

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 3 mars 2010

Présidence de M. CREUX, président
Juges : M. Battistolo et Mme Epard
Greffier : Mme Rouiller

Art. 191 CP; 411, 414a, 415, 418a CPP

La Cour de cassation pénale prend séance à huis clos pour statuer sur le recours interjeté par **X.**_____ contre le jugement rendu le 20 janvier 2010 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne dans la cause la concernant dirigée contre **O.**_____.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 20 janvier 2010, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a libéré O._____ des chefs d'accusation de lésions corporelles simples, voies de fait, dommages à la propriété, obtention frauduleuse d'une prestation, injure, menaces, contrainte sexuelle, viol, actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, violation des devoirs en cas d'accident et conduite d'un véhicule défectueux (I), constaté qu'O._____ s'était rendu coupable de violence ou menace contre les autorités ou les fonctionnaires, violation simple des règles de la circulation routière, ivresse au volant qualifiée, tentative de dérobade aux mesures visant à déterminer l'incapacité de conduire, conduite malgré un retrait du permis de conduire, contravention à l'ordonnance sur les règles de la circulation routière, contravention à l'ordonnance réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière, infraction à la Loi fédérale sur les armes et contravention à la loi sur les sentences municipales (II), condamné O._____ à une peine privative de liberté de 12 mois ainsi qu'à une amende de 200 fr., peine partiellement complémentaire à celle infligée le 21 août 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne (III), suspendu l'exécution d'une partie de la peine privative de liberté, portant sur six mois et fixé au condamné un délai d'épreuve de 3 ans (IV), dit qu'à défaut du paiement de l'amende, la peine privative de liberté de substitution serait de 2 jours (V), révoqué le sursis accordé à O._____ le 13 janvier 2005 par le Juge d'instruction de Lausanne à une peine d'emprisonnement de deux mois, sursis prolongé le 21 août 2006, et ordonné l'exécution de cette peine (VI), révoqué le sursis accordé à O._____ le 21 août 2006 par le Juge d'instruction de Lausanne à une peine d'emprisonnement de 20 jours et ordonné l'exécution de cette peine (VII), pris acte pour valoir jugement, de la convention signée par O._____ et T._____ (VIII), donné acte à X._____ de ses réserves civiles contre O._____ (IX), mis une part des frais de justice, par 18'466 fr. 40, à la charge d'O._____, lesquels comprennent l'indemnité allouée à son défenseur d'office Me Guy Longchamp, par 4'994 fr. 70, et laissé le solde à la charge de l'Etat (X), dit que le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au chiffre X ne serait

exigible que pour autant que la situation financière d'O._____ le permette (XI).

B. La motivation en fait et en droit de ce jugement, dans ce qu'elle a d'utile à retenir pour l'examen du recours, est en substance la suivante, la cour de céans se référant pour le surplus à l'état de fait dans son intégralité :

1. Dans la nuit du 30 mars au 1^{er} avril 2006, O._____ a fait la connaissance de X._____ (ci-après également : la victime) dans l'établissement public nommé le « [...] ». Après avoir discuté quelques instants, l'accusé et plaignante, tous deux sous l'influence de l'alcool, sont sortis de l'établissement pour s'isoler à proximité des entrepôts de [...]. Au départ consentante, X._____ s'est laissée caresser le sexe à même la peau par l'accusé qui lui a également introduit un doigt dans le vagin. Il a ensuite tenté d'obtenir d'elle une fellation en la prenant par les cheveux et en lui baissant la tête, mais elle s'y est refusée et elle est parvenue à lui résister. Par la suite, à la demande de l'accusé, X._____ a baissé ses collants et son slip. L'accusé a tenté de la pénétrer alors qu'elle était debout face à lui, appuyée contre une voiture. Comme il ne parvenait pas à ses fins, il lui a demandé de se retourner. Elle s'est alors exécutée, laissant une nouvelle fois l'accusé tenter de la pénétrer. Ce dernier se comportant de manière brutale, X._____, qui n'avait jamais eu de rapports sexuels auparavant, a commencé à avoir mal et a manifesté sa douleur à l'accusé. Passant outre le fait qu'elle lui demandait d'arrêter, il a continué à essayer de la pénétrer avec violence et brutalité, au point de la faire tomber sur les genoux. Il a également tenté de s'introduire dans son anus. Ne parvenant pas à ses fins, il l'a finalement laissée et a quitté les lieux. X._____ a souffert de lésions vulvaires.

L'autorité de première instance a retenu la version des faits exposée ci-dessus, laquelle se fonde sur les déclarations faites en cours d'enquête tant par la victime que par l'accusé, et qui a été confirmée dans ses grandes lignes aux débats. Elle a relevé les précisions données par

X._____, dont il ressort qu'elle n'aurait pas été victime de violence physique de la part de l'accusé mais, fortement sous l'influence de l'alcool et paralysée par la situation, elle n'aurait pas pu, autrement que par la parole, manifester son refus de poursuivre les actes auxquels elle avait consenti au départ, en priant l'accusé d'arrêter. Ont été notées les allégations de la victime qui aurait été incapable de discernement ou de résistance en raison de la douleur, de sa consommation d'alcool, d'un mélange de peur et de honte, mais aurait été réveillée par la douleur, ce qui l'aurait fait réagir.

Entendu à son tour dans ses explications, l'accusé n'a pas contesté les faits. Toutefois, il a précisé qu'il n'avait usé d'aucun moyen de contrainte, que X._____ était consentante et pleinement capable de réagir à ce qui lui arrivait et que s'il était exact qu'elle lui avait, à un certain moment, demandé d'arrêter, il n'avait pas interprété ses paroles comme un refus clair de continuer l'acte sexuel ou les actes d'ordre sexuel en cours. Interpellée au sujet de l'éventuel refus manifesté, X._____ a expliqué à l'audience que les douleurs avaient débuté lorsque l'accusé était derrière elle. Des éléments retenus par les premiers juges, il ressort encore que l'accusé a donné son numéro de téléphone à sa victime, la version des faits de chacune des parties divergeant sur la question de savoir si cet échange a eu lieu avant ou après les actes à juger. Enfin, X._____ accusait un taux d'alcoolémie de 0,74g ‰ à 02h10. Les témoins entendus aux débats ont confirmé qu'elle avait consommé des boissons alcoolisées (Vodka, Redbull) dans des proportions peut-être supérieures à celles des amies qui l'accompagnaient et que l'on pouvait remarquer qu'elle était sous l'influence de l'alcool, notamment en raison de sa façon de parler. Personne ne l'a toutefois décrite comme étant complètement ivre, proche du coma éthylique et incapable de marcher.

2. O._____ ayant été renvoyé comme accusé de contrainte sexuelle et de viol pour les faits relatés ci-dessus, les premiers juges l'ont libéré de ces accusations au motif que les faits retenus ne permettaient pas de tenir pour établi que l'auteur avait usé d'un moyen de contrainte efficace lui permettant d'accomplir l'acte incriminé sans tenir compte du

refus de la victime. Au surplus, à supposer que contrainte il y ait eu, l'élément subjectif nécessaire pour que la contrainte sexuelle ou le viol fût réalisé n'était pas présent, même pas au stade du dol éventuel. En effet, la victime ayant consenti à toute une série d'actes (caresse du sexe à même la peau, pénétration ou tentative de pénétration par devant et par derrière, abaissement du collant et du slip), tout en priant, d'après elle, l'accusé d'arrêter, il était douteux que ce dernier ait pu comprendre que la victime n'était réellement plus consentante à la fin des actes (cf. jugement entrepris, p. 18).

3. Le tribunal de première instance a également libéré O. _____ de l'accusation d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance fondée sur l'art. 191 al. 1 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 311.0). Il a rejeté la thèse défendue par la recourante qui soutenait, dans sa requête d'aggravation, avoir été incapable de discernement et de résistance et n'avoir pris conscience de la situation qu'après avoir été réveillée par l'accusé qui tentait brutalement de la pénétrer par derrière. Ils ont constaté que la victime avait pleinement consenti, en toute connaissance de cause, à tous les actes, jusqu'à ce que l'accusé se retrouve derrière elle, et voyaient mal pourquoi elle se serait tout d'un coup -alors que les choses étaient bien avancées- retrouvée incapable de discernement ou de résistance. En outre, l'état d'ivresse de la victime, de léger à moyen, ne permettait pas de retenir une incapacité de discernement et il n'y avait pas non plus d'incapacité de résistance au sens admis par la jurisprudence, la situation n'étant en rien comparable avec celle d'une femme installée sur un siège de gynécologue. En tout état de cause, l'élément subjectif faisait défaut puisqu'il n'était pas établi qu'O. _____ avait pu se rendre compte que X. _____ n'était pas capable de comprendre ce qui lui arrivait et de résister, compte tenu notamment de l'attitude qu'elle avait adoptée jusque-là. (cf. jugement entrepris p. 20).

4. S'agissant des autres infractions retenues à charge de l'accusé, elles ne sont pas contestées, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en faire le résumé ici.

C. En temps utile, X._____, plaignante et partie civile, a recouru contre le jugement précité en concluant principalement à ce qu'il soit réformé en ce sens qu'O._____ soit reconnu coupable d'actes d'ordre sexuels commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance et condamné à une peine fixée à dire de justice, ainsi que reconnu son débiteur et lui devoir immédiatement paiement de 10'000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 2 avril 2006 à titre réparation du tort moral. A titre subsidiaire, la victime a conclu à l'annulation du jugement entrepris et au renvoi de l'affaire en première instance pour nouvelle instruction et nouveau jugement dans le sens des considérants.

En droit :

I. X._____ a la qualité de victime au sens de l'article 2 LAVI. Elle est également partie plaignante et partie civile. Le recours en réforme et en nullité lui est dès lors ouvert quant à ses conclusions civiles, tant au regard des art. 414 et 418 CPP que des art. 414a et 418a CPP [Code de procédure pénale du 12 septembre 1967, RSV. 312.01].

Dans la mesure où elle demande à se voir allouer les prétentions civiles qu'elle a requises en première instance, son recours est recevable.

II. Le recours est en nullité et en réforme. En pareil cas, il appartient à la cour de céans de déterminer la priorité d'examen des moyens invoqués (Besse-Matile/Abrevanel, Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois, in JT 1989 III 98, spéc. 99; Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, in JT 1996 III 66, spéc. p. 107; Bovay/Dupuis/Monnier/Moreillon/Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, 3^e éd., Bâle 2008, n. 1.4 ad art. 411 CPP).

En l'espèce, il convient d'examiner en premier lieu les moyens de nullité, ceux-ci pouvant faire apparaître des insuffisances, des lacunes ou des contradictions dans l'état de fait retenu par le tribunal (art. 411 litt. h CPP) ou des doutes sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause (art. 411 litt. i CPP) éventualités qui ne sont plus examinées dans le cadre du recours en réforme.

La libération des accusations de viol et de contrainte sexuelle n'est pas remise en cause par la recourante et la conclusion à laquelle parviennent, d'ailleurs à juste titre, les premiers juges peut être confirmée.

III. Recours en nullité

1. En nullité, la recourante se plaint de lacunes (pp. 6 à 8 du recours). Elle reproche notamment aux premiers juges de ne pas avoir fait état d'un certificat établi par le CHUV qui constate la présence d'un hématome frais de 3 cm au niveau de la cuisse antérieure gauche, ainsi que celle d'une excoriation sur la partie antérieure du tibia droit, conséquences de sa chute sur les genoux provoquée par la brutalité du comportement de l'accusé. Les premiers juges auraient également omis de considérer que la victime ne s'était pas relevée toute seule après avoir chuté sur les genoux. Or pour la recourante, la prise en compte de ces deux éléments auraient permis d'établir tant l'incapacité de résistance de la victime que l'intention de l'auteur, donc la réalisation des conditions de l'art. 191 CP.

2. Le moyen tiré de l'article 411 lettre h CPP, comme celui de l'article 411 lettre i CPP, est conçu comme un remède exceptionnel. En effet, la Cour de cassation n'est pas une juridiction d'appel. Le tribunal de première instance établit souverainement les faits selon sa conviction, en appréciant tous les éléments d'instruction réunis en cours d'enquête et lors des débats et en exposant de façon claire, précise et complète les circonstances qu'il retient (Bovay et alii, op. cit., n. 8.1, 10.2 et 11.1 ad art. 411 CPP; CASS, 19 septembre 2000, n° 504; CASS, 14 septembre 2000, n°

494; JT 1999 III 83, c. 6b; Besse-Matile/Abravanel, op. cit., spéc. p. 103). Le recours en nullité ne doit pas permettre au recourant de discuter à nouveau librement les faits devant l'autorité de recours, à laquelle il appartiendrait de choisir la version la plus vraisemblable (Bovay et alii, op. cit., n. 8.1, 10.3 et 11.1 ad art. 411 CPP; CASS, 9 mars 1999, n° 249; JT 1991 III 45; Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 103).

L'existence d'une lacune ou d'une insuffisance de l'état de fait ne peut être retenue comme moyen de nullité, conformément à l'article 411 lettre h CPP, que si elle porte sur des points de nature à exercer une influence sur le dispositif du jugement attaqué, soit essentiellement sur des éléments de fait qualificatifs de l'infraction ou sur des critères déterminants de la culpabilité de l'auteur (Bersier, op. cit., p. 81). En revanche, la motivation donnée par le premier juge à l'appui de sa conviction quant aux faits ne constitue pas comme telle des faits importants au sens de cette disposition (Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 104).

3. a) Certes, le jugement de première instance aurait pu faire état de manière plus explicite du rapport du Centre des urgences du [...] du premier avril 2006 dont il ressort que lors de la consultation du même jour, la victime présentait un "*hématome suite à la chute*", ainsi que du rapport établi le 12 octobre 2006 par le Département de gynécologie du [...] qui précise, en page 2, "*(...) mise en évidence d'un hématome frais de 3 cm au niveau de la cuisse antérieure gauche, Présence d'une excoriation sur la partie antérieure du tibia droit (cf. chute en avant pendant l'agression)*". On ne saurait cependant admettre que l'état de fait retenu ait été vraiment lacunaire dès lors que d'éventuelles lésions corporelles ne sont pas plaidées et que le jugement entrepris retient clairement, en page 16, que l'accusé avait fait preuve de violence et de brutalité au point de faire tomber la victime sur les genoux.

En tout état de cause, le fait que l'accusé ait fait preuve de brutalité envers la victime ne démontre pas que celle-ci était incapable de résistance. N'est, en outre, pas davantage pertinente la thèse défendue

par la recourante selon laquelle l'auteur aurait pu -même par dol éventuel- se rendre compte de l'impuissance de sa victime à se défendre, parce que celle-ci ne s'était pas relevée tout de suite après avoir chuté sur les genoux. On relèvera avec les premiers juges que la conscience de la contrainte fait défaut lorsque la résistance opposée par la victime ne peut être interprétée objectivement comme un refus catégorique de continuer un jeu ou peut être interprétée comme faisant partie d'un jeu (cf. le jugement entrepris p. 18 et la doctrine citée).

L'état de fait retenu par le jugement de première instance n'apparaît donc pas lacunaire. Quand bien même il le serait, les éléments de fait mis en exergue ne sont pas décisifs, de sorte que la recourante invoque à tort l'art. 411 litt. h.

b) Les autres lacunes invoquées ne peuvent être considérées comme telles, la recourante se prévalant des procès-verbaux d'audition d'enquête (n° 2 et n° 5) ce qu'elle n'est pas autorisée à faire en nullité.

Partant, mal fondé, ce moyen doit être rejeté.

IV. Recours en réforme

1. Saisie d'un recours en réforme, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (art. 447 al. 1^{er} CPP). Elle est cependant liée par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes, inexistantes en l'espèce, qu'elle rectifie d'office (art. 447 al. 2 CPP).

2. a) La libération des infractions de viol et de contrainte sexuelle n'est à juste titre pas remise en cause par la recourante. Celle-ci soutient en revanche que l'art. 191 CP était applicable en l'espèce. Elle plaide tout d'abord avoir été incapable de discernement ou de résistance, car elle aurait été paralysée par la douleur et sous l'influence de l'alcool à

un point qui l'aurait rendue incapable de résister physiquement à l'accusé. Elle se serait aussi retrouvée, dos à l'accusé, penchée en avant et appuyée contre une barrière, position qui, pour quelqu'un d'alcoolisé, rendait impossible toute défense concrète. Cela étant, l'autorité de première instance aurait dû retenir que l'alcool ingéré, la douleur ressentie, la position dans laquelle la victime se trouvait, additionnés à la violence et la brutalité de l'accusé avaient créé une incapacité de résistance passagère au sens de l'art. 191 CP. A ses yeux, c'est parce que sa victime se trouvait incapable de résister que l'accusé a pu poursuivre les actes sexuels incriminés, malgré l'absence de consentement, et, de plus, en considérant celle-ci comme un simple objet sexuel. Enfin, l'intention de l'auteur devrait également être admise parce qu'en poursuivant ses activités sexuelles malgré l'opposition de la victime, il aurait accepté "*de tirer profit d'une situation dans laquelle il admet l'éventualité que la victime soit incapable.*" (p. 5 du recours).

b) Se rend coupable de l'infraction prévue à l'article 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.

L'auteur doit, en premier lieu, commettre un acte d'ordre sexuel sur sa victime. Il doit en outre profiter du fait que la victime est incapable de discernement ou de résistance. A la différence du viol, la victime est incapable de discernement ou de résistance, non en raison d'une contrainte exercée par l'auteur, mais pour d'autres causes. Une personne est incapable de discernement au sens de l'article 191 CP si, au moment de l'acte, elle n'est pas en état de former sa volonté et de s'y tenir. Elle est incapable de résistance si elle se trouve dans un état qui, concrètement, l'empêche de s'opposer aux visées de l'auteur. La cause de cet état peut avoir une origine physique ou psychique, peu importe que cette incapacité soit durable ou momentanée, chronique ou due aux circonstances. Elle peut notamment résulter d'une grave atteinte à sa santé psychique, d'une alcoolisation massive ou des effets d'une drogue. Toutefois, dans les deux cas (incapacité de discernement ou de

résistance), il faut que l'incapacité soit totale et qu'elle existe au moment de l'acte (ATF 119 IV 230, c. 3a, JT 1995 IV 111). Si l'inaptitude n'est que partielle, par exemple en raison d'un état d'ivresse, la victime n'est pas incapable de résistance (ATF 119 IV 230 précité).

En ce qui concerne plus particulièrement les attouchements subis sur une chaise gynécologique, le Tribunal fédéral a retenu dans un arrêt topique publié aux ATF 103 IV 165, résumé au JT 1978 IV 148, que lorsqu'une femme installée sur une table gynécologique se trouve dans l'incapacité de suivre les mouvements du médecin et que celui-ci, par surprise, lui fait subir l'acte sexuel, elle peut être considérée comme "incapable de résistance". Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a affirmé que "lorsque les patientes ont réalisé que le médecin allait au-delà de ce qu'exigeait l'examen, elles auraient sans doute eu la possibilité de se défendre, mais cela importe peu. Non seulement, en effet, une incapacité momentanée de résistance suffit, mais le recourant, au moment où elles auraient pu réagir, avait déjà profité d'elles. Peu importe au demeurant qu'elles aient alors renoncé à protester. Leur passivité leur est d'autant moins imputable que selon le jugement attaqué, en raison de la confiance que leur inspirait le médecin, elles ne s'attendaient pas à ce qu'il en abusât, et ont été complètement prises au dépourvu par ses actes et que la honte, pour l'une, l'émotion pour l'autre, les ont rendues incapables de se défendre".

Ces principes sont repris dans un arrêt publié aux ATF 133 IV 49 résumé au JT 2009 IV 17 traitant notamment des actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP). Il en résulte qu'une femme est incapable de résistance au sens de l'art. 191 CP, "si elle n'est pas en mesure d'opposer une résistance à un contact sexuel non désiré. Cette disposition protège ainsi les personnes incapables de discernement ou de résistance qui ne sont pas en état d'exprimer ou de manifester physiquement leur opposition à l'acte sexuel. Il suffit que la victime soit momentanément incapable de résistance. L'incapacité de résistance peut être durable ou momentanée, chronique ou due aux circonstances. Elle peut être la conséquence d'un

état mental gravement anormal, ou encore d'entraves matérielles, comme dans la situation particulière de la femme installée sur une table gynécologique et qui a été attachée (...), ou de l'accumulation de la somnolence de l'ébriété et d'une erreur sur l'identité du partenaire sexuel confondu avec le conjoint (...). Il faut cependant que la victime soit totalement incapable de se défendre. Si l'inaptitude n'est que partielle -par exemple en raison d'un état d'ivresse- la victime n'est pas incapable de résistance. (...). Il y a abus lorsque l'auteur profite de l'incapacité de se défendre de la victime." (c. 7.2, et la jurisprudence citée).

Enfin, d'après la genèse de la loi, "La victime est (...), indépendamment de l'âge, toute personne, de sexe féminin ou masculin, incapable de discernement ou de résistance, sur laquelle l'auteur, profitant de cet état, a commis un acte d'ordre sexuel. (...). L'incapacité de résistance peut être aussi bien mentale que physique, ainsi qu'il ressort des articles 189 et 190 CP qui parlent de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'inconscience et de troubles mentaux. Ces états ont pour point commun d'exclure tout consentement valable à l'acte d'ordre sexuel et toute responsabilité à cet égard. On comprend donc pourquoi on a employé la notion d'incapacité de discernement du droit civil pour définir les conséquences de ces altérations. La nouvelle disposition (...) explicite mieux ainsi que c'est en connaissance de cause, c'est-à-dire en se rendant compte de l'état de la victime, que l'auteur a profité de l'impuissance de cette dernière à se défendre. L'infraction n'est pas réalisée si, bien que mentalement handicapée, la victime n'est pas inapte à défendre dans le domaine sexuel." (FF 1985 II 1093; voir aussi CASS, 12 juillet 2007, n° 206 et CASS, 28 janvier 2008, n° 20 relatifs à l'acte sexuel commis sur une personne fortement alcoolisée ou fortement droguée (overdose); CASS, 3 juin 2008, n° 214, et CASS, 6 octobre 2008, no 381 qui se rapportent à des actes commis par des thérapeutes).

c) En l'espèce, la recourante ne présentait pas de troubles chroniques entraînant une incapacité de résistance et ne le soutient d'ailleurs pas. L'alcoolémie était trop faible (0,74 ‰ environ deux heures plus tard) pour impliquer une incapacité de discernement ou de résistance

et le tribunal n'a ainsi retenu qu'une ivresse légère à moyenne en se fondant d'ailleurs non seulement sur les résultats de l'analyse mais aussi sur les témoignages administrés à l'audience. La victime n'a pas été surprise; au contraire, elle a consenti à toute une série d'actes et en a accompli elle-même d'autres (enlever son slip en particulier). Elle n'a jamais été totalement incapable de se défendre.

Relevant, ce qui est exact, qu'une incapacité de discernement passagère ou momentanée suffit au regard de la jurisprudence que l'on vient de citer pour justifier une application de l'article 191 CP, la recourante soutient avoir été momentanément paralysée par la douleur qu'impliquaient la violence et la brutalité de l'accusé, douleur à laquelle s'ajoutent la position dans laquelle elle se trouvait (réd.: penchée en avant contre une barrière) et l'alcool qu'elle avait ingéré.

Comme les premiers juges, on ne voit pas en quoi la situation de la victime à la fin des faits litigieux pourrait relever d'une incapacité totale de discernement ou de résistance, même momentanée. Elle s'est retournée volontairement à un stade des événements qui impliquait qu'elle connaissait parfaitement les tenants et aboutissants de la situation. Comme l'ont relevé les premiers juges, cette situation n'est en rien comparable à la situation de la femme qui s'abandonne pour examen à son thérapeute et qui ne s'attend pas à ce que celui-ci fasse autre chose que de la thérapie. Les douleurs sont tout à fait plausibles, vu les lésions tant au genou qu'à la vulve, mais une douleur n'implique pas une incapacité de résistance et encore moins une incapacité de discernement. Quant à l'alcoolémie, elle n'est effectivement pas déterminante parce qu'à l'évidence n'ayant pas été d'un niveau impliquant une incapacité dont la jurisprudence dit qu'elle doit être totale.

En outre, et quoique les agissements de l'accusé apparaissent moralement répréhensibles, l'infraction de l'article 191 CP est une infraction intentionnelle et n'est donc punissable que celui qui sait, certes aussi par dol éventuel, que sa victime est incapable de discernement ou de résistance. Or, une fois les protagonistes de cette affaire parvenus à

l'étape litigieuse des faits, et après que la recourante a accompli ou laissé accomplir toute une série d'actes, il paraît difficile de retenir que le recourant savait que sa victime était paralysée par la douleur, la position et l'alcool. On peut admettre avec la recourante que l'accusé l'a, à tout le moins au stade final des opérations, considérée comme un simple objet sexuel, mais cet élément ne suffit pas à justifier, à lui seul, l'application de l'article 191 CP, faute d'une incapacité totale et faute d'une situation reconnaissable et effectivement reconnue par l'accusé.

Reste le fait que le jugement retient que la victime a, à un moment, prié l'accusé d'arrêter, d'une part, et qu'elle a manifesté sa douleur, d'autre part. Ces éléments ne permettent toutefois pas de considérer que l'accusé savait qu'il exploitait une incapacité de résistance dont il n'a pas été retenu qu'elle existait (cf. supra).

Ce grief est également mal fondé. Il doit être écarté.

V. En définitive, le recours doit être rejeté en application de l'art. 431 al. 2 CPP et le jugement entrepris confirmé. Dans ces conditions, on ne saurait reprocher aux premiers juges d'avoir donné acte à la victime de ses réserves civiles.

Conformément à l'art. 450 al.1 CPP, les frais de deuxième instance, y compris, l'indemnité allouée à son défenseur d'office 774 fr. 70, sont mis à la charge de la recourante.

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant à huis clos
en application de l'art. 431 al. 2 CPP,
p r o n o n c e :

I. Le recours est rejeté.

II. Le jugement est confirmé.

III. Les frais de deuxième instance, par 2'464 fr. 70 (deux mille quatre cent soixante-quatre francs et septante centimes), y compris l'indemnité allouée à son conseil d'office par 774 fr. 70 (sept cent septante-quatre francs et septante centimes) sont mis à la charge de la recourante X._____.

IV. Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au chiffre III ci-dessus sera exigible pour autant que la situation économique de X._____ se soit améliorée.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 5 mars 2010

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué à la recourante, à l'accusé et aux autres intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Odile Pelet (pour X._____),
- Me Guy Lonchamp (pour [...]),
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Département de l'intérieur, Office d'exécution des peines,
- Service de la population, secteur étrangers (17.09.1983),
- Commission de police (no 2067748),
- Office fédéral de la police (OFP),
- Service des automobiles,
- Services Sinistres Suisse SA (réf. : dossier no 33.06.0935 – assurée no 2664051)
- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Juge d'instruction cantonal,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :