

# VD\_FINDINFO Jug / 2018 / 122 vom 22. Dezember 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-12-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Jug\\_\\_\\_2018\\_\\_\\_122](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2018___122)

FR: VD\_FINDINFO Jug / 2018 / 122 du 22 décembre 2017

IT: VD\_FINDINFO Jug / 2018 / 122 del 22 dicembre 2017

## Regeste

FIXATION DE LA PEINE, RESPONSABILITÉ RESTREINTE {DROIT PÉNAL}, EXÉCUTION DES PEINES ET DES MESURES, SURSIS À L'EXÉCUTION DE LA PEINE, PROPORTIONNALITÉ, INSTIGATION, CONSTATATION DES FAITS | 19 al. 2 CP, 24 CP, 42 al. 1 CP, 47 CP, 56 CP, 56a CP, 398 al. 3 let. b CPP (CH)

## Erwägungen

### E. 1

Interjetés dans les formes et délais légaux (art. 385, 399 et 400 al. 3 CPP) par des parties ayant la qualité pour recourir (art. 381 et 382 CPP) contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de L. \_\_\_\_\_ et l'appel joint du Ministère public sont recevables.

### E. 2

Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, pour constatation incomplète ou erronée des faits et pour inopportunité (al. 3). L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier ; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement (Eugster, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP). L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (art. 389 al. 3 CPP). I. L'appel de L. \_\_\_\_\_

### E. 3.1

L'appelant admet les faits et ne remet pas en cause les qualifications juridiques retenues. En revanche, il conteste l'appréciation de sa culpabilité et la peine qui lui a été infligée. Au moment de fixer la peine, le Tribunal correctionnel a retenu une culpabilité lourde. A charge, il a pris en compte le fait que l'activité délictueuse s'était déroulée quasi quotidiennement et sur une période de cinq ans, que l'appelant restait dans le déni de la gravité de ses actes, ayant une tendance à se réfugier derrière le caractère virtuel de ses actes, que le but était d'assouvir des pulsions insoutenables et égoïstes, tous cela au

préjudice d'un grand nombre d'adolescents, et qu'il y avait un concours d'infractions. A décharge, il a retenu une diminution moyenne de responsabilité, de la bonne collaboration du prévenu, de ses aveux complets, de son désir de se soigner, de son jeune âge et de sa situation personnelle difficile. Il a également tenu compte du fait qu'une partie des actes reprochés à l'appelant avaient été commis avant sa majorité (jgt, p. 38).

### **E. 3.2.1**

Se plaignant d'une constatation erronée des faits, l'appelant fait valoir que les faits sur lesquels l'autorité intimée s'est basée pour retenir une culpabilité lourde ne seraient pas avérés. Selon l'appelant, ce serait à tort que le jugement retient qu'il se trouve dans le déni de la gravité de ses actes, car il se serait montré résolu à ne pas recommencer et aurait compris que ce qu'il avait fait était grave, la détention lui ayant permis d'en prendre conscience. De plus, il aurait fait preuve d'une grande sincérité tout au long de la procédure, en ne cherchant jamais à dissimuler la vérité. Il aurait fallu interpeller l'appelant pour qu'il ait l'opportunité de s'expliquer plus en détail sur la sincérité et la profondeur de sa prise de conscience (déclaration d'appel, pp. 11-12, ch. 32-35).

### **E. 3.2.2**

La constatation des faits est erronée au sens de l'art. 398 al. 3 let. b CPP lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Kistler Vianin, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 19 ad art. 398 CPP).

### **E. 3.2.3**

Tout d'abord, le jugement entrepris retient, au chapitre des éléments à décharge, la bonne collaboration du prévenu, ses aveux complets et de son désir de se soigner (jgt, p. 38). La sincérité dont se prévaut l'appelant a donc été considérée. Ensuite, si le Tribunal a constaté un déni de la gravité de ses actes, c'est parce que l'appelant faisait grand cas du fait que les actes d'ordre sexuel se sont déroulés par le truchement d'une webcam (jgt, p. 37-38). Mais la constatation n'est pas infondée, en atteste que l'appelant persiste à plusieurs occasions dans son appel (déclaration d'appel, ch. 16-17 et 41 notamment et dans sa plaidoirie à l'audience d'appel) à soutenir cet argument. Finalement, l'appelant a eu largement l'occasion de s'exprimer tout au long de la procédure. Il ne prétend pas que le Procureur ou la Présidente du Tribunal correctionnel auraient refusé de protocoler ses déclarations empreintes de regrets sincères. S'il avait des déclarations à faire à ce sujet, il lui appartenait de le faire spontanément pour convaincre le Tribunal correctionnel de sa sincérité. De plus, à l'audience d'appel il a eu l'occasion de s'exprimer : il a répété qu'il s'excusait, qu'il ne recommencera pas et a indiqué qu'il avait pris conscience que ses agissements portaient atteinte au développement de certains mineurs. Ainsi, à supposer que les premiers juges aient violé le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) de l'appelant - ce qui n'est pas démontré -, ce grief aurait été réparé en procédure d'appel. Les griefs de l'appelant sont inconsistants et doivent être rejetés.

### **E. 3.3.1**

L'appelant soutient encore en substance que les premiers juges auraient mal apprécié sa culpabilité. Les premiers juges auraient omis de prendre en considération le contexte singulier dans lequel les actes incriminés ont été commis. Il aurait en effet fallu tempérer la culpabilité de l'appelant du fait que les contacts se sont produits par webcams interposées et

avec certains adolescents qui étaient consentants et desquels l'appelant se sentait proche en raison de son âge mental et de son physique enfantin. Ensuite, les premiers juges auraient dû pondérer la faute en fonction de la diminution moyenne de la responsabilité. Ainsi, seule une faute moyenne aurait dû être retenue. En ce qui concerne la pornographie, les premiers juges auraient dû tenir compte du fait qu'à l'époque de son arrestation, l'appelant était très influençable et pris dans une spirale extrêmement malsaine, probablement en raison de son isolement social et de sa maladie mentale. L'appelant se prévaut enfin d'«une comparaison avec d'autres affaires du même genre » pour avancer que sa peine est excessive. Il conclut qu'en retenant une faute lourde et en lui infligeant une peine « qui se situe au niveau le plus sévère du cadre légal », les premiers juges auraient violé l'art. 47 CP (déclaration d'appel, pp. 4-6, ch. 12-17 et pp. 12-14, ch. 36-41).

#### **E. 3.3.2.1**

Aux termes de l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). Selon cette disposition, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Celle-ci doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 et les références citées). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Par conséquent, celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 p. 61; ATF 135 IV 130 consid. 5.3.1 p. 134 s.; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 s.; ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20 s.). En matière de fixation de la peine, le Tribunal fédéral précise que toute comparaison avec d'autres affaires est délicate, vu les nombreux paramètres entrant en ligne de compte. Les disparités en cette matière s'expliquent ainsi normalement par le principe de l'individualisation des peines, voulu par le législateur; elles ne suffisent pas en elles-mêmes pour conclure à un abus du pouvoir d'appréciation (TF 6B\_1014/2017 du 8 mars 2018 consid. 3.3; ATF 141 IV 61 consid. 6.3.2 p. 69).

#### **E. 3.3.2.2**

Selon l'art. 19 al. 2 CP, le juge atténue la peine si, au moment d'agir, l'auteur ne possédait que partiellement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation. Les principes qui président à la fixation de la peine en cas de diminution de la responsabilité ont été développés à l'arrêt publié aux ATF 136 IV 55. Partant de la gravité objective de l'acte, le juge doit apprécier la faute. Il doit mentionner,

dans le jugement, les éléments qui augmentent ou diminuent la faute dans le cas concret et qui permettent d'apprécier la faute en relation avec l'acte. Le législateur mentionne plusieurs critères, qui jouent un rôle important pour apprécier la faute et peuvent même conduire à diminuer celle-ci de telle manière qu'il convient de prononcer une peine inférieure au cadre légal ordinaire de la peine. Parmi ceux-ci, figure notamment la diminution de la responsabilité au sens de l'art. 19 CP. Dans ce cas, contrairement à la lettre de la disposition et en modification de la jurisprudence antérieure (ATF 134 IV 132 consid. 6.1), il s'agit de diminuer la faute et non la peine; la réduction de la peine n'est que la conséquence de la faute plus légère (ATF 136 IV 55 consid. 5.5). Le juge dispose également d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il détermine l'effet de la diminution de la responsabilité sur la faute (subjective) au vu de l'ensemble des circonstances. Il peut appliquer l'échelle habituelle : une faute (objective) très grave peut être réduite à une faute grave en raison d'une diminution légère de la responsabilité. La réduction pour une telle faute (objective) très grave peut conduire à retenir une faute moyenne à grave en cas d'une diminution moyenne et à une faute légère à moyenne en cas de diminution grave. Sur la base de cette appréciation, le juge doit prononcer la peine en tenant compte des autres critères de fixation de la peine. Un tel procédé permet de tenir compte de la diminution de la responsabilité, sans lui attribuer une signification trop vaste (ATF 136 IV 55 consid. 5.6). En bref, le juge doit procéder comme suit en cas de diminution de la responsabilité pénale: dans un premier temps, il doit décider, sur la base des constatations de fait de l'expertise, dans quelle mesure la responsabilité pénale de l'auteur est restreinte sur le plan juridique et comment cette diminution se répercute sur l'appréciation de la faute. La faute globale doit être qualifiée et, au regard de l'art. 50 CP, le juge doit expressément mentionner le degré de gravité à prendre en compte. Dans un deuxième temps, il lui incombe de déterminer la peine hypothétique qui correspond à cette faute. La peine ainsi fixée peut ensuite être, le cas échéant, modifiée en raison de facteurs liés à l'auteur (Täterkomponente) ainsi qu'en raison d'une éventuelle tentative selon l'art. 22 al. 1 CP (ATF 136 IV 55 consid. 5.7 p. 62 s.).

#### **E. 3.3.3.1**

Contrairement à ce que soutient l'appelant, les contacts par webcam ressortent de l'état de fait du jugement, qui forme un tout (cf. TF 6B\_965/2016 du 19 juillet 2017 consid. 5.3). Cette circonstance est expressément rappelée au moment de fixer la peine (jgt, pp. 37-38), de sorte qu'elle n'a pas été méconnue par le Tribunal correctionnel.

#### **E. 3.3.3.2**

C'est également en vain que l'appelant soutient que le jugement entrepris n'aurait pas tenu compte du fait que certains adolescents étaient consentants. Au contraire, il rappelle que le consentement d'enfants mineurs ne met pas obstacle à l'application de l'art. 187 CP et se réfère à la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle "le consentement de la victime est toutefois pris en compte au moment de déterminer la peine" (TF 6S.148/2004 du 28 juillet 2004) (jgt, pp. 27-28). En outre, au moment de fixer la peine, les premiers juges retiennent que nombre des interlocuteurs de l'appelant s'est livré spontanément à certains actes sexuels, que l'appelant n'avait pas recouru à la contrainte ni insisté lorsque ses jeunes victimes mettaient fin à la discussion. Les premiers juges en tirent la conclusion que la "peine devra dès lors être moindre que si [l'appelant] avait contraint des enfants à des sévices physiques".

#### **E. 3.3.3.3**

Quant à la responsabilité de l'appelant, le Tribunal correctionnel a en bref retenu qu'après prise en compte de tous les critères pertinents, l'appelant aurait été condamné à une peine privative de liberté de l'ordre de 2 ans en cas de responsabilité pleine et entière, puis a décidé de prononcer en définitive une peine d'une année d'emprisonnement, manifestement pour tenir compte de la diminution moyenne de responsabilité (jgt, p. 38). En se référant à la diminution de la peine et non de la faute, la motivation des premiers juges n'est certes pas conforme à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral telle que résumée plus haut (cf. consid. 3.3.2.2). Mais, comme on va le voir, le résultat auquel le Tribunal correctionnel a abouti ne prête pas le flanc à la critique. Conformément à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, il convient d'abord de décider dans quelle mesure la responsabilité pénale de l'appelant est diminuée. Il est constant en l'occurrence que l'appelant a une responsabilité moyennement diminuée (jgt, pp. 21 et 38). Procédant à sa propre appréciation, la Cour de céans considère qu'en l'absence de responsabilité pénale diminuée, la faute (objective) de l'appelant était très lourde. Comme le Tribunal correctionnel, on tient compte de la durée et de la fréquence des actes délictueux, du caractère objectivement répréhensible de ceux-ci. Si certains contacts ont eu lieu par internet et si certains enfants ont été consentants, on doit garder à l'esprit que des "vrais" enfants ont été utilisés comme des objets sexuels dans le but d'assouvir des désirs vils et égoïstes. On doit également se rappeler que certains enfants se sont retrouvés devant les vidéos et images abjectes sans en être préalablement avisés. Aussi, on ne saurait minimiser les agissements de l'appelant pour le motif qu'il a approché des adolescents, auxquels il pouvait s'identifier. Cela ne change rien au fait que ses actes étaient préjudiciables au développement des mineurs en cause. Malgré ses déclarations, l'appelant n'a pas pris conscience de la gravité de ses agissements, puisqu'il continue en appel à banaliser la cyber-pédopornographie. S'y ajoute le concours d'infractions. Finalement, c'est en tenant compte de la responsabilité pénale moyennement restreinte que la faute de l'appelant est lourde. Pour le surplus, le Tribunal correctionnel a retenu à juste titre la bonne collaboration de l'appelant, ses aveux complets, son désir de se soigner, son jeune âge et sa situation personnelle difficile. On tient enfin compte qu'une partie des actes reprochés à l'appelant avaient été commis avant sa majorité. Au vu de ces éléments, la peine privative de liberté d'une année ne se situe pas au niveau "le plus sévère du cadre légal" pour des infractions en concours prévues aux art. 187 ch. 1 et 197 CP et 197 aCP, et pour lesquelles les peines prévues vont jusqu'à sept ans et demi (art. 49 al. 1 CP).

#### **E. 3.3.3.4**

Il est sans incidence que l'appelant se livre à une « comparaison avec d'autres affaires du même genre » et qui démontrerait, selon lui, que d'autres condamnés ont été traités moins durement que lui (déclaration d'appel, p. 12-14, ch. 36-41). L'appelant cite plusieurs condamnations : une condamnation pour pornographie à 8 mois de peine privative de liberté avec sursis; une condamnation notamment pour viol, contraintes sexuelles, multiples actes d'ordres sexuels avec des enfants, pornographie et infractions à la LCR, à une peine privative de liberté de 3 ans, dont 9 mois fermes; une condamnation pour actes d'ordre sexuel avec des enfants à 180 jours-amende, ainsi qu'une condamnation pour actes d'ordre sexuel avec des enfants et contrainte sexuelle à une peine privative de liberté de 3 ans, dont 18 mois fermes. Au vu des décisions citées, le seul point commun avec la présente affaire est de concerner des affaires d'infractions à l'intégrité sexuelle. Or, comme précédemment exposé (cf. consid. 3.3.2.1 3<sup>ème</sup> paragraphe), la comparaison avec des sanctions infligées dans des affaires différentes d'infractions à l'intégrité sexuelle présentant d'autres particularités n'est pas déterminante. Le grief est donc vain.

#### **E. 4.1**

L'appelant prétend au sursis.

#### **E. 4.2**

Lorsque la durée de la peine privative de liberté se situe, comme en l'espèce, entre un et deux ans, permettant donc le choix entre le sursis complet (art. 42 CP) et le sursis partiel (art. 43 CP), l'octroi du sursis au sens de l'art. 42 est la règle et le sursis partiel l'exception. Un pronostic défavorable, en revanche, exclut tant le sursis partiel que le sursis total (ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1 p. 10). Ces principes valent sous l'empire du nouveau droit, entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2018 (Cuendet/Genton, La fixation de la peine et le sursis à l'aune du nouveau droit des sanctions, in : *Forumpoenale* 5/2017 p. 328). S'agissant du pronostic, le point de savoir si le sursis est de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranché sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le juge doit par ailleurs motiver sa décision de manière suffisante (voir art. 50 CP); sa motivation doit permettre de vérifier s'il a été tenu compte de tous les éléments pertinents et comment ils ont été appréciés (cf. ATF 134 IV 1 consid. 4.2.1 p. 5). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière (ATF 134 IV 1 consid. 5.2. p. 9).

#### **E. 4.3**

Selon l'appelant, ce serait à tort que les premiers juges ont fondé un pronostic défavorable sur la base de l'expertise psychiatrique. Il ne serait cependant pas possible de renvoyer simplement à une expertise, sans se baser sur des circonstances précises et concrètes, d'autant plus si l'expert n'a plus suivi l'expertisé après la remise du rapport. L'appelant a proposé que ses ordinateurs et moyens de télécommunication soient surveillés, ce qui démontrerait bien qu'il veut se mettre dans l'impossibilité de recommencer ses actes délictueux. Il serait accessible à des règles de conduite qui, selon la jurisprudence, peuvent s'avérer déterminantes dans l'établissement du pronostic (déclaration d'appel, pp.

#### **E. 7**

à 11, ch. 20-31). Le Tribunal correctionnel ne s'est pas référé à une expertise ou une étude scientifique abstraite, mais bien à une expertise qui s'est concrètement portée sur le prévenu. On comprend donc mal le grief. Comme l'appelant le reconnaît lui-même, le Tribunal correctionnel s'est fondé sur l'expertise pour retenir que le risque de récidive est « relativement élevé en l'absence d'un encadrement adéquat ». Il fallait donc déterminer ce qui constitue un encadrement adéquat pour juguler ce risque. C'est ce qu'ont fait les premiers juges, sur plus d'une page (jgt, p. 39-40), en considérant notamment que « de l'avis des experts, même doublé d'un traitement ambulatoire, un sursis assorti d'une formation professionnelle et socio-éducative ne serait en outre pas suffisant dans l'immédiat, tant l'accusé nécessite des soins, mais aussi des mesures socio-éducatives dans un milieu cadrant ». Le Tribunal correctionnel a donc examiné si des éventuelles règles de conduite pouvaient permettre le cas échéant de fonder un pronostic favorable, avant d'aboutir à la conclusion que tel n'était pas le cas et que des mesures moins incisives n'étaient pas suffisantes. L'appelant se limite à rediscuter librement cette appréciation, mais

ne fournit aucun motif concret et étayé qui pourrait amener à s'écarter de l'analyse des premiers juges. Finalement, le Tribunal correctionnel a expliqué de manière convaincante pourquoi la surveillance des outils de communication de l'appelant n'apportait pas une sécurité suffisante (jgt, p. 39), et l'appelant ne livre aucun argument de nature à contester cette appréciation. L'ensemble de ses griefs doit donc être rejeté. 5. Au vu de ce qui précède, la peine privative de liberté d'une année ferme est justifiée et doit être confirmée. Il y a lieu de déduire de cette peine la détention pour des motifs de sûreté subie avant le présent jugement (art. 51 et 110 al. 7 CP), ainsi que les 379 jours de détention subie avant le jugement de première instance (301 jours de détention provisoire, 74 jours de détention pour des motifs de sûreté et 4 jours de détention à titre de réparation du tort moral). 6. 6.1 L'appelant se plaint finalement d'une violation du principe de la proportionnalité en lien avec les art. 56 al. 2 et 59 CP. L'appelant soutient qu'il serait disproportionné d'avoir prononcé un traitement institutionnel, en lieu et place d'un sursis avec règles de conduite qu'il appelle de ses vœux, d'autant plus que la prison serait pour lui un endroit dangereux, parce qu'il aurait déjà été confronté à un codétenu qui se serait livré sur lui à des sévices de nature sexuelle (déclaration d'appel, p. 16 ch. 46). De surcroît, les premiers juges auraient méconnu qu'il n'existe aucune institution à même de lui fournir l'encadrement dont il a besoin dans un délai raisonnable, étant précisé que le Tribunal a lui-même reconnu que la prison n'était pas adaptée pour l'exécution de la mesure. Finalement, un traitement institutionnel placerait l'appelant dans une profonde insécurité quant à la date de sa libération, ce qui ne lui permettrait pas d'appréhender son futur sereinement (déclaration d'appel, p. 14-16, ch. 42-48). 6.2 Une mesure doit être prononcée si une peine seule ne peut pas écarter le danger que l'auteur commette d'autres infractions, si l'auteur a besoin d'un traitement ou que la sécurité publique l'exige et si les conditions prévues aux art. 59 à 61, 63 ou 64 CP sont remplies (art. 56 al. 1 CP). Aux termes de l'art. 59 al. 1 let. b CP, lorsque l'auteur souffre d'un grave trouble mental, le juge peut ordonner un traitement institutionnel s'il est à prévoir que cette mesure le détournera de nouvelles infractions en relation avec ce trouble. La décision du juge doit respecter le principe constitutionnel de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), nouvellement inscrit dans la loi. Selon l'art. 56 al. 2 CP, le prononcé d'une mesure suppose que l'atteinte aux droits de la personnalité qui en résulte pour l'auteur ne soit pas disproportionnée au regard de la vraisemblance qu'il commette de nouvelles infractions et de leur gravité. Cette disposition postule de la sorte la pesée à effectuer entre l'atteinte aux droits inhérente à la mesure ordonnée et la dangerosité de l'auteur. D'autre part, l'art. 56a CP rappelle que si plusieurs mesures s'avèrent appropriées, mais qu'une seule est nécessaire, le juge ordonne celle qui porte à l'auteur les atteintes les moins graves. En effet, eu égard à la gravité de l'atteinte à la liberté personnelle que constitue le traitement institutionnel, cas échéant dans un milieu fermé, cette mesure ne doit être ordonnée qu'à titre d'ultima ratio lorsque la dangerosité existante ne peut être écartée autrement (cf. aussi ATF 118 IV 108 consid. 2a p. 113 et les références citées). Pour ordonner une des mesures prévues aux art. 59 à 61, 63 et 64 CP, le juge doit se fonder sur une expertise. Celle-ci doit se déterminer sur la nécessité et les chances de succès d'un traitement, la vraisemblance que l'auteur commette d'autres infractions et la nature de celles-ci, et sur les possibilités de faire exécuter la mesure (art. 56 al. 3 CP). Selon la jurisprudence, le juge apprécie en principe librement une expertise et n'est pas lié par les conclusions de l'expert. Toutefois, il ne peut s'en écarter que lorsque des circonstances ou des indices importants et bien établis en ébranlent sérieusement la crédibilité; il est alors tenu de motiver sa décision de ne pas suivre le rapport d'expertise (ATF 142 IV 49 consid. 2.1.3; ATF 138 III 193 consid. 4.3.1; ATF

136 II 539 consid. 3.2; ATF 133 II 384 consid. 4.2.3). 6.3 En l'espèce, le jugement entrepris met en évidence le besoin de protéger le développement des mineurs qui pourraient de nouveau être confrontés aux images pornographiques et aux vidéos des masturbations de l'appelant. Il résulte également du jugement entrepris et de l'expertise judiciaire que l'appelant souffre d'une pathologie psychiatrique sévère et durable, doublée de carences sociales et éducatives et que les actes commis sont en lien avec son profil psychologique. Le risque de récidive pour les actes du même ordre est élevé. Suivant l'avis des experts, les premiers juges ont relevé qu'on ne pouvait envisager une institution ouverte, mais qu'il fallait un cadre fermé afin que l'appelant puisse être confronté à certaines limites, d'autant plus nécessaires compte tenu du type d'infractions commises. Un traitement ambulatoire n'était pas suffisant, puisque l'appelant nécessitait non seulement des soins, mais aussi des mesures socio-éducatives dans un milieu cadrant, tout comme d'un appui professionnel. Les premiers juges ont retenu que seule une mesure institutionnelle et cadrante paraît, dans un premier temps en tous cas, de nature à pallier aux troubles de l'appelant et à diminuer le risque de réitération (jgt, pp. 40-42). Au vu de ces considérations, le Tribunal correctionnel a correctement appliqué l'art. 59 CP, en procédant clairement et sur la base des éléments pertinents du dossier à une analyse de la proportionnalité et en indiquant de manière claire et convaincante pourquoi un traitement institutionnel s'impose et pourquoi les mesures ambulatoires souhaitées par l'appelant ne seraient pas suffisantes. Contrairement à ce que soutient l'appelant, le Tribunal correctionnel a donc procédé à une mise en balance complète des différents intérêts en présence. Ensuite, les premiers juges ont rappelé que dans un arrêt rendu le 22 octobre 2015, publié aux ATF 142 IV 1 et traduit au JdT 2016 IV 329, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il n'appartient pas au Tribunal de prononcer l'exécution d'une mesure de l'art. 59 CP en milieu fermé. Il paraît cependant nécessaire que le juge du fond s'exprime, dans les considérants de son jugement - mais en revanche pas dans le dispositif - sur la nécessité d'une exécution de la mesure en milieu fermé et qu'il recommande de manière non contraignante aux autorités d'exécution un placement de l'intéressé en établissement fermé, lorsqu'il considère que les conditions de l'art. 59 al. 3 CP sont remplies au moment du jugement. De manière amplement suffisante, les premiers juges ont motivé la recommandation adressée aux autorités d'exécution de placer l'appelant dans un milieu fermé, dans un premier temps, et de réévaluer, par la suite, la situation en fonction des progrès de l'appelant (jgt. 45-46). Ils ont également recherché s'il existait une institution à même de fournir à l'appelant l'encadrement dont il a besoin (jgt, p. 44-45), et évoqué plusieurs institutions adéquates, avant effectivement de constater, ce qui va dans le sens de l'appelant, que le milieu carcéral ne paraît pas adapté à la situation de l'accusé (jgt, p. 46). On voit donc mal ce que le Tribunal aurait dû, ou pu, faire de mieux ou de plus. Quant au fait que la durée de la mesure soit indéterminée, il s'agit d'une conséquence de la pathologie de l'appelant, et pas de la mauvaise application du droit par les premiers juges. Il en découle que le grief tiré de la violation du principe de la proportionnalité est infondé et doit être écarté. En définitive, l'appel de L. \_\_\_\_\_ doit être rejeté dans son entier. II. L'appel joint du Ministère public

### **E. 7.1**

Le Ministère public se dit convaincu que l'appelant a, intentionnellement et consciemment, tenté de convaincre son interlocuteur de kidnapper un enfant pour abuser sexuellement de lui (cf. ci-dessus let. C/2.3). Les actes à commettre seraient clairement circonscrits par les messages de l'appelant : attraper un garçon de force, puis en abuser sexuellement. Le projet serait donc suffisamment précis pour retenir la tentative d'instigation. Le Ministère public

se fonde par ailleurs sur l'expertise psychiatrique, dont il ressort que les capacités cognitives de l'appelant sont entières. Celui-ci avait donc parfaitement conscience de tous ces actes, d'autant plus qu'il revenait chaque fois avec insistance à son projet. Ce serait ainsi à tort que le Tribunal correctionnel a considéré au bénéfice du doute que l'appelant n'était pas en mesure de penser que son interlocuteur pourrait passer à l'acte (jgt, p. 36-37). D'ailleurs, aux débats, l'appelant aurait fini par admettre qu'il pouvait imaginer que l'un de ses interlocuteurs pourrait passer à l'acte. L'appelant devrait donc être reconnu coupable de tentative d'instigation à séquestration et enlèvement et de tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel avec des enfants et de tentative d'instigation à contrainte sexuelle, de sorte que la peine devrait être augmentée à 24 mois.

### **E. 7.2**

L'instigation est le fait de décider intentionnellement autrui à commettre une infraction intentionnelle. Si l'infraction a été commise, l'instigateur encourt la peine applicable à l'auteur de cette infraction (art. 24 al. 1 CP). L'instigation suppose un rapport de causalité entre l'acte d'incitation de l'instigateur et la décision de l'instigué de commettre l'acte. L'instigateur doit exercer une influence psychique directe sur la formation de la volonté d'autrui. Il n'est pas nécessaire qu'il ait dû vaincre la résistance de l'instigué. La volonté d'agir peut être déterminée même chez celui qui est disposé à agir ou chez celui qui s'offre à accomplir un acte réprimé par le droit pénal et cela aussi longtemps que l'auteur ne s'est pas encore décidé à passer à l'action concrètement (ATF 128 IV 11 consid. 2a p. 14 s.; ATF 127 IV 122 consid. 2b/aa p. 127 s. et la jurisprudence citée; cf. également ATF 124 IV 34 consid. 2c p. 37 s. et les références citées). Pour qu'une instigation puisse être retenue, il faut qu'elle soit intentionnelle. L'intention doit se rapporter, d'une part, à la provocation de la décision de passer à l'acte et, d'autre part, à l'exécution de l'acte par l'instigué (ATF 127 IV 122 consid. 4a p. 130). Le dol éventuel suffit. Il faut que l'instigateur ait su et voulu ou, à tout le moins, envisagé et accepté que son intervention était de nature à décider l'instigué à commettre l'infraction (ATF 128 IV 11 consid. 2a p. 15).

### **E. 7.3**

En l'espèce, le Tribunal correctionnel a retenu que l'appelant ne souhaitait pas un passage à l'acte concret, se bornant à fantasmer et à s'exciter sexuellement sur l'idée d'un tel forfait. Il était en effet constant que l'appelant n'avait jamais cherché à entrer en contact avec ses victimes dans la « vraie » vie et qu'il avait paru crédible en déclarant qu'il n'avait jamais voulu commettre de viol. Seul le récit de ce possible viol l'excitait. Le Tribunal correctionnel a considéré, au bénéfice du doute, que l'appelant n'était pas en mesure d'envisager qu'L.\_\_\_\_\_ puisse appréhender les choses autrement que lui et que ses propos puissent le convaincre de passer à l'acte, et qu'il a encore moins accepté l'éventualité concrète qu'il passe à l'acte de son côté. Le Tribunal correctionnel a ainsi considéré que le prévenu a toujours pensé que [...] et lui partageaient le même fantasme, sans imaginer une seconde un réel passage à l'acte. La motivation du Tribunal correctionnel est convaincante, et l'argumentation du Ministère public ne permet pas de lever tout doute raisonnable sur les points de savoir si l'appelant a réellement voulu que son interlocuteur passe à l'acte et s'il était en mesure de réaliser que son comportement pouvait décider autrui à passer l'acte. En effet, même si l'appelant dispose de capacités cognitives intactes, cela n'exclut pas qu'il ait uniquement voulu fantasmer et à s'exciter sexuellement sur l'idée d'un tel forfait, ce que la personnalité du prévenu tend effectivement à confirmer. Il est exact que l'appelant s'est montré insistant. Rien ne démontre cependant qu'il envisageait vraiment un

passage à l'acte de ses interlocuteurs, et sa déception face aux refus de ceux-ci peut également s'expliquer par l'absence de partage de tels fantasmes. En outre, la déclaration de l'appelant citée par le Parquet, selon laquelle le prévenu a fini par admettre qu'il pouvait imaginer que l'un de ses interlocuteurs pourrait passer à l'acte suit immédiatement la phrase suivante : « Je ne pense pas que mon interlocuteur l'aurait fait ». L'aveu n'a donc pas la portée que lui prête le Ministère public. Il découle de ce qui précède, que l'appel joint doit également être rejeté.

#### **E. 8**

Le maintien de l'appelant en détention pour des motifs de sûreté doit être prononcé, afin de garantir l'exécution de la mesure prononcée (art. 231 al. 1 let. a CPP; TF 1B\_129/2018 du 3 avril 2018).

#### **E. 9**

En définitive, l'appel, ainsi que l'appel joint doivent être rejetés et le jugement attaqué confirmé. Une indemnité pour la procédure d'appel d'un montant de 5'052 fr. 50 sera allouée au défenseur d'office de l'appelant. Ce montant correspond à la liste d'opérations produite (P. 177). Vu l'issue de la cause, les frais d'appel constitués de l'émolument de jugement, par 3'560 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; RSV 312.03.1]) et de l'indemnité de défense d'office arrêtée à 5'052 fr. 50 (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), seront mis par moitié à la charge de L.\_\_\_\_\_, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP), le solde étant laissé à la charge de l'Etat. L'appelant ne sera tenu de rembourser à l'Etat la moitié de l'indemnité allouée à son défenseur d'office que lorsque sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 CPP).

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