

# **BGer 6B\_299/2018 vom 4. Juli 2018**

Bundesgericht, 2018-07-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_299\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_299_2018)

FR: TF 6B\_299/2018 du 4 juillet 2018

IT: TF 6B\_299/2018 del 4 luglio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La recourante conteste sa condamnation pour pornographie.

#### **E. 1.1**

La cour cantonale a estimé que, pour avoir visionné en juin 2010 des clichés à caractère pornographique en présence de sa fille âgée de 10 ans, la recourante devait être condamnée pour pornographie (art. 197 ch. 1 aCP). Elle devait également être reconnue coupable de tentative d'actes d'ordre sexuel avec des enfants ( art. 187 ch. 1 CP ) pour avoir invité sa fille, alors âgée de 13 ans, à lui toucher le sexe.

#### **E. 1.2**

L'art. 197 ch. 1 aCP, en vigueur jusqu'au 30 juin 2014 (le nouvel art. 197 al. 1 CP n'est pas plus favorable), punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura offert, montré, rendu accessible à une personne de moins de 16 ans ou mis à sa disposition des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques, ou les aura diffusés à la radio ou à la télévision.

Cette infraction est conçue pour favoriser un développement sexuel paisible des jeunes de moins de 16 ans, auxquels le législateur a voulu épargner les évocations pornographiques ( ATF 131 IV 64 consid. 10.1.2 p. 67; ATF 117 IV 457 consid. 3a p. 461 s.).

L'acte délictueux consiste à rendre le message pornographique accessible à des jeunes. La liste des comportements réprimés étant rédigée en des termes généraux, la manière de procéder importe peu (BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, n° 25 ad art. 197 CP ; KASPAR MENG, Basler Kommentar, 3

e éd., n° 33 ad art. 197 CP ). Parmi les exemples cités par la doctrine, figure notamment le fait de laisser traîner une revue pornographique sur la table d'une salle d'attente (CORBOZ, op. cit., n° 25 ad art. 197 CP ) ou dans un logement occupé par des enfants de moins de 16 ans (STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 7

e éd., p. 211). L'objet ou la représentation visé doit toutefois avoir un caractère pornographique. Tel est notamment le cas d'un cliché, pris en gros plan, d'un pénis en érection (arrêt 6S.26/2005 du 3 juin 2005 consid. 2.1). Il n'est en revanche pas nécessaire que l'enfant prenne effectivement connaissance du matériel pornographique. Il suffit que l'offre s'adresse à un jeune ou même à un cercle indéterminé de personnes susceptible de comprendre des enfants, si aucune mesure efficace n'est prise pour éviter que ceux-ci n'y accèdent réellement ( ATF 131 IV 64 consid. 10.1.2 p. 67).

Sur le plan subjectif, il est nécessaire que l'auteur agisse intentionnellement. L'intention doit en particulier porter sur le caractère pornographique de l'objet ou de la représentation en question. Le dol éventuel suffit ( ATF 100 IV 233 consid. 4 p. 237).

Le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de la décision entreprise ( art. 105 al. 1 LTF ), à moins que celles-ci n'aient été établies en violation du droit ou de manière manifestement inexacte au sens des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de façon arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. Une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable; il faut qu'elle soit manifestement insoutenable, et cela non seulement dans sa motivation mais aussi dans son résultat ( ATF 143 IV 500 consid. 1.1 p. 503; ATF 142 II 369 consid. 4.3 p. 380). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 143 IV 500 consid. 1.1 p. 503; ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références citées). Le Tribunal fédéral n'entre ainsi pas en matière sur les critiques de nature appellatoire ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 p. 368).

La présomption d'innocence, garantie par les art. 10 CPP , 32 al. 1 Cst., 14 par. 2 Pacte ONU II et 6 par. 2 CEDH, ainsi que son corollaire, le principe « in dubio pro reo », concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves ( ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40 s.). Lorsque, comme en l'espèce, l'appréciation des preuves et la constatation des faits sont critiquées en référence au principe « in dubio pro reo », celui-ci n'a pas de portée plus large que l'interdiction de l'arbitraire ( ATF 138 V 74 consid. 7 p. 82).

### **E. 1.3**

La cour cantonale s'est fondée sur les déclarations de la partie plaignante, qui étaient cohérentes, crédibles et constantes, pour retenir qu'en juin 2010, la recourante avait visionné sur son ordinateur portable des photographies représentant le sexe en érection de son amant, alors que sa fille se trouvait assise avec elle sur le canapé du salon.

### **E. 1.4**

La recourante fait grief à la cour cantonale d'avoir violé sa présomption d'innocence. Se prévalant de l'expertise réalisée par le Prof. F. \_\_\_\_\_ dans le cadre de la procédure civile l'opposant à C. \_\_\_\_\_, qui conclut à une instrumentalisation des enfants A. \_\_\_\_\_ par leur père, elle soutient que sa fille a menti aux enquêteurs dans le but de pouvoir vivre avec son père, pour lequel elle avait pris parti. En reprenant textuellement, à l'appui de sa motivation, les développements de l'autorité de première instance, la recourante se borne toutefois à livrer une appréciation des preuves différente de celle de la cour cantonale, dont elle ne démontre pas l'arbitraire. Une telle démarche, appellatoire, est irrecevable dans le recours en matière pénale.

Il suffit de constater que, pour la cour cantonale, la version de la recourante selon laquelle C. \_\_\_\_\_ avait lui-même montré les photographies à sa fille devait être écartée. En effet, alors que le père avait évoqué une première fois dans un courrier daté de novembre 2010 le fait que sa fille avait vu des photos pornographiques de sa mère, il n'était pas vraisemblable qu'il ait attendu jusqu'en juin 2011 pour expliquer avoir lui-même découvert les photos évoquées par sa fille, alors même qu'il s'agissait d'un élément pesant en sa faveur dans le combat qu'il menait à cette époque pour obtenir la garde exclusive des enfants. La cour

cantonale a en outre relevé des hésitations et des contradictions de la recourante sur plusieurs éléments - notamment quant au point de savoir sur quel ordinateur les photos étaient enregistrées et si c'était sa propre main qui tenait le pénis figurant sur les photos litigieuses -, alors que les explications de A.A. \_\_\_\_\_ avaient été constantes depuis ses premières déclarations en octobre 2011, quand bien même ses relations avec ses parents avaient fluctué au cours des années. La relation avec sa mère s'était en effet améliorée dès le mois d'août 2014, tandis qu'en septembre 2015, ses liens avec son père s'étaient temporairement dégradés à la suite d'une violente altercation. Au vu de l'intensité de cette crise, qui avait débouché sur le placement de A.A. \_\_\_\_\_ dans un foyer pendant plusieurs mois, il ne faisait aucun doute que cette dernière serait revenue sur ses déclarations si les accusations portées contre sa mère étaient le fruit d'une aliénation parentale du père. Cette dernière constatation a conduit la cour cantonale à se distancer des conclusions de l'expertise du Prof. F. \_\_\_\_\_, sans que l'on discerne dans cette démarche, dûment motivée, un caractère arbitraire. Par ailleurs, la cour cantonale a encore relevé que les auditions de A.A. \_\_\_\_\_ avaient fait l'objet d'un rapport des spécialistes du Centre pour le développement et la thérapie de l'enfant et de l'adolescent (CDTEA), qui n'avaient pas constaté de contradictions dans ses déclarations, celles-ci n'étant ni fragmentaires, ni difficiles à interpréter. Au vu de ce qui précède, la cour cantonale pouvait retenir sans violer la présomption d'innocence et sans verser dans l'arbitraire de la recourante que les déclarations de sa fille devaient être privilégiées.

### **E. 1.5**

Pour le surplus, la recourante ne conteste pas le caractère pornographique des représentations visées, qui mettent en évidence un pénis en érection. En visionnant ces images alors que sa fille se trouvait à côté d'elle, la recourante les a rendues accessibles à celle-ci. Peu importe de connaître le placement des protagonistes sur le canapé, dès lors qu'il est établi que A.A. \_\_\_\_\_ a vu les clichés. Sur le plan subjectif, la recourante a agi à tout le moins par dol éventuel, la cour cantonale ayant retenu qu'elle ne pouvait qu'avoir conscience du caractère pornographique des images visionnées et qu'elle ne pouvait pas ignorer la haute probabilité que A.A. \_\_\_\_\_ les découvre. Il s'ensuit que la condamnation de la recourante pour pornographie ne viole pas le droit fédéral. Le grief doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

### **E. 2**

La recourante conteste également sa condamnation pour tentative d'actes d'ordre sexuel avec des enfants au sens de l' art. 187 ch. 1 CP .

#### **E. 2.1.1**

Aux termes de l' art. 187 ch. 1 CP , celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans, celui qui aura entraîné un enfant de cet âge à commettre un acte d'ordre sexuel, celui qui aura mêlé un enfant de cet âge à un acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Par acte d'ordre sexuel, il faut entendre une activité corporelle sur soi-même ou sur autrui qui tend à l'excitation ou à la jouissance sexuelle de l'un des participants au moins (par ex.: arrêt 6B\_103/2011 du 6 juin 2011 consid. 1.1 et les références citées). Selon la jurisprudence, il faut d'abord distinguer les actes n'ayant aucune apparence sexuelle, qui ne tombent pas sous le coup de la loi, des actes clairement connotés sexuellement du point de vue de l'observateur neutre, qui remplissent toujours la condition objective de l'infraction,

indépendamment des mobiles de l'auteur ou de la signification que le comportement a pour celui-ci ou pour la victime (arrêts 6B\_103/2011 précité consid. 1.1; 6B\_7/2011 du 15 février 2011 consid. 1.2; 6B\_777/2009 du 25 mars 2010 consid. 4.3; 6S.355/2006 du 7 décembre 2006 consid. 3.1, non publié à l' ATF 133 IV 31 ). Les comportements simplement inconvenants, inappropriés, indécents, de mauvais goût, impudiques ou désagréables doivent, cependant, demeurer hors du champ des actes pénalement répréhensibles ( ATF 125 IV 58 consid. 3b p. 63; arrêt 6B\_744/2016 du 1er mars 2017 consid. 3.2). Si le fait de se déshabiller ou de se montrer nu n'est pas en soi suffisant pour être considéré comme un acte d'ordre sexuel (arrêt 6B\_593/2016 du 27 avril 2017 consid. 4.3.2), constitue en revanche un tel acte le fait pour un adulte d'amener un enfant de 11 à 12 ans à lui toucher le sexe au cours d'une douche commune (arrêt 6P.161/2006 du 8 février 2007 consid. 5.3).

Au plan subjectif, l'auteur d'un acte d'ordre sexuel doit agir intentionnellement. Il faut qu'il soit conscient du caractère sexuel de son comportement, mais ses motifs ne sont pas déterminants, de sorte qu'il importe peu que l'acte tende ou non à l'excitation ou à la jouissance sexuelle (arrêts 6B\_288/2017 du 19 janvier 2018 consid. 5.1; 6B\_785/2011 du 29 juin 2012 consid. 3.2 et les références citées).

### **E. 2.1.2**

Il y a tentative lorsque l'auteur a réalisé tous les éléments subjectifs de l'infraction et manifesté sa décision de la commettre, alors que les éléments objectifs font, en tout ou en partie, défaut ( ATF 140 IV 150 consid. 3.4 p. 152). L' art. 22 al. 1 CP réunit dans une même disposition le délit manqué (ou tentative achevée) et la tentative inachevée. Il y a délit manqué lorsque l'auteur a achevé son activité coupable, mais que le résultat délictueux ne se produit pas. En revanche, il faut retenir une tentative inachevée lorsque l'auteur a commencé l'exécution d'un crime ou d'un délit sans avoir poursuivi jusqu'au bout son activité coupable (cf. ATF 131 IV 100 consid. 7.2.1 p. 103). La distinction entre ces formes de tentative n'a, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du Code pénal, plus qu'une portée très restreinte, puisqu'elle n'a désormais plus d'incidence sur le cadre légal de la peine, que le juge a, pour chacune d'elles, la faculté d'atténuer selon sa libre appréciation (cf. arrêts 6B\_69/2016 du 29 septembre 2016 consid. 2.3.1; 6B\_728/2010 du 1er mars 2011 consid. 2.3.4).

### **E. 2.2**

La recourante conteste avoir invité sa fille à lui toucher les parties intimes alors qu'elle venait de procéder à une épilation et invoque à nouveau une violation de sa présomption d'innocence. A l'instar de ce qui a prévalu pour le chef de prévention de pornographie (cf. supra consid. 1.3 et 1.4), la cour cantonale s'est déclaré convaincue de la véracité des déclarations de la partie plaignante qui ne souffraient d'aucune contradiction et qui étaient restées cohérentes et constantes, nonobstant la variation de ses relations avec chacun de ses parents. Elle n'a pas donné de crédit aux dénégations imprécises de la recourante, qui avait montré une certaine propension à la "légèreté", celle-ci semblant peiner à discerner le caractère inapproprié de certains comportements adoptés en présence de ses enfants, voire à les minimiser en se prévalant d'un contexte "amusant" ou en se justifiant de leur prétendue normalité. Même si le témoin G. \_\_\_\_\_, une amie de A.A. \_\_\_\_\_ présente dans l'appartement au moment des faits, n'avait pas été en mesure, en l'absence de souvenirs précis, de confirmer lors de l'audience d'appel les accusations portées par son amie, il fallait

néanmoins constater que A.A. \_\_\_\_\_ avait immédiatement signalé aux intervenants sociaux le fait que G. \_\_\_\_\_ était présente chez elle le 23 novembre 2013. Elle s'était d'ailleurs référée à plusieurs reprises dans la suite de la procédure à la présence de son amie. Il paraissait ainsi incohérent, si ses accusations étaient mensongères, que l'enfant ait pris le risque de requérir l'audition de G. \_\_\_\_\_ en qualité de témoin.

En soutenant que les accusations n'étaient que des inventions destinées à lui nuire et en expliquant que les déclarations de l'enfant lors de l'audience d'appel - au cours de laquelle elle avait traité, sans raison apparente, l'ami actuel de sa mère de "pervers" - démontraient qu'elle serait manipulée par son père, la recourante se livre à nouveau à une discussion appellatoire de l'appréciation des preuves opérée par la cour cantonale. Il en va de même lorsqu'elle propose sa propre interprétation des déclarations du témoin G. \_\_\_\_\_. Une telle démarche est irrecevable dans le recours en matière pénale.

### **E. 2.3**

Le contact corporel sollicité par la recourante constitue un acte clairement connoté sexuellement et objectivement propre à mettre en danger le développement de l'enfant, de sorte qu'il doit être qualifié d'acte d'ordre sexuel au sens de l' art. 187 ch. 1 CP . Dès lors qu'il est établi que la recourante a "invité" sa fille à lui toucher le sexe, il n'est pas déterminant de connaître les propos exacts tenus par l'intéressée (cf. jugement entrepris, p. 44 : "Touche voir!" ou "Tu veux toucher?") ni de savoir s'ils ont été prononcés sur le ton d'une interrogation, d'une proposition, voire d'une suggestion. Il importe en outre peu que l'acte ne visait pas à l'excitation ou à la jouissance sexuelle, dans la mesure où il suffit, sur le plan subjectif, que l'auteur ait conscience du caractère sexuel de son comportement. Or, la cour cantonale a retenu que tel avait été le cas, la recourante ayant en outre eu la volonté que l'état de fait se réalise. Celle-ci a dès lors agi intentionnellement. Enfin, dans la mesure où l'enfant a refusé de s'exécuter, l'infraction n'a pas été consommée, de sorte que celle-ci ne doit être réprimée qu'au stade de la tentative.

Il résulte de ce qui précède que la condamnation de la recourante pour tentative d'actes d'ordre sexuel ne viole pas le droit fédéral. Le grief doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

### **E. 3**

La recourante conteste l'indemnité de 10'000 fr., mise à sa charge en application de l' art. 433 CPP , pour les frais d'intervention du conseil de ses enfants, parties plaignantes.

#### **E. 3.1**

Elle soutient que le conseil juridique de ses enfants n'a pas agi en tant qu'avocat, mais en tant que curateur, de sorte que l'indemnité ne devait pas être calculée sur la base du tarif cantonal relatif aux honoraires du conseil juridique en matière pénale (cf. art. 36 LTar/VS [RS/VS 173.8]). Le Tribunal fédéral ne revoit l'application du droit cantonal que sous l'angle de l'arbitraire ( ATF 141 IV 305 consid. 1.2 p. 306; 140 III 385 consid. 2.3 p. 387). L'invocation d'un tel grief déduit du droit constitutionnel ( art. 106 al. 2 LTF ) suppose une argumentation claire et détaillée ( ATF 143 IV 500 consid. 1.1 p. 503).

En l'espèce, la recourante se contente de laisser entendre que le tarif fixé à l'art. 36 LTar/VS ne serait pas applicable à l'activité déployée par le conseil juridique de la partie plaignante qui avait été préalablement nommé comme curateur de représentation au sens de l' art. 306 al. 2 CC , sans expliquer ce qui justifierait ce point de vue. En particulier, elle n'établit pas

qu'un tarif distinct serait applicable au curateur de représentation. Son argumentation est insuffisante au regard de l' art. 106 al. 2 LTF et est par conséquent irrecevable. Il apparaît au demeurant que, si Me H.\_\_\_\_\_, avocat à D.\_\_\_\_\_, a été nommé par l'autorité de protection de l'enfant en qualité de curateur de représentation de A.A.\_\_\_\_\_ et de B.A.\_\_\_\_\_ ( art. 306 al. 2 CC ), il a néanmoins agi, dans la procédure pénale, en qualité de conseil juridique de la partie plaignante ( art. 127 CPP ), de sorte qu'il n'apparaît pas que l'application de l'art. 36 LTar/VS dans le cas d'espèce était empreinte d'arbitraire.

### **E. 3.2**

La recourante soutient en outre, sans plus de précisions, que la cour cantonale a arbitrairement tenu compte de nombreux téléphones et conférences qui avaient eu lieu avec le père des enfants, pourtant lui-même également représenté par un conseil. Une nouvelle fois insuffisamment motivé ( art. 106 al. 2 LTF ), le grief est irrecevable.

### **E. 3.3**

Pour le surplus, la recourante n'indique pas à satisfaction de droit ( art. 42 al. 2 LTF ) en quoi l'allocation d'une indemnité à la partie plaignante serait en l'espèce constitutive d'une violation de l' art. 433 CPP . Le grief est également irrecevable dans cette mesure.

### **E. 4**

La recourante reproche enfin à la cour cantonale d'avoir alloué à C.\_\_\_\_\_ une indemnité pour les frais d'intervention de son conseil. Il apparaît cependant que cette indemnité n'a pas été mise à la charge de la recourante, mais à celle de l'Etat du Valais. On ne distingue dès lors pas en quoi elle disposerait d'un intérêt juridique à la modification de la décision attaquée sur ce point ( art. 81 al. 1 let. b LTF ). Le grief est par conséquent irrecevable.

### **E. 5**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Les conclusions étaient dénuées de chances de succès, de sorte que la demande d'assistance judiciaire doit être rejetée ( art. 64 al. 1 LTF a contrario). La recourante supportera les frais de justice dont la quotité tiendra compte de sa situation financière, qui n'apparaît pas favorable (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF).

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