

# FR\_GERICHTE 501 2022 92 vom 10. März 2023

FR Kantonsgericht, 2023-03-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_501\\_2022\\_92](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_501_2022_92)

FR: FR\_GERICHTE 501 2022 92 du 10 mars 2023

IT: FR\_GERICHTE 501 2022 92 del 10 marzo 2023

## Regeste

Arrêt de la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal | Strafrecht

## Erwägungen

### E. 2

ans et au paiement d'une amende de CHF 200.-, peine complémentaire à celle rendue le 19 mai 2021 par le Ministère public du canton du Tessin. Il n'a pas révoqué le sursis accordé le 6 février 2019 par le Ministère public du canton de Fribourg. Il a renvoyé A. \_\_\_\_\_ à agir par la voie civile. Il a levé le séquestre sur le téléphone Samsung cassé et la carte SD. Il a mis les frais de procédure à la charge du prévenu à raison d'un dixième et a fixé les indemnités des défenseurs d'office. Après avoir analysé les principaux éléments qui figurent au dossier, le Tribunal pénal est arrivé à la conclusion que A. \_\_\_\_\_ ne laisse pas transparaître de signes évocateurs d'une incapable de discernement. En effet, sur la base de son physique et de ses troubles du langage, éléments auxquels le prévenu a été confronté, le Tribunal pénal n'a pu formellement admettre que le prévenu se soit rendu compte de l'incapacité de discernement de A. \_\_\_\_\_ et n'a donc pas pu retenir qu'il en ait abusé (cf. jugement attaqué p. 23 ch. 7). S'agissant de l'infraction de violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vue, le Tribunal pénal a constaté d'une part que la plaignante se montrait sur certains clichés en faisant un grand sourire ou des signes de la main, et n'a donc pas pu retenir que ces images auraient été prises sans son accord. D'autre part, le Tribunal pénal a relevé que la plaignante a elle-même indiqué qu'elle n'avait pas exprimé son refus, de sorte qu'il n'est pas possible de retenir, au-delà de tout doute raisonnable, que A. \_\_\_\_\_ n'était pas consentante et qu'elle aurait refusé de se faire prendre en photo par le prévenu (cf. jugement attaqué p. 24 ch. 8).

Tribunal cantonal TC Page 3 de 14 C. A. \_\_\_\_\_ a déposé, le 14 juin 2022, une déclaration d'appel qu'elle a motivée le 28 février 2023. Elle conclut principalement à ce que le prévenu soit reconnu coupable d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance et de violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues, subsidiairement à ce qu'il soit reconnu coupable de contrainte sexuelle et de violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues. Elle s'en remet à justice sur la quotité de la peine et sur la question de l'expulsion. Elle conclut à l'admission de ses conclusions civiles et à ce que le prévenu soit condamné à lui verser la somme de CHF 7'000.- avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 mars 2019. Le 20 juin 2022, le Ministère public a également déposé une déclaration d'appel qu'il a motivée le 9 février 2022. Il conclut à ce que le prévenu soit reconnu coupable d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance et de violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues, à ce qu'il soit condamné à une peine privative de

liberté de 30 mois dont 10 mois fermes et 18 mois avec sursis pendant 4 ans et à ce qu'il soit expulsé du territoire suisse pour une durée de 10 ans. Le 11 juillet 2022, le prévenu a indiqué qu'il ne présentait aucune demande de non-entrée en matière ni ne déposerait d'appel joint. D. Par ordonnance du 18 août 2022, la Vice-Présidente de la Cour a rejeté, par appréciation anticipée des preuves, les réquisitions de preuve des appelants. Le 9 mars 2023, la partie plaignante a été dispensée de comparaître à sa demande. E. La Cour d'appel pénal a siégé le 10 mars 2023. Ont comparu le prévenu assisté de son défenseur d'office, la représentante du Ministère public ainsi que, au nom de la partie plaignante, son défenseur d'office. Les appelants ont confirmé les conclusions prises dans leurs déclarations d'appel. Le prévenu a été entendu. Après la clôture de la procédure probatoire, les représentants des parties ont plaidé ; Me Simonet a répliqué et Me Brady a dupliqué. Le prévenu a eu la parole pour son dernier mot, prérogative dont il n'a pas fait usage. en droit 1. 1.1. L'appel, déposé en temps utile contre un jugement final rendu par un tribunal de première instance (art. 398 al. 1, 399 al. 1 et 3 CPP), est recevable. Le Ministère public a qualité pour interjeter appel (art. 104 al. 1 let. c, 381 al. 1 et 399 al. 1 et 3 CPP). La partie plaignante a qualité pour interjeter appel (art. 104 al. 1 let. b, 382 al. 1 et 2 et 399 al. 1 et 3 CPP). 1.2. Saisie d'un appel contre un jugement ne portant pas que sur des contraventions, la Cour d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (art. 398 al. 2 CPP): elle revoit la cause librement en fait, en droit et en opportunité (art. 398 al. 3 CPP; TF, arrêt 6B\_319/2015 du 22 décembre 2015 consid. 2.1), sans être liée par les motifs invoqués par les parties ni par leurs conclusions, sauf lorsqu'elle statue sur l'action civile (art. 391 al. 1 CPP). Elle n'examine toutefois que les points attaqués du jugement de première instance, sauf s'il s'agit de prévenir – en faveur du prévenu – des décisions illégales ou inéquitable (art. 404 CPP).

Tribunal cantonal TC Page 4 de 14 Dans la mesure où la culpabilité du prévenu pour incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégal et où sa condamnation à une peine privative de liberté de 20 jours avec sursis pendant 2 ans ainsi qu'au paiement d'une amende de CHF 200.- ne sont pas remises en cause, le jugement attaqué est entré en force (art. 399 al. 4 et 402 a contrario CPP) sur ces points. 1.3. En principe, la procédure est orale (art. 405 CPP), sauf exceptions, non réalisées en l'espèce (art. 406 al. 1 et 2 CPP). La Cour se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (art. 389 al. 1 CPP). Elle peut tout de même répéter l'administration des preuves examinées en première instance si les dispositions en matière de preuves ont été enfreintes, si l'administration des preuves était incomplète ou si les pièces relatives à l'administration des preuves ne semblent pas fiables (art. 389 al. 2 CPP). À l'instar du tribunal de première instance, elle conserve en ces cas la possibilité de faire administrer une nouvelle fois toutes les preuves qui lui sont essentielles pour juger de la culpabilité et de la peine ou qui sont importantes pour forger la conviction intime des membres du tribunal. La Cour d'appel peut également administrer, d'office ou sur requête, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (art. 389 al. 3 CPP). L'immédiateté des preuves ne s'impose ainsi pas en instance d'appel (arrêt TF 6B\_78/2012 consid. 3.1). L'autorité de recours peut notamment refuser des preuves nouvelles, lorsqu'une appréciation anticipée de ces preuves démontre qu'elles ne seront pas de nature à modifier le résultat de celles déjà administrées (ATF 136 I 229 consid. 5.3). 1.4. En l'espèce, la Vice-Présidente de la Cour a rejeté les réquisitions de preuve des appelants qui les ont renouvelées en séance de ce jour. La Cour les a rejetées après délibérations. La plaignante et le Ministère public ont demandé un complément d'expertise du Dr D. \_\_\_\_\_ sur le test QI de A. \_\_\_\_\_ et sur

la perception de l'incapacité de discernement et/ou de résistance de la plaignante. A cet égard, la Cour ne remet pas en cause le test QI effectué par la plaignante le

### **E. 2.1**

Aux termes de l'art. 191 CP, celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle l'acte sexuel, un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Cette disposition protège, indépendamment de leur âge et de leur sexe, les personnes incapables de discernement ou de résistance dont l'auteur, en connaissance de cause, entend profiter pour commettre avec elle un acte d'ordre sexuel (ATF 120 IV 194 consid. 2a). Son but est

Tribunal cantonal TC Page 5 de 14 de protéger les personnes qui ne sont pas en état d'exprimer ou de manifester physiquement leur opposition à l'acte sexuel. A la différence de la contrainte sexuelle (art. 189 CP) et du viol (art. 190 CP), la victime est incapable de discernement ou de résistance, non en raison d'une contrainte exercée par l'auteur, mais pour d'autres causes (ATF 133 IV 49 consid. 7.2). La victime est considérée comme incapable de discernement lorsqu'au moment de l'acte elle n'est pas capable de se déterminer en toute connaissance de cause et de comprendre le sens et la portée des relations sexuelles. Dès lors que l'incapacité de discernement est une notion relative, il appartient au juge de déterminer concrètement si la victime était ou non capable de se défendre et de consentir (ATF 120 IV 194 consid. 2c). Sur le plan subjectif, l'art. 191 CP requiert l'intention, étant précisé que le dol éventuel suffit (arrêt TF 6B\_727/2019 du 27 septembre 2019 consid. 1.1). Agit intentionnellement celui qui s'accommode de l'éventualité que la victime ne puisse pas être, en raison de son état physique ou psychique, en situation de s'opposer à une sollicitation d'ordre sexuel, mais lui fait subir malgré tout un acte d'ordre sexuel (arrêt TF 6B\_69/2018 du 11 juin 2018 consid. 4.1). Il n'y a pas d'infraction si l'auteur est convaincu, à tort, que la personne est capable de discernement ou de résistance au moment de l'acte (arrêt TF 6B\_578/2018 précité consid. 2.1). Déterminer ce qu'une personne a su, envisagé, voulu ou accepté relève des constatations de fait (ATF 142 IV 137 consid. 12). Toutefois, pour admettre le dol éventuel, le juge se fonde généralement sur des éléments extérieurs révélateurs. Il est admis à ce propos que les questions de fait et de droit interfèrent étroitement sur certains points. Parmi les éléments extérieurs permettant de conclure que l'auteur a accepté le résultat dommageable pour le cas où il se produirait figurent notamment la probabilité (connue de l'auteur) de la réalisation du risque et l'importance de la violation du devoir de prudence. Plus celles-ci sont grandes, plus sera fondée la conclusion que l'auteur, malgré d'éventuelles dénégations, avait accepté l'éventualité de la réalisation du résultat dommageable (cf. ATF 119 IV 1 consid. 5a). La jurisprudence retient également, au titre de ces circonstances extérieures, les mobiles de l'auteur et la manière dont l'acte a été commis (cf. ATF 135 IV 12 consid. 2.3.3; 125 IV 242 consid. 3c).

### **E. 2.2**

En l'espèce, il ressort de l'expertise pédopsychiatrique du Dr D. \_\_\_\_\_ du 11 décembre 2019 (DO 4022 ss) que A. \_\_\_\_\_ est atteinte d'un retard mental moyen (DO 4033 réponse 1), qu'elle n'avait pas la capacité de comprendre la signification et la portée du rapprochement sexuel avec le prévenu (DO 4034 réponse 5), que son inaptitude était totale (DO 4035 réponse 6), que son incapacité de résistance était totale (DO 4035 réponse 8). Il

n'est pas contesté que les parties ont entretenu une relation sexuelle. La seule question qui se pose est celle de savoir si le prévenu savait que la plaignante était incapable de discernement au moment de l'acte, ce qu'il a nié tout au long de la procédure. Le Tribunal pénal est parvenu à la conclusion que le prévenu ne s'en est pas rendu compte. Il a procédé à une appréciation détaillée, pertinente et convaincante des preuves en pages 19 à 23 du jugement attaqué. La Cour se rallie à cette appréciation qu'elle fait sienne et à laquelle elle renvoie en apportant les compléments suivants.

### **E. 2.2.1**

La Cour constate elle-même, sur la base des photos qui figurent sur le DVD au dossier que A. \_\_\_\_\_ ne porte aucune trace visible d'un retard mental. C'est une belle jeune fille avec un corps harmonieux. Son audition filmée par contre laisse apparaître ses difficultés cognitives et son trouble du langage. Toutefois, comme l'a relevé le Tribunal pénal, cette audition ne peut pas être considérée comme le reflet de son comportement lorsqu'elle était avec le prévenu (cf. jugement p. 23 ch. 6 al. 3). D'ailleurs, l'expertise pédopsychiatrique du Dr D. \_\_\_\_\_ du 11 décembre 2019 relève en particulier que la plaignante arrive à comprendre l'environnement direct dans lequel elle vit et est à l'aise et qu'elle ne porte pas de stigmates d'un retard de développement, précisant que

Tribunal cantonal TC Page 6 de 14 si son langage est sommaire, elle est avenante et peut paraître relativement normale, ce qui est attesté par la psychologue de la plaignante (DO 4032 al. 1) ; elle a une faiblesse relative concernant son langage ; dans un environnement connu, elle est capable d'une interaction sociale (DO 4034 al. 1). Par conséquent, le déficit cognitif de la plaignante ne saute pas aux yeux de toute personne la côtoyant dans la vie de tous les jours.

### **E. 2.2.2**

Entendue le 26 mars 2019 par la Police, la mère de la plaignante a déclaré que A. \_\_\_\_\_ à un problème de langage et que c'est le seul problème qu'elle a (DO 2014 l. 10 et 11, et 15). A l'expert, elle a précisé qu'elle pouvait tout à fait imaginer que sa fille ait un petit ami mais des relations intimes ne sont pas prévues avant le mariage (DO 4029 al. 2), selon leurs coutumes. Elle a d'ailleurs envisagé d'appeler le prévenu pour voir s'ils pouvaient penser à un éventuel mariage (DO 2022 l. 98). Par conséquent, même s'il y a lieu de relativiser la pleine objectivité de la mère de la plaignante, celle-ci est d'avis qu'elle a la capacité de vivre en couple, comme toute autre jeune fille et que son problème de langage ne l'empêche pas d'avoir une vie normale. L'expert lui-même ne l'exclut pas d'emblée, soulignant néanmoins que sa capacité de vivre en couple, voire d'avoir des enfants devront être très soigneusement évaluées (DO 4036 réponse 11).

### **E. 2.2.3**

Entendu pour la première fois par la Police le 3 avril 2019, le prévenu a spontanément déclaré que A. \_\_\_\_\_ avait 18 ans, qu'il ne l'avait pas violée, qu'ils discutaient sur WhatsApp et sur Instagram, qu'elle lui a demandé de l'appeler, qu'elle lui envoyait plein de cœurs (DO 2031 s. l. 48 à 57). Ainsi, de manière spontanée, il a pensé qu'elle l'avait accusé d'avoir été violent avec elle, de l'avoir contrainte, mais il n'a pas envisagé le fait qu'elle aurait pu être diminuée mentalement. Plus tard, lors de cette même audition, le prévenu a répondu à la question de savoir comment il la décrirait : « Je la trouvais normale, je lui parlais comme je parle avec vous » (DO 2034 l. 132 à 136). Les appelants y voient un aveu du fait qu'il connaissait l'incapacité de la plaignante puisqu'il a besoin de se justifier (cf.

plaidoiries de ce jour). C'est oublier que le prévenu a été informé qu'il était entendu en qualité de prévenu d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, qu'une traductrice était présente (DO 2029) et qu'il a pu s'entretenir avec son avocate avant de répondre aux questions (DO 2030), de sorte qu'il savait ce qui lui était reproché. D'ailleurs, la question suivante était « que pouvez-vous nous dire quant à son état de santé mentale ? » (DO 2034 l. 134) ; il n'est donc pas exclu que les inspecteurs aient abordé la question de l'état mental de la plaignante lorsqu'ils lui ont demandé de la décrire. Lorsque les inspecteurs lui parlent de viol, il insiste sur le fait qu'il n'y avait pas eu de violence en se référant aux photos qu'il avait prises avec elle (DO 2034 l. 140 à 143). Il ressort des messages vocaux du prévenu sur Instagram (DO 2042 ss) que la plaignante avait effectivement prétendu qu'elle avait 18 ans puisqu'il lui dit : « je te jure que ça ne se voit pas ! tu parais plus jeune... 17 ans » (DO 2042 ch. 6). La plaignante a donc été capable de lui mentir sur son âge pour entrer en relation avec lui. Le prévenu a envoyé un message à la plaignante le 15 mars 2019, soit le lendemain de leur première rencontre lorsqu'ils sont allés se promener à F.\_\_\_\_\_ et s'étaient pris en photo avec le portable du prévenu (cf. jugement attaqué p. 14 ch. 2.2 in fine), dans lequel il lui dit qu'il a envie de lui téléphoner, qu'elle lui manque et qu'il a envie d'entendre sa voix (DO 2044 no 28). L'envoi de ce message après l'avoir rencontrée pour la première fois démontre qu'il n'a pas saisi que la plaignante avait un retard mental. Il a d'ailleurs déclaré que s'il avait su que A.\_\_\_\_\_ avait un retard mental, il n'aurait jamais parlé avec elle (DO 3015 l. 214). Sur les photos prises à F.\_\_\_\_\_ (cf. DVD au dossier), on les voit se serrer pour la photo, leurs deux visages collés l'un à l'autre, esquissant un sourire, comme s'ils étaient un couple normal qui semble amoureux. Il y a lieu de préciser que le

Tribunal cantonal TC Page 7 de 14 prévenu a été à l'école en Syrie jusqu'à la 5ème primaire et qu'il ne dispose dès lors pas d'un haut niveau d'éducation. Les appelants trouvent dans les échanges Instagram entre les parties qui ont été traduits et qui figurent au dossier (DO 2042 ss) la preuve que le prévenu connaissait l'incapacité de la plaignante ; ils se réfèrent notamment au message no 27 dans lequel le prévenu demande à la plaignante de faire oui si elle veut le voir et de faire non si elle ne veut pas (DO 2044). Le Tribunal pénal a déjà relevé la problématique de la traduction des messages et souligné que les déclarations et les diverses pièces au dossier ne peuvent pas être prises en compte mot pour mot avec la même certitude que s'il s'agissait de déclarations non traduites (cf. jugement attaqué p. 22 et 23 ch. 5). Indépendamment de ces problèmes de traduction qui sont avérés, la Cour constate néanmoins qu'il y a un échange entre les parties, que la plaignante répond aux messages du prévenu. Ainsi, on ne saurait déduire de ces messages que ce dernier connaissait l'incapacité de la plaignante, étant précisé au surplus, que les messages amoureux censés être romantiques peuvent parfois être niais, mièvres, voire simplets.

#### **E. 2.2.4**

C'est avec raison que les premiers juges se sont basés principalement sur les différents rapports attestant des capacités de la plaignante et établis par des personnes qui l'ont côtoyée et évaluée régulièrement pour déterminer la crédibilité du prévenu sur le fait qu'il ne savait pas que la plaignante était incapable de discernement au moment des actes qui lui sont reprochés (cf. jugement p. 20 ss ch. 2 à 6). La Cour s'y réfère expressément. Selon l'enseignante spécialisée référente de la plaignante, son QI présente un aspect disharmonique, avec une répartition inégale des compétences et des déficits (DO 4031 al. 7). La Cour ne met pas en doute la validité du test qui ressort du rapport d'examen

psychologique du 4 avril 2016, alors que A. \_\_\_\_\_ avait 14 ans (DO 8130 ss). Il s'agit d'un facteur de diagnostic parmi d'autres, en particulier ceux qui mettent l'accent sur le comportement adaptatif de chaque individu. C'est d'ailleurs ce qu'a indiqué l'enseignante spécialisée référente à l'expert qui n'a pas non plus tenu compte du score QI comme seul facteur concluant dans son rapport. En plus des éléments relevés par le Tribunal pénal (cf. jugement attaqué p. 20 ch. 3.2), la Cour souligne qu'il ressort du projet pédagogique du 28 octobre 2018 (DO 8006 ss) que A. \_\_\_\_\_ est une élève autonome, qu'elle a de la facilité dans les activités pratiques dans lesquelles elle a souvent des habitudes et qu'elle trouve des stratégies pour éviter de montrer qu'elle n'a pas compris (DO 8006 al. 1) ; elle est à l'aise avec son corps dans l'atelier yoga (DO 814 et 8015) ; elle joue des accords simples au piano, à deux mains et elle a une bonne mémoire (DO 8015) ; elle est capable de nommer l'émotion ressentie dans une situation vécue et le vocabulaire semble clair pour elle ; elle peut aussi mimer les émotions (DO 8015) ; elle peut toujours se faire comprendre et a de grands échanges avec les personnes qui l'entourent (DO 8022), ce qui n'était pas le cas lors de son audition à la police et chez l'expert, confortant ainsi l'appréciation des premiers juges qui ont considéré à juste titre que l'audition filmée de la plaignante ne pouvait être considérée comme le reflet de son comportement avec le prévenu (cf. jugement attaqué p. 23 ch. 6 al. 3). Par conséquent, même avec un retard mental, la plaignante parvient à développer ses compétences et à gagner en autonomie. Avec le prévenu, elle se trouvait dans un mode de séduction et voulait lui montrer le meilleur d'elle-même. Elle s'est d'ailleurs arrangée pour le voir le 17 mars 2019 à C. \_\_\_\_\_ alors qu'elle était censée se rendre chez sa cousine (DO 2015 l. 36 et 37), elle a menti à sa mère qui lui avait envoyé un message et à laquelle elle a caché ses intentions (DO 2015 l. 39 ; DO 2034 l. 118 et 119), lui demandant, par message, de ne pas l'appeler (DO 2015 l. 40 et 41) et elle a même éteint son

Tribunal cantonal TC Page 8 de 14 portable (DO 2015 l. 42) pour ne pas être dérangée. Cela démontre qu'elle avait envie de passer un moment intime avec le prévenu et qu'elle ne voulait pas que sa mère le sache. Compte tenu de tous ces éléments et de ceux relevés par le Tribunal pénal, la Cour parvient, comme lui, à la conclusion que A. \_\_\_\_\_ est capable de ne pas laisser transparaître de signes évocateurs d'une incapacité de discernement et qu'en l'espèce, B. \_\_\_\_\_ ne s'est pas rendu compte de l'incapacité de discernement de A. \_\_\_\_\_. L'infraction n'est ainsi pas réalisée et le prévenu doit être acquitté de ce chef d'accusation. Il s'ensuit le rejet des deux appels sur ce point.

3. Contrainte sexuelle

A. \_\_\_\_\_ conclut subsidiairement à ce que le prévenu soit reconnu coupable de contrainte sexuelle (cf. appel p. 8).

3.1. A teneur de l'art. 189 al. 1 CP, se rend coupable de contrainte sexuelle, celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel. Cette disposition tend à protéger la libre détermination en matière sexuelle, en réprimant l'usage de la contrainte aux fins d'amener une personne à faire ou à subir, sans son consentement un acte d'ordre sexuel. Il s'agit d'un délit de violence, qui doit être considéré principalement comme un acte d'agression physique (ATF 131 IV 107 consid. 2.2 ; ATF 128 IV 97 consid. 2b ; ATF 124 IV 154 consid. 3b). La réalisation des éléments constitutifs de la contrainte suppose que la victime puisse se forger une volonté concernant sa liberté sexuelle. Il est impossible, dans les cas où une volonté concernant sa propre liberté sexuelle ne peut pas être constituée, faute de faculté de discernement, de briser cette volonté (inexistante). Dans ce cas, c'est l'art. 191 CP qui s'applique (cf. ATF 146 IV 153 consid. 3.5.3 / JdT 2020 IV 299).

3.2. En l'espèce, il ressort de l'expertise pédopsychiatrique du Dr

D.\_\_\_\_\_ du 11 décembre 2019 (DO 4022 ss) que A.\_\_\_\_\_ est atteinte d'un retard mental moyen (cf. DO 4033 réponse 1), qu'elle n'avait pas la capacité de comprendre la signification et la portée du rapprochement sexuel avec le prévenu (DO 4034 réponse 5), que son inaptitude était totale (DO 4035 réponse 6), que son incapacité de résistance était totale (DO 4035 réponse 8). Il y a donc lieu de retenir, sur la base de cette expertise, que la plaignante n'était pas capable de se forger une volonté concernant sa liberté sexuelle. Par conséquent, le prévenu ne peut être reconnu coupable de contrainte sexuelle et l'appel de la plaignante doit être rejeté sur ce point. 3.3. En tout état de cause, il ne peut être déduit du dossier que le prévenu aurait usé de contrainte pour obtenir un rapprochement sexuel de la part de la plaignante. En effet, l'expert lui-même relève que la rencontre entre le prévenu et la plaignante s'est probablement faite dans le contexte romantique où la jeune femme a voulu s'intéresser au prévenu (cf. expertise DO 4033 al. 2) et que l'élucidation des faits est complexe car des éléments concrets manquent, la plaignante ayant de grandes difficultés à verbaliser les choses et à les décrire de manière détaillée (DO 4036 réponse 11). La plaignante s'est rendue à C.\_\_\_\_\_ chez le prévenu de son propre chef, alors qu'elle était censée se rendre chez sa cousine. Lorsque sa mère lui a envoyé un message, elle lui a répondu

Tribunal cantonal TC Page 9 de 14 qu'elle était chez une amie, alors qu'elle se trouvait déjà chez le prévenu ; elle a su échafauder un plan pour échapper à la vigilance de sa mère dans le but de passer du temps avec le prévenu et elle lui a menti pour que son escapade chez le prévenu reste secrète. Par la suite, elle lui a demandé de ne pas l'appeler et a éteint son portable ; par conséquent, elle a pris le contrôle de la situation pour que sa mère la laisse tranquille lorsqu'elle était chez le prévenu et ne pas être dérangée durant ce moment avec lui. Les photos qui ont été prises par le prévenu témoignent qu'elle passait un bon moment en compagnie du prévenu dont elle était toute proche physiquement (cf. jugement p. 14 ch. 2.2). Entendue par la Police le 26 mars 2019, la mère de la plaignante a déclaré à propos de sa fille : « A l'hôpital, ils lui ont demandé si le garçon avait utilisé la force, elle a répondu que non » (DO 2016 l. 82). Ce n'est que vers 16 heures que la plaignante, qui a eu la présence d'esprit de réactiver son portable, a écrit un message à sa mère pour lui dire qu'elle était chez sa cousine (DO 2015 l. 36 à 43). Lorsqu'elle est arrivée chez cette dernière rien ne transparaissait sur son visage, elle rigolait avec les filles de sa cousine (DO 2054 l. 22 à 24). Sa cousine a déclaré que la plaignante était de bonne humeur et qu'elle n'avait pas constaté qu'elle aurait eu peur (DO 2054 l. 33). Elle n'a montré aucun dégoût et aucune crainte lorsque le prévenu est arrivé 15 minutes plus tard (DO 2054 l. 24). On peut en déduire que rien de grave ou de traumatisant ne s'est passé lorsqu'elle était chez le prévenu. La plaignante avait la photo du prévenu dont elle disait qu'il était amoureux d'elle (DO 2015 l. 47, 63, 67). Sa mère a confirmé qu'elle avait beaucoup de photos du prévenu sur son portable (DO 2016 l. 91). Le prévenu lui a envoyé des messages vocaux avec des petits cœurs avant et après le rapprochement sexuel (DO 2015 l. 49 et 50). La tante de la plaignante a également déclaré à la Police que cette dernière lui avait dit qu'elle sortait avec quelqu'un et qu'il l'aimait. Le lendemain, la plaignante a rencontré le prévenu à Fribourg (DO 2016 l. 93 et 94) ; ce dernier a précisé que la plaignante l'avait appelé quand elle avait fini l'école pour qu'ils se voient et ils sont allés jouer au billard et à des jeux d'arcade (DO 2034 l. 122 à 126). Tous ces éléments tendent à démontrer qu'aucune contrainte n'a été utilisée par le prévenu. En particulier, la plaignante elle-même a dit, lorsqu'elle se trouvait à l'hôpital pour le constat gynécologique du 21 mars 2019, que le prévenu n'avait pas utilisé la force. La pénétration anale a lieu par tradition, pour préserver la virginité de la femme

(DO 2033 I. 110 et 111 ; DO 3018 I. 296 et 312) car il ne doit rien se passer avant le mariage, ce qui a été confirmé par la mère de la plaignante (DO 2015 I. 53 et 54). La plaignante savait qu'elle ne pouvait pas entretenir de relations sexuelles avant le mariage (cf. DO 2015 I. 53 et 54) et que cela pouvait entraîner de graves conséquences jusqu'au point de tuer la jeune femme fautive (DO 2022 I. 89). G. \_\_\_\_\_ a expliqué que son beau-frère, soit l'oncle de A. \_\_\_\_\_, avait tué son épouse parce qu'elle l'a trompé (DO 2064 I. 151 et 152). D'ailleurs, il n'est pas exclu que la plaignante a effacé tous les messages qu'elle a échangés avec le prévenu (DO 2017 I. 123 et 124), par peur de la réaction de son entourage proche. C'est en effet ce que sa tante a déclaré à la Police le 29 mars 2019 : « Une fois, j'ai vu qu'elle lui avait envoyé un message vocal pour lui dire qu'elle ne pouvait plus parler avec lui car ses parents n'étaient pas d'accord avec cela, comme si elle avait peur » (DO 2020 I. 29 à 30). Elle a ajouté que la plaignante lui a dit qu'elle ne pouvait pas partager son expérience, qu'elle semblait avoir peur de le dire à sa mère (DO 2021 I. 36). Elle comprenait donc qu'elle avait transgressé les règles imposées par la tradition et par sa famille. Or, il est difficile de déterminer dans quelle mesure la jeune femme a pu être influencée par l'impact social et culturel que cette transgression a nécessairement eu sur ses proches qui ont même songé à un mariage avec le prévenu compte tenu du fait que des relations sexuelles hors mariage ne sont pas tolérées.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 14 3.4. L'acte d'accusation du 27 avril 2021 renvoie le prévenu pour contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 al. 1 CP, à titre éventuel. Il y a donc lieu de préciser le dispositif du jugement attaqué dans le sens d'un acquittement de ce chef d'accusation.

#### **E. 4**

Violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues

##### **E. 4.1**

Les appelants concluent à la culpabilité du prévenu pour avoir pris des photos d'elle sans son accord alors qu'elle était nue. Dans son appel motivé du 28 février 2023, la plaignante précise que l'infraction de violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues reste assez secondaire de son point de vue (p. 3 ch. 1.1 al. 2). Quant au Ministère public, il relève, dans son appel motivé du 9 février 2023 (p. 9 let. b), que d'après les conclusions de l'expert, la plaignante n'avait pas les aptitudes pour former, exprimer ou exercer efficacement une volonté de s'opposer aux photos prises par le prévenu (DO 4036), de sorte que ce dernier n'a pas pu recueillir le consentement de la victime.

##### **E. 4.2**

Les premiers juges ont décrit précisément les dix photos qui ont été extraites du téléphone portable du prévenu (cf. jugement p. 14 ch. 2.2). La Cour précise que sur les quatre photos prises alors que les protagonistes étaient nus, l'un face à l'autre, la plaignante enlace le prévenu avec ses bras croisés autour du cou de ce dernier. La plaignante est souriante sur les trois photos prises alors qu'ils sont sur le lit. Le Tribunal pénal a retenu que ces images n'ont pas été prises sans l'accord de la plaignante et il a acquitté le prévenu au bénéfice du doute (cf. jugement p. 24 ch. 8). La Cour se rallie à cette appréciation adéquate qu'elle fait sienne. D'une part, le prévenu tient ostensiblement son portable pour faire les photos et la Cour n'a aucun doute sur le fait que les protagonistes prennent la pose et se mettent en scène, en particulier sur les photos prises alors que la plaignante est de dos, face à un miroir. Le prévenu a spontanément parlé des photos qu'il avait prises alors qu'ils étaient nus tous

les deux et a déclaré que c'était elle qui avait demandé de la photographe (DO 2033 l. 100 et 101 ; DO 3017 l. 267), ce qui paraît plausible compte tenu de l'attitude de la plaignante sur les clichés. D'autre part, la plaignante elle-même sait comment se mettre en scène et poster des photos sur les réseaux sociaux (DO 2404, 3025, 9011). Il y a lieu de relever que le projet pédagogique du 28 octobre 2018 de E.\_\_\_\_\_ comprend également la familiarisation avec des appareils photo et des caméras et la plaignante a eu l'occasion d'utiliser un appareil photo, des applications sur tablettes et des logiciels de montage (audio et vidéo). Un travail de prévention des dangers d'internet a également été fait dans ce domaine (DO 8016). Par conséquent, contrairement à l'avis de l'expert (DO 4036 réponse 10), la Cour estime, sur la base des éléments du dossier, que la plaignante était apte à comprendre la signification des photos qui ont été prises à sa demande. Par conséquent, la Cour retient que la plaignante était d'accord d'être prise en photo avec le prévenu alors qu'elle était nue. Il s'ensuit le rejet des deux appels sur cette question.

### **E. 4.3**

Quoi qu'il en soit, cette infraction n'est punissable que sur plainte (cf. art. 179quater CP). Or, aucune plainte ne figure au dossier s'agissant de ces faits. Seule une plainte pénale pour actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance a été déposée le 26 mars 2019 (cf. DO 2009), si bien que la qualité de partie plaignante a été reconnue par le Ministère public le 16 avril 2019 en raison des faits dénoncés (3001 l. 15 à 17). Le 24 avril 2019, Me Anne-Laure Simonet a confirmé la constitution de partie plaignante de A.\_\_\_\_\_ (DO 7001) et elle a été désignée en qualité de défenseur d'office dans la procédure ouverte contre le prévenu

Tribunal cantonal TC Page 11 de 14 pour actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance uniquement (DO 7003). Ce n'est que devant le Ministère public, le 21 septembre 2020, que le prévenu a été mis en prévention de cette infraction également (DO 3010 l. 16 et 17), sans qu'une plainte pénale n'ait été formellement déposée. Il s'ensuit que la procédure ouverte à l'encontre de B.\_\_\_\_\_ pour violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues au sens de l'art. 179quater CP aurait dû faire l'objet d'un classement (art. 329 CPP).

### **E. 5.1**

L'appel du Ministère public et l'appel de la partie plaignante sont rejetés. Par conséquent, le jugement de première instance est confirmé, également sur les conclusions civiles. En outre, la question de l'expulsion obligatoire ne se pose pas.

### **E. 5.2**

Le dispositif du jugement de première instance mentionne un acquittement du prévenu « au bénéfice du doute ». Cette mention porte atteinte à la présomption d'innocence et laisse à penser qu'il s'agit d'un acquittement « de deuxième classe ». Elle n'a donc pas sa place dans un dispositif. La Cour considère qu'il s'agit d'une inadvertance manifeste qui doit être réparée d'office en application de l'art. 83 CPP (cf. CR CPP-MACALUSO, 2ème éd. 2019, art. 83 n. 6).

### **E. 6**

Le séquestre sur le téléphone Samsung cassé et la carte SD est levé. Dès l'entrée en force du présent jugement, ces objets seront restitués à B.\_\_\_\_\_.

### **E. 6.1**

Les frais d'appel sont à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP). En l'espèce, ils sont mis à la charge de l'Etat et de la partie plaignante, qui succombent, à raison de la moitié pour chacune des parties. Ils comprennent un émolument de CHF 3'000.- et les débours par CHF 300.- (art. 422, 424 CPP, 35 et 43 RJ). Il n'y a pas lieu de revenir sur la répartition des frais de première instance, dès lors que le jugement entrepris a été intégralement confirmé (art. 428 al. 3 CPP a contrario).

## **E. 6.2**

Les débours comprennent notamment les frais imputables à la défense d'office et à l'assistance judiciaire gratuite (art. 422 al. 2 let. a CPP). Le tribunal qui statue au fond fixe l'indemnité à la fin de la procédure, conformément au tarif du canton du for du procès (art. 135 al. 1 et 2 et 138 al. 1 CPP). Selon l'art. 57 al. 1 RJ, l'indemnité du défenseur d'office doit être fixée compte tenu du travail requis ainsi que de l'importance et de la difficulté de l'affaire. L'indemnité horaire est de CHF 180.- en cas de fixation sur la base d'une liste de frais détaillée, et de CHF 120.- si l'affaire a été essentiellement traitée par un ou une stagiaire (art. 57 al. 2 RJ). Les débours pour les frais de copie, de port et de téléphone nécessaires à la conduite du procès sont remboursés sous la forme d'un forfait de 5 % de l'indemnité de base (art. 58 al. 2 RJ). Pour les déplacements à l'intérieur de la localité où est située l'étude, l'indemnité aller-retour est fixée forfaitairement à CHF 30.- (art. 77 al. 4 RJ). Enfin, le taux de la TVA est de 7.7 % (art. 25 al. 1 de la loi du 12 juin 2009 sur la TVA [LTVA ; RS 641.20]). Sur la base de la liste de frais produite ce jour en séance, la Cour retient que Me Anne-Sophie Brady a consacré utilement 23 heures à la défense du prévenu, la séance ayant duré 3 heures et les opérations post jugement étant retenues pour 1 heure. Aux honoraires d'un montant de CHF 4'140.- au tarif de CHF 180.- l'heure, s'ajoutent CHF 207.- pour les débours (5 %), CHF 30.- pour la vacation et CHF 337.05 pour la TVA (7.7 %). L'indemnité de défenseur d'office allouée à Me Anne-Sophie Brady s'élève à CHF 4'714.05, TVA comprise. Pour le détail, il est renvoyé à la feuille de calcul annexée au présent arrêt.

Tribunal cantonal TC Page 12 de 14 Sur la base de la liste de frais produite ce jour en séance, la Cour retient que Me Anne-Laure Simonet a consacré utilement 1'280 minutes à la défense de A.\_\_\_\_\_. Elle a retranché 30 minutes de conférence téléphonique avec la curatrice de représentation, opération inutile dans la mesure où Me Simonet a été désignée défenseur d'office, 60 minutes pour l'examen du dossier du 8 mars 2023 dans la mesure où Me Simonet est déjà rémunérée pour la rédaction de la motivation écrite à raison de 4 heures, 30 minutes pour l'ouverture du dispositif en séance publique qui n'a pas eu lieu et elle a compté 1 heure pour les opérations post jugement au lieu de 90 minutes jugées trop élevées compte tenu de la confirmation du jugement attaqué. Aux honoraires d'un montant de CHF 3'840.- au tarif de CHF 180.- l'heure, s'ajoutent CHF 192.- pour les débours (5 %), CHF 30.- pour la vacation et CHF 312.75 pour la TVA (7.7 %). L'indemnité de défenseur d'office allouée à Me Anne-Laure Simonet s'élève à CHF 4'374.75, TVA comprise. Pour le détail, il est renvoyé à la feuille de calcul annexée au présent arrêt. L'appelant n'est pas tenu de rembourser ces montants à l'Etat. (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 13 de 14 la Cour arrête : I. L'appel du Ministère public est rejeté. L'appel de A.\_\_\_\_\_ est rejeté. Partant, le jugement rendu le 24 mars 2022 par le Tribunal pénal de l'arrondissement de la Gruyère est confirmé et précisé dans la teneur suivante : 1. B.\_\_\_\_\_ est acquitté des chefs de prévention de contrainte sexuelle, d'actes

d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance et violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues. 2. B.\_\_\_\_\_ est reconnu coupable d'incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégal. 3. En application des art. 40, 41, 42, 44, 47, 105 al. 1, 106 CP et 116 al. 1 lit. a LEI, B.\_\_\_\_\_ est condamné : - à une peine privative de liberté de 20 jours, avec sursis pendant 2 ans ; - au paiement d'une amende de CHF 200.-. Dite peine est complémentaire à celle rendue le 19 mai 2021 par le Ministère public du canton du Tessin. Sur demande écrite adressée au Tribunal de l'arrondissement de la Gruyère dans un délai de 30 jours, B.\_\_\_\_\_ peut demander à remplacer le paiement de l'amende par l'exécution de la peine sous forme de travail d'intérêt général (à savoir 8 heures). Les frais de procédure ne peuvent en revanche pas être remplacés par du travail d'intérêt général. Les modalités d'exécution seront réglées ultérieurement par le Service de l'exécution des sanctions pénales et de la probation. En cas de non-paiement de l'amende dans le délai qui sera fixé dans la liste de frais et si celle-ci est inexécutable par la voie de la poursuite pour dettes, elle fera place à 2 jours de peine privative de liberté (art. 105 al. 1, 106 al. 2 CP). 4. En application de l'art. 46 al. 2 CP, le sursis accordé le 6 février 2019 par le Ministère public du canton de Fribourg n'est pas révoqué. 5. En application de l'art. 126 al. 2 lit. d CPP, A.\_\_\_\_\_ est renvoyée à agir par la voie civile.

#### **E. 7**

En application des art. 421 et 426 CPP, les frais de procédure sont mis à la charge de B.\_\_\_\_\_ à raison d'un dixième, les neuf dixièmes restants étant mis à la charge de l'Etat. Ils sont fixés à CHF 6'000.- pour l'émolument de justice, auquel s'ajoute l'émolument du Ministère public par CHF 1'093.70, et à CHF 8'774.- pour les débours, soit CHF 15'867.70 au total.

Tribunal cantonal TC Page 14 de 14 L'indemnité allouée au défenseur d'office de B.\_\_\_\_\_ s'élève à CHF 13'379.90, TVA comprise. En application de l'art. 135 al. 4 CPP, B.\_\_\_\_\_ sera tenu de rembourser le dixième de ce montant à l'Etat dès que sa situation financière le permettra. L'indemnité allouée au conseil juridique gratuit de A.\_\_\_\_\_ s'élève à CHF 13'489.15, TVA comprise.

#### **E. 8**

Il est pris acte que B.\_\_\_\_\_ a renoncé au versement d'une indemnité au sens de l'art. 429 CPP. II. En application de l'art. 428 al. 1 CPP, les frais de la procédure d'appel sont mis à la charge de l'Etat à raison de la moitié et à la charge de A.\_\_\_\_\_ à raison de la moitié (émolument : CHF 3'000.- ; débours : CHF 300.-). III. L'indemnité de défenseur d'office de Me Anne-Sophie Brady pour la procédure d'appel est fixée à CHF 4'714.05, TVA par CHF 337.05 comprise. L'indemnité de défenseur d'office de Me Anne-Laure Simonet pour la procédure d'appel est fixée à CHF 4'374.75, TVA par CHF 312.75 comprise. B.\_\_\_\_\_ n'est pas tenu de rembourser ces montants. IV. Notification. Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours dès la notification de l'arrêt rédigé. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. En tant qu'il concerne la fixation d'indemnités de défenseur d'office, cet arrêt peut faire l'objet de la part du défenseur d'office d'un recours au Tribunal pénal fédéral (art. 135 al. 3 let. b CPP) dans les dix jours dès la notification de l'arrêt rédigé (art. 396 al. 1

CPP). La procédure est régie par les art. 379 à 397 CPP (art. 39 de la loi du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération, RS 173.71). L'acte de recours doit être adressé au Tribunal pénal fédéral, case postale 2720, 6501 Bellinzone. Fribourg, le 10 mars 2023/cov La Vice-Présidente : Le Greffier-rapporteur :

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