

NE_GERICHTE CMPEA.2016.44 vom 11. Januar 2024

NE Tribunal cantonal, 2024-01-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CMPEA.2016.44_d20240111

FR: NE_GERICHTE CMPEA.2016.44 du 11 janvier 2024

IT: NE_GERICHTE CMPEA.2016.44 del 11 gennaio 2024

Regeste

Droit de visite du parent non-gardien. Injonction à la mère des enfants de remettre à leur père les passeports et carnets de vaccination en vue de l'exercice du droit de visite.

Erwägungen

E. 4

En l'espèce, il s'agit de savoir si, en octobre 2020, puis le vendredi 28 mai 2021, A._____ a commis un viol à l'endroit de la plaignante.

E. 4.1

Selon l'article 190 CP, celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans.

E. 4.2

Comme le rappelle le Tribunal fédéral (arrêt du TF du 20.04.2020 [6B_159/2020]), pour qu'il y ait contrainte en matière sexuelle ou viol, il faut que la victime ne soit pas consentante, que l'auteur le sache ou accepte cette éventualité et qu'il passe outre en profitant de la situation ou en utilisant un moyen efficace. Les articles 189 et 190 CP tendent 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, l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel. Il s'agit de délits de violence qui doivent être considérés principalement comme des actes d'agression physique (ATF 131 IV 107 cons. 2.2 et les arrêts cités). Il en résulte que toute pression ou tout comportement conduisant à un acte sexuel non souhaité ne saurait être qualifié de contrainte. L'article 190 CP, comme l'article 189 CP, ne protège des atteintes à la libre détermination en matière sexuelle que pour autant que l'auteur surmonte ou déjoue la résistance que l'on pouvait raisonnablement attendre de la victime (ATF 133 IV 49 cons. 4 et l'arrêt cité). L'infraction visée par l'article 190 CP exige donc non seulement qu'une personne subisse l'acte sexuel alors qu'elle ne le veut pas, mais également qu'elle le subisse du fait d'une contrainte exercée par l'auteur. À défaut d'une telle contrainte, de l'intensité exigée par la loi et la jurisprudence, il n'y a pas viol, même si la victime ne souhaitait pas entretenir une relation sexuelle (arrêt du TF du 16.04.2018 [6B_502/2017] cons. 1.1). Récemment, le Tribunal fédéral l'a rappelé en indiquant explicitement que, même si la jurisprudence ne posait pas des exigences très élevées en la matière, la contrainte restait l'un des éléments constitutifs du viol (sur l'ensemble de la question, cf. ATF 148 IV 234 cons. 3.8 et les arrêts cités). La violence désigne l'emploi volontaire de la force physique sur la personne de la victime dans le but de la faire céder (ATF 122 IV 97 cons. 2b; arrêts du TF du 03.12.2007

[6B_267/2007] cons. 6.3; du 17.12.1997 [6S.688/1997] cons. 2b). Il n'est pas nécessaire que la victime soit mise hors d'état de résister ou que l'auteur la maltraite physiquement. Une certaine intensité est néanmoins requise. La violence suppose non pas n'importe quel emploi de la force physique, mais une application de cette force plus intense que ne l'exige l'accomplissement de l'acte dans les circonstances ordinaires de la vie (ATF 87 IV 68). Selon les circonstances, un déploiement de force relativement faible peut suffire. Ainsi, peut déjà suffire le fait de maintenir la victime avec la force de son corps, de la renverser à terre, de lui arracher ses habits, de lui tordre un bras derrière le dos (arrêt du TF du 07.06.2007 [6S.126/2007] cons. 6.2) ou encore le fait de presser la victime contre un mur ou de l'enfermer sans violence (Dupuis et al. , PC CP, 2 e éd. 2017, n. 18 ad art. 189 et les arrêts cités ; ATF 119 IV 224 cons. 2). En introduisant la notion de « pressions d'ordre psychique », le législateur a voulu viser les cas où l'auteur provoque chez la victime des effets d'ordre psychique, tels que la surprise, la frayeur ou le sentiment d'une situation sans espoir, propre à la faire céder (ATF 128 IV 106 cons. 3a/bb ; 126 IV 124 cons. 2b). En cas de pression d'ordre psychique, il n'est pas nécessaire que la victime ait été mise hors d'état de résister (ATF 124 IV 154 cons. 3b).

E. 4.3

Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une contrainte sexuelle (art. 189 CP) ou d'un viol (art. 190 CP), il faut procéder à une appréciation globale des circonstances concrètes déterminantes et tenir compte de la situation personnelle de la victime (ATF 131 IV 107 cons. 2.2). Pour que la contrainte soit réalisée, il faut au moins que les circonstances concrètes rendent la soumission compréhensible. Tel est le cas lorsque la victime est placée dans une situation telle qu'il serait vain, pour elle, de résister physiquement ou d'appeler du secours ou que cela entraînerait un préjudice disproportionné, de sorte que l'auteur parvient à ses fins, en passant outre au refus, sans avoir nécessairement à employer la violence ou la menace (ATF 122 IV 97 cons. 2b ; 119 IV 309 cons. 7b).

E. 4.4

Le viol requiert l'intention de l'auteur. Le dol éventuel suffit (entre autres auteurs : Dupuis et al. , op. cit., n. 19 ad art. 190 et les auteurs cités).

E. 5

S'agissant de la prévention de viol en lien avec les faits du mois d'octobre 2020, on peut renvoyer à la motivation, claire et convaincante, fournie par le tribunal criminel (cf. art. 82 al. 4 CPC), tant en ce qui concerne l'établissement des faits, que s'agissant de la qualification juridique, les premiers juges ayant, sur ce dernier point, appliqué correctement les critères développés par la jurisprudence en lien avec l'article 190 CP. On peut y ajouter ce qui suit. Si les faits visés par l'acte d'accusation ne visent pas une date spécifique, mais une période plus étendue (« en octobre 2020 »), il n'y a aucun doute que le prévenu, comme la plaignante, savaient de quelle nuit il était question durant le mois d'octobre 2020. Dès sa première audition par la police, le prévenu a montré qu'il se souvenait de la nuit dont il était question. Il a alors nié avoir frappé la plaignante, mais reconnu qu'il l'avait traitée de pute dans une discothèque. Lors de sa seconde audition, il a confirmé son souvenir. Si, devant le tribunal criminel, le prévenu a indiqué qu'il se souvenait « un peu de la soirée du mois d'octobre 2020 », il a ensuite montré, en répondant aux questions qui lui étaient posées, qu'il avait encore bien en mémoire le cours des événements. Il a expliqué, en bref, qu'il avait rencontré la plaignante au bar K._____. Il n'avait pas parlé avec elle, mais l'avait

laissée tranquille. Il avait ensuite retrouvé la plaignante à la discothèque L._____. À cet endroit, elle lui avait jeté un verre à la figure. Ils n'étaient ensuite pas rentrés ensemble depuis la discothèque. Comme il s'était demandé si elle allait se faire du mal, il était finalement allé chez elle et ils avaient discuté tranquillement. « Tout le monde » s'était calmé et il n'était pas resté chez elle. Le prévenu a ensuite expliqué ce qui suit : « Vous me demandez s'il s'est passé quelque chose entre la discussion et le moment où je suis parti. Je ne crois pas. Vous me demandez s'il y a eu une relation sexuelle. Je ne sais plus. Je ne crois pas. Vous me dites que la plaignante affirme qu'il y a eu une relation sexuelle ce soir-là. Je suis sûr que non. La plaignante ne m'a jamais montré dans notre histoire qu'elle ne voulait pas avoir de rapports sexuels. Vous me dites exactement de quoi elle m'accuse et que je l'aurais forcée physiquement à avoir ce rapport sexuel. C'est totalement faux. Ça n'est jamais arrivé. Vous me demandez pourquoi elle m'accuse. Je ne peux pas vous répondre. Il y a eu une époque où elle m'avait demandé de quitter ma femme et je lui avais dit que je ne le ferais pas. Vous me demandez si je sais ce que l'on fait aux femmes adultères dans mon pays. Je n'en sais rien, rien du tout ». Le prévenu, qui ne croyait pas qu'il s'était passé quelque chose entre lui et la plaignante et ne savait plus s'il y avait eu une relation sexuelle, a soudainement manifesté une réaction très tranchée au moment où il a été confronté à l'affirmation de la plaignante selon laquelle il y avait eu des relations sexuelles (« Je suis sûr que non »). De son côté, la plaignante, comme le tribunal criminel l'a mis en évidence, a donné un récit crédible (ses contradictions ne portant que sur des détails et des points périphériques) qui est confirmé sur de nombreux points par les propos du prévenu (rencontre fortuite au bar K._____ ; point de départ du conflit entre le prévenu et la plaignante ; dispute intervenue dans la discothèque et verre jeté à la figure ; fait qu'il se soit rendu, seul, au domicile de la plaignante après la dispute). La plaignante, qui a décrit le déroulement des faits à l'intérieur de l'appartement de manière cohérente et sans tomber dans l'exagération, avait fait part de cet événement à C._____ qui, même si elle a indiqué que la plaignante ne lui avait pas parlé de viol, a en revanche relevé que le prévenu avait insisté pour une entretenir une relation sexuelle en octobre 2020 (la témoin ajoutant qu'elle pensait que la plaignante avait accusé le prévenu « par vengeance, pour qu'il ne refasse plus à d'autres femmes ce qu'il lui a[vait] fait »). Il résulte des déclarations des parties que, ce soir-là, elles étaient en conflit (le prévenu était jaloux et la plaignante lui avait jeté un verre à la figure dans la discothèque) et que l'atmosphère était loin d'être propice au rapport sexuel. À cela, il faut ajouter le profil particulier du prévenu, qui reconnaît son caractère jaloux et le fait qu'il a effectivement donné une baffe à la plaignante, qui admet qu'il s'est comporté avec elle « comme on traite une pute » (cf. infra cons. 6), qui affirme qu'il n'a jamais levé la main sur une femme – alors qu'il a été condamné pour avoir agressé son épouse –, et qui comprend cette dernière condamnation en ce sens qu'il aurait seulement eu une « discussion » avec elle (« J'ai été condamné pour une discussion » ; pour d'autres éléments, cf. infra cons. 6). La version du prévenu selon laquelle il avait décidé de se rendre au domicile de la plaignante pour s'assurer qu'elle était bien rentrée, pour « veiller sur elle », n'est dès lors guère crédible. On notera encore que le fait que la plaignante n'ait pas immédiatement déposé plainte pénale après ce qu'elle avait subi en octobre 2020, mais qu'elle ait attendu les événements du 28 mai 2021 pour mentionner ce précédent, ne permet pas d'exclure l'existence du premier viol. Il ressort en effet des échanges WhatsApp du 29 mai 2021, très clairs à ce propos, qu'en octobre 2020, la plaignante a finalement « passé l'éponge » après que le prévenu lui avait présenté des excuses (« ... des excuses ne suffiront plus cette fois... » ; pour l'extrait des échanges, cf.

infra cons. 6), ce qui confirme la réalité de la première agression.

E. 6

En ce qui concerne la prévention de viol en lien avec les faits du 28 mai 2021, on peut aussi renvoyer à la motivation, claire et convaincante, fournie par le tribunal criminel (cf. art. 82 al. 4 CPC), tant en ce qui concerne l'établissement des faits (jugement entrepris cons. 18) que s'agissant de la qualification juridique (jugement entrepris cons. 22), le tribunal criminel ayant, sur ce dernier point, appliqué correctement les critères développés par la jurisprudence en lien avec l'article 190 CP. On peut y ajouter ce qui suit. Lors de sa première audition par la police, il a indiqué que, pour lui, « le cœur [de leur] problème » était le comportement de la plaignante qui avait couché avec deux hommes pendant leur relation. Tout le monde se moquait de lui et il ne comprenait pas. C'était pour cette raison qu'il était chez elle pour avoir une explication. Lorsqu'elle lui avait avoué, il lui avait « mis une petite tape sur la joue droite avec [s]a main gauche ». Le prévenu a expliqué que son coup n'était pas parti volontairement, qu'ils s'étaient calmés puis s'étaient assis et avaient discuté. Il a déclaré qu'il avait pardonné plusieurs fois à la plaignante et, après avoir relevé qu'il ne savait pas si l'enfant qu'elle portait était de lui ou d'un des deux hommes, que « sa façon de faire était comme on traite une pute » et que ce n'était « pas la première fois qu'[il] lui pardonnai[t] ses écarts ». Lors de la seconde audition par la police, le prévenu a déclaré que, vu qu'il n'était pas bien, il avait demandé à la plaignante d'avoir un rapport sexuel avec elle et qu'elle avait accepté. Il a aussi expliqué que, après la baffe, il lui avait dit qu'elle se comportait comme une pute, mais il ne lui avait pas dit directement que c'était une pute. Sa réaction était venue après qu'elle lui avait confirmé avoir couché avec deux hommes. Pour lui, elle n'avait pas le droit de coucher avec deux hommes pendant qu'ils étaient ensemble ; cela « ne résonnait pas comme il [fallait] dans [s]a tête ». Le prévenu a indiqué qu'il se demandait si la plaignante souhaitait se venger car il n'avait pas quitté sa femme (pour elle). Il ne comprenait pas. Il ne se prenait pas pour un violeur. Devant le tribunal criminel, le prévenu a déclaré que la discussion par WhatsApp qui précédait son arrivée au domicile de la plaignante, le 28 mai 2021, « tournait autour de l'histoire des deux hommes », qu'au téléphone, il avait dit à la plaignante qu'il « souhaitai[t] en parler gentiment », qu'il avaient « discuté gentiment », qu'il lui avait demandé de dire la vérité et qu'elle avait avoué que oui, qu'il ne l'avait pas crue suite aux messages WhatsApp et qu'il voulait l'entendre de vive voix, que s'il « était calme », c'était parce qu'il croyait à une mauvaise blague, qu'après ce second aveu, il n'était « pas bien et plus calme du tout », qu'il l'avait giflée avec sa main gauche, qu'après ils s'étaient calmés (« nous nous sommes calmés »), qu'elle avait dit qu'elle voulait appeler la police, qu'ils avaient ensuite parlé calmement, qu'il y avait ensuite eu une relation sexuelle, qu'il avait proposé cette relation et qu'elle était d'accord, qu'il n'était pas bien avec la gifle qu'il lui avait donnée, qu'il l'avait prise dans ses bras et que c'était à ce moment-là qu'il lui avait demandé d'avoir une relation, qu'il était ensuite rentré, qu'il ne savait pas pourquoi elle n'avait alors plus voulu entendre parler de lui, qu'il contestait que le rapport sexuel ait eu lieu sans le consentement de sa partenaire, qu'il n'était pas quelqu'un de violent, qu'il n'avait jamais levé la main sur une femme, qu'après que les enquêteurs lui aient rappelé qu'il avait été condamné le 11 juillet 2022 pour avoir donné des gifles et des coups de poing au visage de sa femme, il a répondu que cela n'était pas vrai, que ce n'était pas des coups de poing, qu'il y avait effectivement eu une bousculade, mais par accident, qu'il lui avait touché l'œil, qu'il n'avait pas fait opposition à l'ordonnance pénale car il ne voulait pas d'un bras de fer avec sa femme, qu'il maintenait qu'il n'avait pas donné de coups de poing. On notera également

que les échanges WhatsApp montrent un changement de ton important du côté de la plaignante, qui correspond à l'intervention du prévenu au domicile de celle-ci, le 28 mai 2021. Dès les premiers échanges WhatsApp, le 29 mai 2021 à partir de 11h45, le prévenu a indiqué être désolé et la plaignante a répondu que tout était fini entre eux : A. _____ : Bonjour mon amour comment tu va ce matin suis vraiment désolé pour hier soir je t'aime énormément je t'aime fort (...) B. _____ : Ecoute y a plus de mon amour, après hier soir tout est fini entre nous, j'accepte pas la situation de hier soir et le faites que tu m'as frappé, et toute tes menaces. Je veux plus de voir... des excuses ne suffiront plus cette fois... A. _____ : Ok c'est pas grave A. _____ : Si tu trouves que c'est que tu a fait est normal et que les gens en parle (...) A. _____ : Ecoute je te laisse te calmer d'accord ? (...) B. _____ : Ah et stp redonne moi ma clé, mets la dans ma boîte au lettre ajd (...) A. _____ : Pour l'enfant tu fais quoi ? A. _____ : Tu va garder vue que je serai pas là ? A. _____ : Tu as bien réfléchi (...) A. _____ : Tu va faire comment pour tout ce qui parle mal de toi te amis A. _____ : Suis avec toi et j'assume tout ça avec toi stp Bb B. _____ : Non c est fini définitivement entre nous, hier tu as tout gâter. Oui je garde l enfant et je l' assumerais seule et on sera très heureux que les 2 moi et bébé. Bye A. _____ : Tu est à la maison je te ramène la clé B. _____ : Vous avez bloqué ce contact » Ces échanges rendent très peu crédibles les déclarations du prévenu selon lesquelles, le soir du 28 mai 2021, il y aurait eu une dispute puis que cela se serait calmé, qu'ils avaient fait l'amour et qu'il était ensuite parti. Si le récit du prévenu reflétait la réalité, le contenu des échanges, et en particulier le fait que la plaignante ait indiqué vouloir mettre définitivement un terme à leur relation, n'aurait aucun sens, étant précisé que le prévenu a admis qu'il ne s'était plus rien passé depuis son départ du domicile de la plaignante. Comme on l'a déjà indiqué, le contenu de la discussion implique nécessairement que quelque chose de grave s'est passé. En fonction de cet élément, ainsi que des autres circonstances mises en évidence par le tribunal criminel (cf. infra), il convient de retenir que l'infraction de viol est réalisée.

E. 7

L'appelant principal contestant « sa condamnation pour viols en octobre 2020 et le 28 mai 2021, ainsi que les effets pénaux y relatifs », on comprend qu'il ne conteste pas de manière distincte la peine fixée par le tribunal criminel, mais seulement en tant qu'elle découle de sa condamnation pour les deux viols qu'il réfute. Il n'y a dès lors pas lieu de s'y attarder.

E. 8

S'agissant de l'expulsion, l'appelant considère subsidiairement que, si les infractions le visant sont retenues, il faut tenir compte du fait qu'il a toujours travaillé, qu'il a une fille, qu'il verse les pensions dues à celle-ci, qu'il a en Suisse sa mère et sa sœur et qu'il dispose d'un réservoir d'amis. Le risque de récidive ne peut être retenu car il n'a aucun antécédent. Plus subsidiairement, il conviendrait de renoncer à l'inscription dans le SIS. En lien avec la question de l'expulsion, on peut renvoyer à la motivation, complète et convaincante, donnée par le tribunal criminel (cf. art. 82 al. 4 CPC), tant en ce qui concerne le prononcé de l'expulsion que son signalement dans le SIS (jugement entrepris cons. 28 et 29). On peut y ajouter ce qui suit. Les arguments soulevés par la défense (cf. supra) ont été pris en compte par les premiers juges et ils ont été correctement appréciés par ceux-ci. Il n'y a dès lors pas lieu de s'y étendre davantage. On se limitera à mettre en évidence que l'argument selon lequel le risque de récidive serait inexistant en l'absence d'antécédents est, à lui seul, impropre à infléchir en faveur de l'appelant la pesée des intérêts opérée par les premiers

juges. En effet, s'il convient de considérer que l'octroi du sursis – soit un pronostic favorable – implique un intérêt public réduit à l'expulsion, cela ne signifie pas encore que l'existence d'un cas de rigueur doit être admis, les autres critères pouvant, eux, justifier le prononcé de l'expulsion (Perrier Depeursinge/Monod , in CR CP I, 2021, n. 62 ad art. 66a et les arrêts cités). Il résulte aussi de la jurisprudence que la portée ainsi décrite du pronostic favorable doit être pondérée en présence d'actes de violence contre l'intégrité corporelle, d'infractions contre l'intégrité sexuelle et de violations de la loi sur les stupéfiants, le Tribunal fédéral considérant plus facilement que ce genre d'infractions justifie l'expulsion (Perrier Depeursinge/Monod , op. cit., n. 58 ad art. 66a et les arrêts cités). Le jugement entrepris doit dès lors également être confirmé en tant qu'il concerne l'expulsion.

E. 9

L'appelante jointe conteste le jugement du tribunal criminel en tant qu'il ne lui a pas accordé l'indemnisation qu'elle sollicitait au titre du tort moral.

E. 9.1

S'agissant des conclusions civiles prises par la partie plaignante, les premiers juges ont indiqué qu'ils étaient dans l'impossibilité de se déterminer sur l'existence, dans son principe et son ampleur, d'une atteinte subjectivement grave à la personnalité de la plaignante. Si, lors de l'audience de jugement, elle avait effectivement affirmé que reparler des viols lui faisait mal et que pour cette raison elle bénéficiait d'un suivi chez un psychologue depuis le mois d'août 2021, interrompu en décembre 2021 en raison de son accouchement et repris en avril 2022, elle n'avait produit aucun début de preuve de ce qu'elle alléguait. La demanderesse à l'action civile n'était toutefois pas déboutée, mais renvoyée à agir devant le juge civil en application de l'article 126 al. 2 let. b CPP. Dans son appel joint, le mandataire de la plaignante a relevé qu'il était établi que celle-ci avait été victime de deux viols, le second alors qu'elle était enceinte, ce qui constituait une trahison majeure de la part de celui dont elle était alors amoureuse, que l'atteinte était donc subjectivement grave même en l'absence d'attestations, que la victime avait donc suffisamment établi l'atteinte et que le prévenu aurait dû être condamné à lui verser une indemnité pour tort moral. Il a ajouté que sa cliente se réservait de déposer en cours de procédure d'appel les attestations de son psychologue, qui seraient également pertinentes (à titre d'indices supplémentaires) pour le jugement de l'appel principal, le prévenu persistant à vouloir nier les viols commis.

E. 9.2

En vertu de l'art. 126 CPP, le tribunal statue également sur les conclusions civiles présentées lorsqu'il rend un verdict de culpabilité à l'encontre du prévenu. Conformément à l'article 49 CO , celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques et psychiques consécutives à l'atteinte subie et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte. Sa détermination relève du pouvoir d'appréciation du juge. En raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, qui est destinée à réparer un dommage ne pouvant que difficilement être réduit à une simple somme d'argent, échappe à toute fixation selon les critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites; l'indemnité allouée doit toutefois être équitable. Le juge en

proportionnera le montant à la gravité de l'atteinte subie et évitera que la somme accordée n'apparaisse dérisoire à la victime ; s'il s'inspire de certains précédents, il veillera à les adapter aux circonstances actuelles pour tenir compte de la dépréciation de la monnaie (ATF 125 III 269 cons. 2a ; 118 II 410 cons. 2). L'atteinte objectivement grave doit être ressentie par la victime comme une souffrance morale ; à défaut, aucune indemnisation ne peut lui être accordée. Comme chaque être humain ne réagit pas de la même manière à une atteinte portée à son intégrité psychique, le juge doit se déterminer à l'aune de l'attitude d'une personne ni trop sensible, ni particulièrement résistante. Pour que le juge puisse se faire une image précise de l'origine et de l'effet de l'atteinte illicite, le lésé doit alléguer et prouver les circonstances objectives desquelles on peut inférer la grave souffrance subjective qu'il ressent, malgré la difficulté de la preuve dans le domaine des sentiments (ATF 125 III 70 cons. 3a ; 120 II 97 cons. 2b). La gravité de l'atteinte à la personnalité suppose en tout cas une atteinte extraordinaire, dont l'intensité dépasse l'émoi ou le souci habituel, de telle sorte qu'elle peut fonder une prétention particulière contre son auteur, alors que la vie exige de chacun qu'il tolère de petites contrariétés. Les montants accordés en cas de viols ou de contraintes sexuelles se situent généralement entre 10'000 francs et 30'000 francs (cf. par exemple arrêts du TF du 30.03.2007 [6P.1/2007] cons. 8 ; du 24.06.2005 [6S.192/2005]). Toute comparaison avec d'autres affaires doit toutefois intervenir avec prudence, dès lors que le tort moral touche aux sentiments d'une personne déterminée dans une situation donnée et que chacun réagit différemment face au malheur qui le frappe. Une comparaison avec d'autres cas similaires peut cependant, suivant les circonstances, constituer un élément d'orientation utile (ATF 130 III 699 cons. 5.1 ; 125 III 269 cons. 2a). Statuant selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 132 II 117 cons. 2.2.3 in limine). L'article 42 CO , qui s'applique également au tort moral, reprend ce principe à son alinéa 2. La preuve de la souffrance morale étant difficile à apporter, il suffit au demandeur d'établir la réalité et la gravité de l'atteinte objective qui lui a été portée. Pour ce qui est de l'aspect subjectif, le juge doit tenir compte du cours ordinaire des choses, comme l'y autorise l'article 42 al. 2 CO , le tort moral étant censé correspondre à celui qu'aurait ressenti une personne normale placée dans la même situation (cf. arrêt du 15.02.2017 [6B_267/2016] cons. 6.1 et les arrêts cités ; Landolt , Genugtuung, 2020, n. 1261 et les arrêts cités).

E. 9.3

En l'occurrence, il a été retenu que la plaignante a subi deux viols, à des périodes distinctes, le second alors qu'elle était enceinte. La réalité et la gravité de l'atteinte objective portée à la plaignante est établie. On doit considérer, selon le cours ordinaire des choses que la souffrance de quiconque placé dans la même situation serait telle qu'une indemnisation pour tort moral devrait lui être accordée. S'agissant de la quotité, on peut relever que le montant de 10'000 francs réclamé par la plaignante – qui se situe en bas de la fourchette des montants alloués par les tribunaux en cas de viol (pour le constat, cf. arrêt du 31.10.2010 de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois [2009.0082] cons. 4/e) – correspond à la souffrance subie par celle-ci et est dans l'ordre de grandeur de ce qui est accordé pour des situations similaires (cf. Hütte/Ducksh/Guerrero , Die Genugtuung, 2004, Genugtuung bei Sexualdelikten, X / 26, n. 21g et X / 28 n. 21j ; cf. aussi Landolt , op. cit., n. 1263, qui, a contrario , retient que la preuve des faits déterminants est moins stricte lorsque le demandeur vise une indemnisation se situant dans le bas de la fourchette des montants alloués en pratique). Il peut être alloué. Selon la jurisprudence (ATF 129 IV 149), l'indemnité pour tort moral de victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle est due avec

intérêts. Ceux-ci, fixés à 5% l'an, seront dus à partir du 28 mai 2021 (ch. 1 des conclusions civiles de l'appelant joint).

E. 10

jours, de telle sorte qu'un dossier complet devait parvenir à l'autorité délivrant les visas au plus tard le 14 juillet 2016. Dans sa lettre aux parents et à l'assistante sociale du 4 juillet 2016, le président de l'APEA avait d'ailleurs déjà informé les personnes concernées de cette échéance au 14 juillet 2016 et de la nécessité de rendre une décision à bref délai. Il les avait également informées qu'il traiterait la requête en procédure sommaire, avec possibilité pour la partie adverse de déposer des observations écrites à mesure qu'il n'était plus possible de fixer une audience (art. 256 al. 1 CPC applicable par renvoi de l'art. 18 LAPEA). Il ressort également de cette lettre que les parties ont été clairement informées de la volonté du président de l'APEA de faire trancher la requête par une décision de l'autorité plénière ne présentant pas un caractère provisoire, que ce soit en cas d'admission ou de rejet de la requête.

d) Sur la question du retrait de l'effet suspensif, la recourante, pour autant qu'on puisse la comprendre car son argumentation n'est pas toujours aisée à suivre, s'en prenant aussi bien à l'effet suspensif qu'à des problèmes de fond, soutient que l'imminence du départ au Mali était de la seule responsabilité de Y., qui n'avait jamais fait part, ni entre le 11 novembre 2015 et les 6 mois qui ont suivi, ni lors de l'audience devant le juge civil le 14 juin 2016, de l'acquisition de billets d'avion au mois d'avril ; que par ailleurs, le père des enfants sait que la convention sur les effets accessoires du divorce, ratifiée par le jugement de divorce, ne lui permet pas de voir ses enfants durant les trois dernières semaines des vacances d'été, mais seulement durant les trois premières. Admettre le retrait de l'effet suspensif dans un tel cas reviendrait à considérer qu'une partie peut, par ce biais, « remettre en cause intégralement un jugement de divorce et une convention de divorce signée entre les parties » ; que « l'effet suspensif (plus exactement : le retrait de l'effet suspensif) doit répondre à un intérêt public ou privé prépondérant », intérêt qu'elle ne considère pas comme donné dans le présent cas ; qu'enfin l'absence d'audition des enfants excluait le retrait de l'effet suspensif.

Dans ses observations du 18 août 2016, l'intimé conteste que la recourante n'ait été mise au courant de son projet de vacances au Mali qu'après qu'il en ait parlé à l'assistante sociale le 14 juin 2016 (c'est effectivement à cette date que l'assistante sociale D. a entendu parler de ce voyage pour la première fois) et qu'elle en avait au contraire connaissance dès la fin de l'année 2015. La recourante avait réagi de différentes manières pour s'opposer à son projet, d'abord en prétextant qu'elle ne trouvait plus les passeports, ensuite, après intervention de l'assistante sociale à mi-juin, en émettant des craintes quant à un enlèvement des enfants par leur père, puis en évoquant l'insécurité permanente au Mali, avant de soutenir qu'il ne respectait pas les dates des vacances prévues dans la convention matrimoniale. Sur la question du retrait de l'effet suspensif, l'intimé relève qu'il a, une fois appris les craintes d'enlèvement exprimées par la recourante, effectué les démarches permettant de prouver son retour en Suisse à la fin des vacances. L'APEA a pris en compte les problèmes d'insécurité au Mali et, après analyse des différents raisons soulevées par la recourante pour s'opposer à ce voyage, a choisi à bon droit de faire prévaloir une exécution immédiate.

e) Le dossier ne permet pas de considérer comme établi, même si cela est possible, que l'intimé ait informé la recourante de son projet de vacances au Mali à la fin de l'année 2015 déjà ou encore dans le courant du mois d'avril 2016, ainsi qu'il affirme dans sa requête du 27 juin 2016. Ce qu'on peut en revanche clairement retenir est qu'il en a informé l'assistante sociale D. le 14 juin 2016 et que celle-ci en entendait alors parler pour la première fois. Par ailleurs, c'est dès le 15 juin 2016 au plus tard (mêmes références) que la recourante a manifesté une opposition à ces vacances, en faisant part de ses craintes quant à un enlèvement des enfants par leur père. Selon l'assistante sociale, le père des enfants a alors donné des garanties quant à sa volonté de poursuivre sa vie en Suisse, vie qu'il avait entièrement construite à cet endroit ; il lui a transmis des copies des billets aller-retour, en s'engageant à transmettre à la mère des informations précises sur son lieu de séjour dans ce pays, où il serait accueilli auprès de sa sœur ; il a également déposé une attestation relative à un projet de formation comme moniteur de fitness dès fin août 2016, suite à la résiliation de son contrat de travail pour fin juillet 2016. Ces garanties ont conduit l'assistante sociale à affirmer « qu'il n'y avait pas véritablement de raison d'empêcher ce père de se rendre dans son pays avec ses enfants ».

Compte tenu de ces éléments, la recourante ne peut soutenir qu'elle a été confrontée à un départ imminent de l'intimé au Mali, dont celui-ci serait seul responsable. Elle a, par son attitude, précisément provoqué le dépôt de la requête du 27 juin 2016 dont elle se plaint et l'autorité de première instance a, dans cette mesure, retenu à bon droit qu'on ne saurait reprocher à Y. d'avoir tardé à agir contre le refus exprimé par la mère des enfants. Il était dès lors nécessaire de statuer à relativement bref délai et la conduite de la procédure par l'APEA ne prête pas le flanc à la critique. Celle-ci n'a, pour ces raisons, pas violé le droit en retirant l'effet suspensif à un éventuel recours. Ce retrait constituait en effet le seul moyen de permettre une exécution immédiate de la décision prise, décision dont on verra ci-après qu'elle est conforme au droit. Dès lors, même en statuant à réception du recours, l'autorité de recours n'aurait pas restitué au recours son effet suspensif.

3. S'agissant des autres griefs soulevés par la recourante, cette dernière conteste en premier lieu la compétence de l'APEA pour rendre la décision attaquée. Pour la Cour, l'autorité de première instance a considéré à bon droit qu'elle était compétente, même si la mère des enfants avait, le 9 février 2016, saisi le tribunal civil d'une action en modification de divorce visant à augmenter le montant des contributions d'entretien en faveur des enfants. En effet, comme vu ci-dessus, le dossier de la procédure APEA.2014.555 a été ouvert le 16 avril 2014 et une requête ensuite déposée le 19 septembre 2014, tendant à la suspension du droit de visite du père ainsi qu'à la désignation d'un curateur aux enfants. Cette requête pouvait être traitée par l'APEA du domicile de l'enfant, sur la base de l'art. 275 al. 1 CC s'agissant des relations personnelles, et sur la base de l'art. 315 al. 1 CC s'agissant de la mesure de protection. La compétence ainsi acquise subsiste même si une action en modification de jugement de divorce est par la suite engagée. Cette solution résulte clairement de l'art. 315a al. 3 ch. 1 CC, qui dispose que l'autorité de protection demeure () compétente pour poursuivre une procédure de protection introduite avant la procédure judiciaire. Cette solution était également justifiée au cas d'espèce par le fait que l'APEA connaissait bien le dossier qu'elle instruisait depuis environ deux ans et dans lequel figurait un rapport d'enquête sociale ainsi que d'autres rapports ultérieurs des assistants sociaux de l'Office de protection de l'enfant. Par ailleurs, il faut dire ici que l'argumentation de la recourante, selon laquelle le dossier de la cause aurait fait l'objet

d'un « classement implicite » à mesure qu'aucune décision n'avait été prise dans les 6 mois suivants l'audience du 11 novembre 2015, ne saurait être retenue. Ce genre de délai est souvent fixé par les juges de première instance dans de telles circonstances. L'idée est de voir comment évolue la situation avec dépôt d'un rapport à l'issue d'une telle période, afin que l'autorité puisse décider en connaissance de cause s'il se justifie ou pas de prononcer la mesure à laquelle on avait provisoirement renoncé. Il ne signifie aucunement qu'une absence de décision dans ce délai entraînera un classement du dossier. Cela est d'autant plus vrai que, dans le présent cas, le procès-verbal de l'audience du 11 novembre 2015 réserve expressément des délibérations et une décision de l'APEA une fois le rapport déposé. Finalement, et quoi qu'il en soit, la figure du classement implicite n'est pas connue des lois de procédure.

4. C'est également à juste titre que l'APEA a considéré que l'exercice par l'intimé de son droit aux relations personnelles avec ses enfants n'avait pas à être limité s'agissant de ce voyage au Mali, à mesure qu'aucun indice concret ne permettait de le soupçonner de vouloir profiter du voyage organisé à l'occasion des vacances d'été pour enlever ses filles et refaire sa vie avec elles au Mali. D'ailleurs la recourante ne conteste plus véritablement ce point au stade du recours. La Cour peut renvoyer sur ce point au considérant 6 de la décision attaquée. On précisera encore, que la carrière sportive de l'intimé est apparemment toujours en cours ; qu'il disposait, même si son contrat a été résilié, d'un travail correctement rémunéré, et qu'il envisageait une formation dans un domaine où ses qualités athlétiques lui donnent de bonnes chances de trouver ensuite un emploi ; que ses deux premiers enfants sont scolarisés en Suisse, où vit par ailleurs leur mère.

S'agissant du droit de visite, la recourante reproche en réalité à l'autorité de première instance d'avoir protégé une situation dans laquelle le père des enfants fait fi de l'organisation des vacances prévues par le jugement de divorce rendu en 2012. Une telle argumentation ne saurait toutefois être suivie. Le dossier montre en effet que, en dépit des difficultés existantes, les parties ont pu trouver des arrangements durant ces dernières années s'agissant d'organiser le droit de visite. De plus, il est évident que la mère des enfants n'aurait pas consenti au voyage projeté par leur père si ce dernier avait choisi les trois premières semaines des vacances d'été plutôt que les trois dernières. Comme elle ne se plaint du non-respect de la convention matrimoniale qu'au stade du recours (en première instance la recourante n'a en effet contesté que la compétence de l'APEA), il est très vraisemblable qu'elle ne le fasse que pour les besoins de la cause.

5. S'agissant enfin des risques liés à un séjour au Mali, l'APEA n'a pas ignoré les inquiétudes de la mère des enfants, puisqu'elle a indiqué qu'on pouvait les comprendre. Après avoir relevé que c'est par une prise de position spontanée de son avocat, du 12 juillet 2013 (dont on notera qu'elle a été déposée au-delà du délai pour observations, fixé au 8 juillet 2016), que la recourante avait signalé les recommandations émises par le DFAE, déconseillant tout séjour au Mali, l'APEA a quelque peu relativisé la portée de celles-ci. En relevant notamment que l'état de fait qui y était signalé n'était pas récent et que les enlèvements perpétrés ces dernières années avaient essentiellement touché des personnes adultes et s'étaient plutôt produits dans l'arrière-pays, alors même qu'il semblait que les enfants et leur père seraient accueillis chez la sœur de celui-ci. L'APEA a également relevé que la mère des enfants n'avait jamais émis de réserve quant à un voyage avec leur père dans ce pays, alors pourtant qu'il s'agit d'une perspective avec laquelle elle devait compter.

Pour l'autorité de recours, il n'y a pas de raisons impératives de s'écarter de cette appréciation, qui doit dès lors être confirmée. Il est certes vrai que la requête initiale du 16 avril 2014 mentionnait des difficultés dans le cadre de l'exercice du droit de visite, notamment en lien avec les vacances que le père des enfants souhaitait passer au Mali, mais on doit partir de l'idée que ces difficultés portaient sur un éventuel risque d'enlèvement par le père, risque à juste titre écarté dans le présent cas.

6. Compte tenu de l'ensemble des motifs qui précèdent, le recours doit être rejeté.

7. La recourante devra prendre à sa charge les frais de la procédure de recours, sous réserve des règles en matière d'assistance judiciaire. Elle devra en outre verser à Y., mais en mains de l'Etat à mesure que le prénommé doit être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire aussi pour la procédure de recours, une indemnité de dépens, qui est arrêtée, ex aequo et bono, à 500 francs au vu des observations déposées en seconde instance. Les honoraires de l'avocat d'office de Y. pour cette partie de la procédure seront fixés par décision séparée.

Par ces motifs, la Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte

1. Rejette le recours dans toutes ses conclusions et confirme la décision attaquée.

2. Accorde l'assistance judiciaire à Y. et maintient Me E. en qualité d'avocat d'office.

3. Met les frais de deuxième instance, arrêtés à 600 francs, à la charge de X., sous réserve des règles en matière d'assistance judiciaire.

4. Condamne X. à verser en faveur de Y. une indemnité de dépens de 500 francs, en mains de l'Etat à mesure que le prénommé plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire.

5. Arrête à 1'597.85 francs l'indemnité due à Me F., avocat d'office de X., pour la procédure de recours.

6. Dit que les honoraires du mandataire d'office de Y., Me E., seront fixés par décision séparée.

Neuchâtel, le 5 septembre 2017

1 Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances.

2 Lorsque l'exercice ou le défaut d'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant, ou que d'autres motifs l'exigent, l'autorité de protection de l'enfant peut rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs et leur donner des instructions.

3 Le père ou la mère peut exiger que son droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant soit réglé.

1 Nouvelle teneur selon le ch. I 4 de la LF du 26 juin 1998, en vigueur depuis le 1er janv. 2000 (RO19991118; FF1996I 1).

1 L'autorité de protection de l'enfant du domicile de l'enfant est compétente pour prendre les mesures nécessaires concernant les relations personnelles; la même compétence appartient en outre à l'autorité de protection de l'enfant du lieu de séjour de l'enfant si celle-ci a pris des mesures de protection en sa faveur ou qu'elle se prépare à en prendre.

2 Le juge qui statue sur l'autorité parentale, la garde et la contribution d'entretien selon les dispositions régissant le divorce et la protection de l'union conjugale règle également les

relations personnelles.²

³Si des mesures concernant le droit du père et de la mère n'ont pas encore été prises, les relations personnelles ne peuvent être entretenues contre la volonté de la personne qui a l'autorité parentale ou à qui la garde de l'enfant est confiée.

¹Nouvelle teneur selon le ch. I 4 de la LF du 26 juin 1998, en vigueur depuis le 1er janv. 2000 (RO19991118; FF1996I 1).²Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 21 juin 2013 (Autorité parentale), en vigueur depuis le 1er juil. 2014 (RO2014357; FF20118315).

¹Le juge chargé de régler les relations des père et mère avec l'enfant selon les dispositions régissant le divorce ou la protection de l'union conjugale prend également les mesures nécessaires à la protection de ce dernier et charge l'autorité de protection de l'enfant de leur exécution.²

²Le juge peut aussi modifier, en fonction des circonstances, les mesures de protection de l'enfant qui ont déjà été prises.

³L'autorité de protection de l'enfant demeure toutefois compétente pour:³

1. poursuivre une procédure de protection de l'enfant introduite avant la procédure judiciaire;
2. prendre les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant lorsqu'il est probable que le juge ne pourra pas les prendre à temps.

¹Introduit par le ch. I 1 de la LF du 25 juin 1976, en vigueur depuis le 1er janv. 1978 (RO1977237; FF1974II 1). Nouvelle teneur selon le ch. I 4 de la LF du 26 juin 1998, en vigueur depuis le 1er janv. 2000 (RO19991118; FF1996I 1).²Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 19 déc. 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), en vigueur depuis le 1er janv. 2013 (RO2011725; FF20066635).³Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 19 déc. 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), en vigueur depuis le 1er janv. 2013 (RO2011725; FF20066635).

Le recours est suspensif, à moins que l'autorité de protection de l'adulte ou l'instance judiciaire de recours n'en décide autrement.

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