrainte aurait été utilisé, n'a pu renverser la présomption d'innocence qu'à l'issue d'une appréciation arbitraire des preuves, ce qui conduit à l'admission du grief.

#### **E. 4.3**

De surcroît, même à supposer que l'appréciation des preuves opérée par la cour cantonale ne puisse être taxée d'arbitraire (v. supra consid. 4.2.4), la condamnation du recourant pour viol devrait être annulée faute d'avoir été prononcée à l'issue d'un procès respectant les garanties minimales de procédure déduites de l' art. 6 par. 1 et par. 3 let . d CEDH.

#### **E. 4.3.1**

Dans la décision X. c. Autriche du 1er juin 1972, à laquelle se réfère l'auteur cité par le recourant, la Commission européenne des droits de l'homme a rejeté le grief fondé sur le reproche d'avoir été condamné sur la base de témoignages indirects. Elle a relevé, en se référant au principe de libre appréciation des preuves, qu'il ne lui incombait pas de se pencher sur des griefs de fait ou de droit national, autant qu'il n'en résultait pas une possible violation de la Convention. La Commission a ensuite rejeté tant le moyen déduit de la

violation de l'art. 6 par. 1 que celui tiré du non-respect de l' art. 6 par. 3 let . d CEDH. Elle a relevé que la non-comparution des témoins directs des faits n'était pas imputable à une faute de l'Etat intimé. Le fait que les témoins indirects n'avaient pas révélé l'identité de leur source ne suffisait pas à rendre vraisemblable une violation de la Convention dès lors que le requérant savait que ces informations provenaient d'un membre haut placé des services secrets allemands et n'avait pas démontré avoir subi un préjudice de ce fait. Par ailleurs, l'autorité de jugement avait clairement indiqué qu'elle était consciente d'apprécier des témoignages par oui-dire; elle avait opéré une appréciation particulièrement consciencieuse et critique de ces preuves; enfin, rien n'indiquait dans les écritures du requérant qu'il avait été empêché de discuter les dépositions des témoins indirects et de produire ses propres preuves, ce qui permettait d'exclure l'apparence d'une violation des droits et libertés du recourant garantis par la Convention.

#### **E. 4.3.2**

Plus récemment, la CourEDH a abordé ces questions, dans le contexte de procédures anglo-saxonnes, en relation avec l'appréciation de déclarations faites par un témoin durant la procédure préliminaire lorsque, le témoin n'ayant pu être cité à comparaître à l'audience de jugement, seule la retranscription de ses auditions antérieures avait pu être lue en audience (arrêt CEDH Al-Kawaja et Tahery c. Royaume-uni [requêtes nos 26722/05 et 22228/06] du 15 décembre 2011). La CourEDH a ensuite transposé, en les précisant, les mêmes principes dans le cadre d'une affaire concernant une procédure pénale continentale (arrêt CEDH Schatschaschwili c. Allemagne [requête no 9154/10] du 15 décembre 2015). En bref, elle a jugé que l'utilisation de telles dépositions n'est admissible au regard de la Convention que moyennant des garanties supplémentaires rétablissant l'équilibre du procès. La question doit être examinée dans une appréciation globale de l'équité de la procédure, prenant en compte non seulement les droits de la défense mais aussi les intérêts du public et des victimes à ce que l'auteur de l'infraction soit poursuivi. Si l' art. 6 par. 3 let . d CEDH exige, en principe, que tous les éléments à charge soient produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire, cette norme n'exclut pas, à elle seule, l'utilisation de dépositions recueillies au cours de l'enquête ou de l'instruction. Les droits de la défense commandent toutefois de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages et d'interroger leur auteur. En soi, l'admission à titre de preuve d'une déposition faite avant procès par un témoin absent à celui-ci et constituant l'élément à charge unique ou déterminant n'emporte pas automatiquement violation de l' art. 6 par. 1 CEDH mais, eu égard au risque inhérent à de telles dépositions, l'admission d'une preuve de ce type est un facteur très important à prendre en compte dans l'appréciation globale de l'équité de la procédure. Il convient donc d'adopter une démarche en trois étapes. La première consiste à rechercher s'il existait un motif sérieux justifiant la non-comparution. On doit ensuite se demander si cette déposition a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation. Enfin, il faut examiner s'il existait des éléments compensateurs, notamment des garanties procédurales solides, suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense et assurer, de cette manière, l'équité de la procédure dans son ensemble (arrêt Schatschaschwili c. Allemagne, précité, § 100 ss). En l'espèce, la cause présente, par rapport à ces derniers cas examinés par la CourEDH, une particularité supplémentaire. Les seules personnes présentes au moment des faits étaient le recourant et son épouse. Cette dernière, en raison de son décès, n'a jamais pu être entendue, fût-ce par la police, sur l'accusation de viol et ses déclarations à ce sujet n'ont pu faire l'objet que d'une reconstitution au travers des explications des trois témoins indirects, dont les

auditions en cours d'enquête et d'instruction ont constitué l'unique matière probatoire fondant la condamnation. En d'autres termes, les déclarations du seul témoin direct à charge n'ont jamais pu être recueillies dans le cadre d'une procédure officielle permettant d'attester, tout au moins, le contenu et la manière dont les accusations auraient été portées et de les compléter par des questions. Dans une telle situation, l'utilisation au stade du jugement, comme unique preuve de l'infraction, de déclarations à charge, recueillies au travers de témoignages indirects, aurait supposé, tout au moins, que les garanties accrues exigées par la jurisprudence européenne précitée soient particulièrement solides, faute de quoi la personne accusée sur une telle base se trouverait encore nettement défavorisée par rapport à celle accusée sur la base d'auditions dûment verbalisées en cours d'enquête.

#### **E. 4.3.3**

La CourEDH considère comme éléments susceptibles de rétablir l'équilibre du procès en permettant une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de pareilles preuves, notamment, le fait que les juridictions internes se sont penchées avec prudence sur les déclarations non vérifiées d'un témoin absent, qu'elles aient montré avoir été conscientes de la valeur réduite de ces déclarations, soit qu'elles aient exposé en détail pourquoi elles considéraient que ces déclarations étaient fiables, tout en tenant compte des autres éléments de preuve disponibles. Cas échéant il faut se demander si des instructions ont été données au jury, soit aux membres non professionnels de la cour, quant à la façon d'aborder la déposition d'un témoin absent. Une autre compensation peut résider dans la diffusion en audience d'un enregistrement vidéo de l'interrogatoire au stade de l'enquête. La production au procès d'éléments de preuve venant corroborer la déposition non vérifiée constitue une autre garantie de grand poids, à l'instar de déclarations faites au procès par des personnes auxquelles le témoin absent a rapporté les événements immédiatement après leur survenue, la collecte d'autres preuves, notamment médico-légales ou des expertises relatives aux blessures ou à la crédibilité de la victime. La CourEDH considère aussi comme des facteurs importants la déposition d'un autre témoin rapportant, avec de grandes similitudes, une infraction similaire, pour autant qu'il n'y ait pas collusion et de surcroît si ce témoin a pu être entendu en audience et faire l'objet d'un contre-interrogatoire. De même, la possibilité de poser des questions par écrit au témoin absent et le fait d'avoir donné à l'accusé ou à son avocat la possibilité d'interroger le témoin au stade de l'enquête peuvent compenser le déséquilibre procédural. La défense doit se voir en outre offrir la possibilité de donner sa propre version des faits et de mettre en doute la crédibilité du témoin absent en soulignant toute incohérence ou contradiction avec les déclarations d'autres témoins. Le fait que la défense connaît l'identité du témoin constitue un élément supplémentaire susceptible d'améliorer la situation de la défense en la mettant en mesure d'identifier et d'analyser les motifs que le témoin peut avoir de mentir, et donc de contester la crédibilité de manière effective, même en son absence (arrêt CEDH Schatschaschwili, précité, § 125 ss).

#### **E. 4.3.4**

En l'espèce, on recherche en vain dans les développements de la cour cantonale toute considération quant à l'appréciation de la valeur probante de témoignages par oui-dire. Il ne ressort pas clairement de la décision cantonale que l'autorité précédente aurait manifesté une prudence particulière dans l'appréciation des déclarations des témoins indirects, qu'elle semble avoir traités comme des témoins ordinaires. Bien au contraire, comme on l'a vu ci-dessus, la cour cantonale, au cours d'une discussion relativement brève et sur la base d'extraits des déclarations des témoins indirects, n'a pas recherché, au travers des diverses

auditions successives d'un même témoin dont elle disposait, quelle avait pu être l'évolution des déclarations protocolées. En se concentrant sur quelques éléments concordants, la cour cantonale n'a guère discuté non plus les différences essentielles existant entre les explications des trois témoins indirects (v. supra consid. 4.2.2 ss). Sachant, par ailleurs, que le seul témoin direct ne pourrait plus être entendu, aucune mesure particulière n'a été prise, déjà au stade de l'instruction, pour permettre une appréciation plus fouillée des déclarations des témoins par oui-dire au stade du jugement. De surcroît, L.\_\_\_\_\_ a indiqué, lors de son audition par le Ministère public (dossier cantonal, p. 3069) : " L'acte que j'ai raconté aux policiers, c'est B.\_\_\_\_\_ qui me l'a raconté. C'était environ trois semaines avant la mort de B.\_\_\_\_\_ ". Or, si cet acte a justifié, selon ce témoin, la reprise de la procédure matrimoniale, il est nécessairement antérieur au mois de janvier 2010 (arrêt entrepris, consid. 3c p. 10) et n'aurait été rapporté au témoin qu'à mi-mars (trois semaines avant le décès de B.\_\_\_\_\_), soit plus de deux mois après les faits (et non immédiatement; v. supra consid. 4.3.3). Dans ces conditions, même si le recourant a été en mesure d'interroger les témoins indirects, de donner sa propre version des faits et de mettre en doute les déclarations rapportées de son épouse, eu égard au fait que les trois témoignages indirects ont constitué l'unique preuve fondant la condamnation pour viol, la procédure suivie par les autorités cantonales, appréciée globalement, n'offrait pas des compensations suffisantes pour rétablir l'équilibre d'un procès équitable.

#### **E. 4.3.5**

Il résulte de ce qui précède que la décision entreprise doit être annulée en tant qu'elle condamne le recourant pour viol et la cause renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision sur ce point.

#### **E. 5**

Le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir violé le droit fédéral dans l'application de l' art. 47 CP . Dans un premier moyen, il soutient que l'intensité de son trouble dépressif au moment des faits aurait été insuffisamment prise en compte. On renvoie, sur ce point à ce qui a été exposé ci-dessus (supra consid. 3.).

#### **E. 6**

Le recourant reproche ensuite à la cour cantonale d'avoir mésusé de son pouvoir d'appréciation en retenant son comportement après les faits comme élément aggravant sa culpabilité. Il objecte n'avoir agi, à ce moment-là, qu'afin de limiter le traumatisme de ses enfants et souligne aussi n'avoir rien entrepris pour détruire d'éventuels moyens de preuve ou compliquer l'enquête.

#### **E. 6.1**

Le recourant ne critique pas, sur le principe, le fait que la cour cantonale a tenu compte, au stade de la fixation de la peine, des éléments lui ayant permis de qualifier l'homicide d'assassinat. Il suffit, sur ce point, de rappeler que la mesure dans laquelle une circonstance aggravante d'une infraction est réalisée est également pertinente au stade de la fixation de la peine, sans tomber sous le coup de l'interdiction de la double prise en considération (v. ATF 120 IV 67 consid. 2b p. 71 s.; 118 IV 342 consid. 2b p. 347 s.). Or, en l'espèce, la cour cantonale a souligné qu'en ce qui concernait l'assassinat, le recourant réalisait toutes les hypothèses mentionnées à l' art. 112 CP avec une intensité particulièrement marquée (arrêt entrepris, consid. 6e p. 23 s.). La prise en considération de ces circonstances au stade de la fixation de la peine n'est donc pas critiquable dans son principe.

## **E. 6.2**

En ce qui concerne plus particulièrement le comportement du recourant après les faits, la cour cantonale n'a pas ignoré son opinion selon laquelle il aurait voulu préserver ses enfants d'un traumatisme. Elle a toutefois opposé à cette justification que le recourant n'avait, au moment des faits, pas hésité à priver ses filles de leur mère, de la pire des manières (arrêt entrepris, consid. 6e p. 24). On comprend ainsi qu'aux yeux de la cour cantonale, au moment d'agir, le recourant avait manifestement fait primer son propre dessein homicide sur l'intérêt de ses enfants, si bien qu'il n'était pas manifeste que l'intérêt de ceux-ci ait réellement pu apparaître prépondérant dans les heures qui ont suivi. Par ailleurs, le comportement du recourant envers ses enfants dans les heures qui ont suivi l'homicide ne peut être apprécié de manière isolée mais doit l'être en relation avec son comportement général, dénotant, jusqu'à un certain point, la volonté de faire comme si rien ne s'était passé. Ainsi, le recourant ne s'est-il pas contenté de tranquilliser ses deux filles et de s'organiser afin qu'elles ne manquent de rien. Il a, parallèlement, fourni à des tiers des informations fausses pouvant justifier l'absence de son épouse et, tout au moins momentanément, qui lui ont permis de ne pas éveiller de soupçon quant à ce qui s'était réellement produit. On notera également que le recourant est allé boire un café chez des connaissances, comme si de rien n'était et que ce n'est, en définitive, que poussé par E. \_\_\_\_\_ qu'il s'est livré à la police. Dans ces conditions, l'appréciation opérée par la cour cantonale n'est pas critiquable.

## **E. 7**

Le Ministère public du canton de Fribourg reproche à la cour cantonale d'avoir, à tort, retenu que la légère diminution de responsabilité du recourant s'opposait au prononcé d'une peine privative de liberté à vie. A. \_\_\_\_\_ oppose à cette argumentation que la cour cantonale n'aurait pas abusé de son pouvoir d'appréciation en arrêtant à 20 années la durée de la privation de liberté, compte tenu de la diminution de responsabilité pénale retenue.

### **E. 7.1**

Aux termes de ses considérants, la cour cantonale a jugé qu'à dires d'experts, le recourant présentait, au moment des faits, une responsabilité pénale légèrement à très légèrement restreinte. Une telle diminution de responsabilité devait entraîner une " réduction de la peine " et, dans le cas d'une peine privative de liberté à vie, cela signifiait qu'il fallait, en principe, changer de genre de sanction pour prononcer une peine privative de liberté de durée déterminée. La cour cantonale a ajouté qu'il ne serait possible de renoncer à cette démarche qu'en présence d'un élément aggravant autre que la faute de l'auteur et les circonstances de l'acte, comme par exemple de lourds antécédents, qui viendraient contrebalancer la réduction de peine découlant de la diminution de responsabilité. Constatant, ensuite, qu'aucun élément de ce genre ne figurait au dossier, la cour cantonale a jugé que, compte tenu de tous les éléments relatifs à la faute et aux circonstances de l'acte, une peine de 20 ans de privation de liberté s'imposait.

### **E. 7.2**

Comme le relève à juste titre le Ministère public recourant, cette approche n'est, quoi qu'en dise la cour cantonale, pas conforme à la jurisprudence. Depuis l'arrêt publié aux ATF 136 IV 55 consid. 5.5 p. 59, que la cour cantonale a pourtant dûment cité dans son arrêt, la responsabilité restreinte de l'auteur conduit à une atténuation de sa culpabilité et non directement de sa peine, l'atténuation de la culpabilité pouvant, par ailleurs, être compensée, par d'autres éléments comme de mauvais antécédents (cf. ATF 127 IV 101 consid. 2b p. 103

s.). Dès lors, même en cas de responsabilité restreinte au sens de l' art. 19 al. 2 CP , une peine privative de liberté à vie ne sera pas forcément exclue si la faute du condamné, une fois la responsabilité restreinte ainsi que toutes les circonstances pertinentes prises en compte, demeure si grave qu'elle justifie une telle sanction (arrêt 6B\_284/2012 du 29 octobre 2012 consid. 4.3). On ne comprend pas non plus pourquoi seul " un élément aggravant autre que la faute de l'auteur et les circonstances de l'acte " serait susceptible de contrebalancer une légère à très légère diminution de responsabilité. Il s'ensuit que pour des motifs non pertinents, la cour cantonale n'a pas pris en compte l'intégralité de l'échelle des peines entrant en considération, pour un assassinat, ce qui constitue une violation du droit fédéral. Une privation de liberté à vie n'étant, a priori, pas exclue en l'espèce, dès lors que la cour cantonale a souligné la gravité particulière de la culpabilité du recourant et que la responsabilité de celui-ci n'est que légèrement à très légèrement diminuée, le jugement sur appel doit être annulé et la cause renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle rende une nouvelle décision sur ce point. Cela étant, il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant les développements du condamné tendant à démontrer que la cour cantonale n'aurait pas fait un usage critiquable de son pouvoir d'appréciation même en tenant compte de tous les éléments pertinents.

## **E. 8**

A.\_\_\_\_\_ obtient partiellement gain de cause dans son propre recours. Il peut prétendre des dépens réduits ( art. 68 al. 1 LTF ). Ses conclusions, bien que rejetées, n'apparaissant pas dépourvues de chances de succès pour le surplus, et sa situation financière en justifiant l'octroi ( art. 64 al. 1 LTF ), l'assistance judiciaire doit être accordée dans la mesure où l'allocation des dépens ne rend pas cette requête sans objet ( art. 64 al. 2 LTF ). A.\_\_\_\_\_ succombe s'agissant du recours du Ministère public. Ses conclusions en tant qu'intimé n'étaient, pour autant, pas dépourvues de chances de succès. La requête tendant à l'octroi de l'assistance judiciaire pour procéder sur le recours du Ministère public doit être admise également. L'assistance d'un second conseil n'apparaissant, en revanche, nécessaire ni pour recourir ni pour déposer une réponse au bref recours du Ministère public, l'indemnité sera fixée comme si un seul conseil avait procédé. Le recourant supporte une part des frais judiciaires afférents à son propre recours, qui seront fixés en tenant compte de sa situation économique, qui n'apparaît pas favorable en raison de sa détention (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF).

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