Urteilskopf

99 IV 257

61. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 19 octobre 1973, dans la cause B. contre Ministère public du canton de Vaud
Regeste (de):
Art. 5 und 6 StGB:

1. Art. 5 geht Art. 6 StGB vor (Erw. 1).

2. Der Vorbehalt zugunsten des milderen Gesetzes des Begehungsortes in Art. 5 Satz 2 StGB bedeutet nicht, dass das im ausländischen Recht aufgestellte Erfordernis eines Strafantrages zu berücksichtigen sei (Erw. 5).

Art. 191 Ziff. 1 und 2 StGB:

1. Dass nach italienischen Recht Unzucht mit Kindern nur auf Antrag verfolgt wird, widerspricht dem schweizerischen Ordre public nicht (Erw. 4).

2. Die Pflegekindschaft im Sinne dieser Bestimmungen ist dadurch gekennzeichnet, dass das Kind dem Täter im Einverständnis mit dem Inhaber der elterlichen Gewalt in einer Weise zur Betreuung anvertraut ist, dass auf der einen Seite eine besondere Autorität, auf der andern eine entsprechende Abhängigkeit begründet wird (Erw. 6).

Regeste (fr):
Art. 5 et 6 CP:

1. Lorsqu'il trouve application, l'art. 5 l'emporte sur l'art. 6 CP (consid. 1).

2. L'art. 5 CP deuxième phrase n'implique pas la prise en considération des exigences du droit étranger quant au dépôt d'une plainte, lorsqu'il se réfère à la loi la plus favorable (consid. 5).

Art. 191 ch. 1 et 2 CP:

1. Le fait que le droit italien subordonne la poursuite des attentats à la pudeur des enfants au dépôt d'une plainte n'est pas contraire à l'ordre public suisse (consid. 4).

2. Un enfant est confié au sens de ces dispositions dès que, d'une manière ou d'une autre, et de l'aveu du détenteur de la puissancepaternelle, l'auteur dispose à l'égard de l'enfant d'une autorité spéciale qui entraîne une certaine dépendance (consid. 6).

Regesto (it):
Art. 5 e 6 CP.

1. L'art. 5 è preminente sull'art. 6 CP (consid. 1).

2. La riserva del diritto più favorevole del luogo in cui l'atto è stato commesso, prevista all'art. 5 cpv. 1 seconda frase CP, non implica di tener conto dell'esigenza della querela di parte stabilita nel diritto straniero (consid. 5).

Art. 191 num. 1 e 2 CP.

1. L'esigenza della querela di parte, stabilita nel diritto italiano per il perseguimento dei delitti di libidine su fanciulli, non è contraria all'ordine pubblico svizzero (consid. 4).

2. L'affidamento di un fanciullo nel senso di questa disposizione presuppone soltanto che, d'accordo con il detentore della patria potestà, l'autore disponga di un'autorità speciale sul fanciullo e che questi si trovi in condizione di dipendenza da quello (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 258

BGE 99 IV 257 S. 258

A.- En 1971, Jean B., qui est un ami de la famille X, s'est vu confier - ce n'était pas la première fois - le jeune Georges X, qui n'avait pas encore 12 ans, lors de vacances passées en Italie, à Bellaria. Durant la période où il a logé seul avec l'enfant dans une chambre à deux lits, il s'est livré sur lui à des attentats à la pudeur, en plusieurs occasions, en général durant la sieste de l'après-midi. Ces actes se sont renouvelés régulièrement jusqu'au retour en Suisse, le 31 juillet. X, le père de la victime, n'a pas déposé plainte. A l'occasion de son audition par le juge informateur de Vevey-Lavaux, le 14 décembre 1971, ce magistrat lui a dit en effet que les crimes reprochés à B. étaient poursuivis d'office. Il a donc

BGE 99 IV 257 S. 259

renoncé à déposer plainte, alors qu'il aurait encore pu le faire en temps utile, n'ayant appris les faits incriminés que le 28 octobre précédent.

B.- Le 22 novembre 1972, B. a été condamné par le Tribunal correctionnel du district de Vevey à la peine de deux ans et demi d'emprisonnement sous déduction de 9 jours de détention préventive et à l'incapacité d'exercer une charge ou fonction officielle pour une durée de cinq ans, pour attentat à la pudeur des enfants. Les premiers juges ont relevé que les actes en cause étaient punissables en vertu des art. 519 ss et 542 du Code pénal italien; ils ont estimé sans importance le fait que ces infractions ne soient poursuivies en Italie que sur plainte, celle-ci ressortissant au droit de procédure et non au droit matériel, tant en droit suisse qu'en droit italien. Ce jugement a été confirmé le 23 mars 1973 par la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois. Celle-ci a admis que le principe de la lex mitior s'appliquait aussi bien en fonction du droit de procédure que du droit matériel. Elle a toutefois relevé que le père de la victime avait manifesté sa volonté de voir punir B., qu'il ne s'était abstenu de déposer plainte qu'à la suite de la fausse indication donnée par le magistrat instructeur, que les faits incriminés étaient rattachés moins étroitement à l'ordre juridique italien qu'à celui de la Suisse et enfin que ce serait faire preuve d'un formalisme excessif et agir contrairement à l'ordre public dans ces conditions que de prononcer une libération pour le motif qu'une plainte n'aurait pas été déposée en temps utile.

C.- B. se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral; il conclut à libération. Le Ministère public propose le rejet du recours. Le recourant a également déposé un recours de droit public qui a été rejeté le 14 septembre 1973.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. Les actes incriminés ont été commis à l'étranger par un Suisse contre un Suisse. C'est donc l'art. 5 CP qui fonde l'application de la loi pénale et non l'art. 6 CP sur lequel il a le pas (THORMANN/VON OVERBECK, no 6 ad art. 5, no 2 ad art. 6; LOGOZ, no 2 ad art. 5, no 2b ad art. 6; HAFTER, partie générale p. 60). Conformément à l'art. 5 CP, le droit suisse est applicable à

quiconque aura commis à l'étranger un crime ou un délit contre un Suisse, pourvu que l'acte soit réprimé aussi dans l'Etat où il a été commis, si l'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé à l'étranger, ou s'il est extradé à la Confédération à raison de cette infraction. La loi étrangère sera toutefois applicable si elle est plus favorable à l'inculpé.

2. Il n'est pas contesté que les actes en cause, qui sont réprimés aux art. 191 ch. 1 et 2 CP, sont poursuivis d'office en Suisse. Les premiers juges ont admis qu'ils tombaient en Italie sous le coup des art. 519 (della violenza carnale) et 521 (atti di libidine violenti) du code pénal italien (CPI) qui prévoient respectivement des peines de réclusion de 3 et 2 ans au minimum. Ces dispositions trouvent effectivement application, dès lors que le droit italien assimile le "coïtus in os" à la "congiunzione carnale" et du fait que, conformément aux art. 519 al. 2 ch. 1 et 2, et 521 al. 2 CPI, il considère de tels actes exercés même sans violence contre un enfant de moins de 14 ans ("persona la quale al momento del fatto non ha compiuto gli anni quattordici"), ou contre un enfant de moins de 16 ans, lorsqu'il a été confié à l'auteur ("... quando il colpevole... è un'altra persona a cui il minore è affidato per ragioni... di custodia"), comme un viol ("violenza carnale") ou comme un attentat à la pudeur avec violence ("atti di libidine violenti"). Les peines minimums sont donc plus lourdes selon le droit italien que selon le Code pénal (cf. art. 191 ch. 1 et 2 al. 2 CP). Conformément à l'art. 542 CPI, ces infractions ne sont poursuivies que sur plainte de la victime ou du père de celle-ci (genitore, art. 120 CPI, lorsqu'elle n'a pas encore 14 ans). La plainte ne peut être retirée. La poursuite a parfois lieu d'office, mais seulement dans certaines hypothèses non réalisées ici.

3. Ainsi que l'a admis à juste titre l'autorité cantonale, le père de la victime n'a pas déposé plainte. Peu importe qu'il ait été induit en erreur par le magistrat instructeur. De toute manière il a lui-même reconnu devant les premiers juges qu'il ne pouvait dire ce qu'il aurait fait s'il avait été en mesure d'agir en toute connaissance de cause. Il ressort plutôt de ses déclarations que s'il acceptait difficilement l'idée que le recourant soit acquitté, il n'en demandait pas lui-même la punition, estimant que cette tâche incombait à l'Etat.

4. On ne saurait en revanche suivre l'autorité cantonale quand elle considère la libération du recourant faute du

dépôt d'une plainte comme l'effet d'un formalisme excessif et comme une conséquence contraire à l'ordre public suisse. Il ne faut pas confondre la libération des fins de la poursuite pénale qui intervient pour des rai-

sons de procédure et l'acquittement qui est une déclaration d'innocence. Il arrive couramment, dans un Etat de droit, qui se doit de protéger les citoyens contre les excès de la puissance publique, qu'un acte punissable en soi n'entraîne aucune condamnation. Cela n'est contraire à l'ordre public que si une norme fondamentale, reposant sur le sentiment profond de la population, en est transgressée (RO 97 I 156, consid. 5; 96 I 397). Tel n'est le cas, lorsque l'application du droit étranger conduit à libérer un accusé, que dans des circonstances exceptionnelles. Selon ANTOLISEI (Manuale di diritto penale, partie spéciale I, 4e édition, Milan 1960 p. 385), la ratio legis de la réglementation italienne est que, dans le domaine intime, la victime peut avoir un intérêt prépondérant à éviter toute publicité. S'agissant par ailleurs d'une infraction contre les moeurs commise sur un enfant, l'audition de la victime, au cours d'une poursuite pénale, est de nature à rendre plus profond et plus durable le tort moral qui lui a été causé. Le droit fédéral lui aussi connaît l'exigence du dépôt d'une plainte dans l'intérêt du lésé, à côté de celle qui est fondée sur le peu de gravité de l'infraction (GERMANN, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, p. 205/6 nos 1 et 2; HAFTER, partie générale, p. 134/135; LOGOZ, p. 119 no 3; SCHWANDER, p. 224 no 417; THORMANN/VON OVERBECK, p. 132 no 1). Il en est ainsi en matière d'enlèvement (art. 183 ch. 1 CP), d'abus de la détresse ou de la dépendance où se trouve une femme (art. 197 CP), de violation d'une obligation d'entretien (art. 217 CP), d'abandon d'une femme enceinte (art. 218 CP), ainsi que pour certains délits commis contre les proches et les familiers (art. 137 et 140 CP). Selon les législations pénales en vigueur au début du siècle, l'attentat à la pudeur des enfants n'était souvent poursuivi que sur plainte, pour autant que la victime ne soit pas confiée aux soins de l'auteur. Ainsi à Fribourg (art. 195), en Valais (art. 204) et Vaud (art. 200). Ce n'est que plus tard (Fribourg, 1924, art. 110; Vaud, 1931, art. 184) que ces infractions ont été poursuivies d'office. Quant aux législations de langue allemande, plusieurs d'entre elles ne réprimaient que les relations

intimes entretenues avec des fillettes, et seulement sur plainte (Zurich, Glaris, Zoug, Appenzell, Grisons et Argovie). Lorsque l'acte portait sur un enfant confié, le dépôt d'une plainte n'était pas nécessaire, de même à Fribourg, Vaud et Neuchâtel en cas de corruption ou de séduction. La notion d'enfant confié variait d'un canton à l'autre, si bien que le recourant n'aurait pas été punissable partout (cf. STOOSS, Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, Tome 2, p. 222 ss). La réglementation italienne est plus précise et plus détaillée que les législations cantonales précitées. Les infractions en cause y sont poursuivies sur plainte, mais celle-ci une fois déposée ne peut plus être retirée, de façon à éviter une extorsion ou un marchandage. Le droit de plamte appartient aux parents, soit à ceux qui au premier chef ont pour tâche de veiller au bien de l'enfant. La poursuite a toutefois lieu d'office lorsque l'acte est le fait des parents, du tuteur, d'un employé ou fonctionnaire public, ou lorsqu'il est lié à d'autres infractions poursuivies d'office. Au vu de ce qui précède, de telles dispositions, si elles s'écartent du droit en vigueur en Suisse, ne heurtent pas le sentiment de la justice qui y est communément reçu.

5. Contrairement à l'opinion de l'autorité cantonale, la circonstance que l'infraction, commise par un Suisse contre un Suisse, ait eu lieu au cours d'un séjour de brève durée en Italie n'autorise nullement à faire abstraction du droit du lieu de commission, auquel se réfèrent sans restriction les art. 5 et 6 CP et à ignorerle droit souverain de chaque Etat à faire régner l'ordre et la paix sur son territoire. Le seul point déterminant en l'espèce est celui de savoir si l'art. 5 deuxième phrase implique la prise en considération des exigences du droit étranger quant au dépôt d'une plainte, dans le cas d'une infraction poursuivie d'office en Suisse. Cette question doit être examinée à plusieurs points de vue. a) Selon une jurisprudence constante, la plainte est exclusivement une condition de la poursuite pénale et relève par conséquent de la procédure. La punissabilité n'en dépend pas (RO 69 IV 72, 73 IV 97, 81 IV 92, consid. 3, 98 IV 146 consid. 2; GERMANN, Code annoté; SCHwANDER, no 416 a; contra SCHULTZ, partie générale Tome 1, p. 148). Cette manière de voir paraît la plus naturelle, car l'institution de la plainte, on l'a vu, a pour but d'éviter une poursuite inopportune plutôt que d'assurer l'impunité dans certains cas, tout au moins pour

les plus graves des infractions poursuivies sur plainte. Il y a d'autant moins de raisons de s'en écarter que la jurisprudence des Etats voisins va dans le même sens (Allemagne: SCHOENKE/SCHROEDER, § 61 no 8; France: BOUZAT, Traité, Tome 1 no 866; Autriche: RITTLER, Tome 1 p. 71 et 248). La Cour de cassation pénale italienne notamment, en accord avec la majorité de la doctrine, considère la plainte comme une condition de la poursuite [Cass. 3.9.1951 (Foro penale, 1952, 21) cité par MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, Tome 1, 4e édition, 1961, complétée par PISAPIA, no 187 III p. 490, rem. 9 in fine; cf. encore GIUSEPPE GIANZI, Enciclopedia del diritto, Giufré, Tome 16, 1967, "Estradizione", p. 30 rem. 104 et cit.; Novissimo digesto italiano, "Estradizione", Tome 6 p. 1014; ANTOLISEI, partie générale no 237; LEONE, Istituzione di diritto processuale penale, Tome 1, Naples 1965, p. 326]. b) Ce point de vue est renforcé par le texte même des art. 5 al. 1 et 6 al. 1 CP. On y voit en effet que l'application du code pénal suisse dépend de la circonstance que l'acte est "réprimé" à l'étranger (texte allemand: "strafbar"; texte italien: "punibile"). De plus, la version allemande de la deuxième phrase de ces dispositions fait allusion à une "loi plus douce" (milderem Gesetz). Or on ne saurait parler de loi plus douce qu'en comparant deux peines (ou deux sanctions, cf. mutatis mutandis RO 68 IV 37, 66, s'agissant de la comparaison de peines et de mesures de sûreté). Il est peu vraisemblable que les versions romandes, plus générales ("plus favorable", "più favorevole") marquent la volonté de s'écarter du sens obvie de la première phrase de l'alinéa qui consacre la double punissabilité et du texte allemand correspondant. Il s'agit bien plutôt d'une recherche rédactionnelle. c) L'art. 5 CP consacre une solution subsidiaire à l'extradition, mais cela n'emporte pas que le droit suisse a un caractère supplétif. Au contraire, il est applicable au premier chef, tandis que le droit étranger n'entre en considération que s'il entraîne une punition moins sévère. Si l'art. 5 CP prévoit l'application de la lex fori au lieu de la lex loci delicti même pour le droit matériel, il faut admettre a fortiori qu'il en va de même pour le droit de procédure (cf. RO 62 II 219; 68 IV 39, 62; 69 IV 138) et, partant, pour ce qui regarde l'exigence d'une plainte pénale. La loi ne contient pas à l'égard de l'art. 5 CP une exception

analogue à celle qui figure à l'art. 339 ch. 3 CP pour le droit intertemporel. De toute manière, l'absence d'une plainte, même en droit italien, n'enlève rien au caractère illicite ou punissable de l'acte. d) Un argument supplémentaire est encore fourni par le développement du droit en matière d'extradition. Celle-ci assurément ne doit pas être accordée lorsque aucune plainte n'a été déposée et que l'infraction n'est poursuivie que sur plainte dans l'Etat requérant (RO 78 I 136 consid. 2), car elle n'aurait aucun sens, ne pouvant conduire à aucune condamnation. En revanche, contrairement à une partie de la jurisprudence la plus ancienne (cf. SCHULTZ, Auslieferung, p. 338 rem. 149), la plus récente, en accord avec l'opinion exprimée au RO 69 IV 69 ss, admet que le défaut de plainte - même prévue par le code pénal - ne s'oppose pas à l'extradition lorsque l'infraction en cause est poursuivie d'office dans l'Etat requérant (arrêt du Conseil fédéral, 20 mai 1958, JAAC 1958, no 67). Quant à la convention européenne d'extradition, si elle mentionne comme cause de refus la prescription, elle ne fait aucune allusion à l'absence de plainte. Enfin, la jurisprudence italienne accepte une requête d'extradition même si l'exigence du droit italien quant au dépôt d'une plainte n'est pas remplie [Cass. 4 juillet 1952, in Giust. pen. 1953 II 144 m. 76; Cass. 3 septembre 1951, Foro penale, 1952, 21 cités par MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, Tome 1, 4e éd., 1961, no 187 II p. 490, rem. 9 in fine (complément de PISAPIA); GIUSEPPE GIANZI, Enciclopedia del diritto, Giufré, Tome 16, 1967, "Estradizione", p. 30 rem. 104, indique d'autres décisions dans le même sens et renvoie à différents auteurs qui soutiennent la même opinion:

Aloisi-Fini, Grispigni, Pannain; toutefois lui-même serait dans ce cas opposé à l'extradition; Novissimo digesto italiano, "Estradizione", Tome 6 p. 1014 et citations de jurisprudence]. La doctrine française ne soutient pas un avis différent (DONNEDIEU DE VABRES, Principes modernes du Droit pénal international, Paris 1928 p. 275 rem. 49; DALLOZ, Encyclopédie, Droit international et Droit pénal) et ne prend en considération le dépôt de la plainte que s'il est exigé par le droit de l'Etat requérant. Si la Suisse accepte d'extrader pour une infraction qu'elle ne poursuit elle-même que sur plainte, alors que celle-ci n'a pas été déposée, il est logique que, de son côté et dans le cas inverse, elle demande l'extradition et punisse l'auteur. Elle ne peut agir

BGE 99 IV 257 S. 265

différemment lorsque ce dernier est arrêté et traduit en justice sans avoir été extradé. e) Il est vrai que la majorité de la doctrine estime que l'exigence du dépôt d'une plainte selon la lex loci delicti doit être prise en considération lors de l'application de l'art. 5 CP, lorsque l'infraction est poursuivie d'office en Suisse: HAFTER (partie générale p. 59 avec renvoi à p. 44 ch. III, p. 134), LOGOZ (art. 5 no 4 et renvoi à l'art. 2 no 5 et art. 339 ainsi que la remarque générale sur les art. 28 à 31 no 5, p. 120), THORMANN/VON OVERBECK (art. 5 nos 11 et 12, art. 28 no 2) et SCHULTZ, Schweiz. Auslieferungsrecht, p. 336). Pour ces auteurs, cette opinion est naturelle puisqu'ils admettent le caractère matériel de la plainte. On a vu toutefois que la plainte doit être considérée comme une condition de la poursuite pénale et, par ailleurs, lorsque l'infraction est punissable au lieu de commission, il serait contraire à la réalité des choses que l'auteur puisse soutenir que son acte est toléré ou licite pour le seul motif qu'une plainte - dont l'absence ou l'existence est indépendante de sa volonté - n'a pas été déposée.

6. Sur le fond, c'est à juste titre que le recourant ne conteste pas que les alinéas 2 de l'art. 191 ch. 1 et 2 CP lui sont applicables et que l'une des conditions d'aggravation du délit, qui sont exhaustivement énumérées par la loi (RO 91 IV 195), est réalisée. Les premiers juges ont relevé que l'enfant était confié aux soins du recourant. Cette expression, qui correspond au texte italien "affidato alle cure di questo", ne se rapporte pas exclusivement aux cas analogues à la tutelle, dans lesquels une personne remplace durablement les parents auprès d'un mineur. Il suffit que, d'une manière ou d'une autre et de l'aveu du détenteur de la puissance paternelle, l'auteur dispose à l'égard de l'enfant d'une autorité spéciale qui entraîne une certaine dépendance. C'est l'abus de la relation découlant de cette autorité d'une part et de cette dépendance d'autre part, que répriment les dispositions en cause (RO 82 IV 192/3; 83 IV 73). Contrairement à l'avis exprimé dans le dernier arrêt cité (p. 74 supra), on ne saurait nécessairement rattacher cette relation à l'autorité domestique au sens de l'art. 331 CC. Celle-ci d'ailleurs faisait en l'occurrence défaut, puisque la victime ne vivait pas en ménage commun avec le recourant. Il suffit au contraire que la

BGE 99 IV 257 S. 266

relation autorité spéciale - dépendance soit suffisamment immé diate, comme en l'espèce. En effet, sans compter que le recourant partageait la chambre de sa victime, il jouissait auprès de la famille de celle-ci d'une confiance particulière; l'enfant de plus se trouvait éloigné des siens, en pays étranger et il a été privé, après le départ de son oncle, de tout recours auprès d'un tiers. Même si le recourant n'avait pas à l'égard de sa victime les mêmes devoirs que les parents de celle-ci, il avait accepté de veiller à son bien durant les vacances. Cette charge librement assumée impliquait notamment une surveillance et une protection dans le domaine des moeurs. L'enfant était donc bien confié au sens de l'art. 191 ch. 1 al. 2 et 191 ch. 2 al. 2 CP.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
Rejette le pourvoi.