

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 31 août 2009

Présidence de M. CREUX, président
Juges : M. de Montmollin et Mme Epard
Greffier : Mme Sidi-Ali

Art. 187 ch. 1, 189 al. 1 CP; art. 157 al. 3, 411 let. g, h et i CPP

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par **W.**_____ contre le jugement rendu le 10 février 2009 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause le concernant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 10 février 2009, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois a libéré W._____ de l'accusation d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance (I), a constaté que W._____ s'est rendu coupable d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et de tentative de contrainte sexuelle (II), l'a condamné à une peine privative de liberté de sept mois (III), a suspendu l'exécution de la peine et lui a fixé un délai d'épreuve de 3 ans, ce délai d'épreuve étant subordonné au fait qu'il suive régulièrement le traitement ambulatoire ordonné au chiffre suivant (IV), a ordonné un traitement ambulatoire psycho-éducatif et un traitement ambulatoire visant à l'abstinence de consommation d'alcool (V), et mis les frais de la cause, par 17'362 fr. 30, à la charge du condamné (VI).

B. Ce jugement retient en substance ce qui suit, la cour de céans se référant pour le surplus à l'état de fait dans son intégralité :

1. W._____ est né le [...] au Portugal. Il n'a fait ni apprentissage ni études. Dès l'âge de 14 ans, il a travaillé comme aide-boulangier et puis comme manœuvre dans le secteur de la construction. En 1987, il est venu en Suisse. Au bénéfice d'un permis C, il travaille depuis lors en tant que maçon dans l'entreprise [...]. Son salaire mensuel brut actuel est de 5'480 francs. En 1994, l'accusé s'est marié avec une ressortissante portugaise. Ce couple, sans enfants, habite à [...]. L'accusé n'a ni fortune ni poursuites. Le casier judiciaire suisse et portugais est vierge.

En cours d'enquête, W._____ a été soumis à une expertise psychiatrique. L'expert a posé le diagnostic de retard mental léger à moyen et de syndrome de dépendance à l'alcool, utilisation continue. Selon les tests psychologiques, l'accusé a une efficacité intellectuelle très faible et dysharmonique qui équivaut à un âge mental de 8 ans. W._____, selon l'expert, a à peu près intégré les interdits sociaux et

moraux, même s'il a une compréhension extrêmement incomplète des raisons qui les sous-tendent. Il est également analphabète, pouvant au mieux identifier des panneaux indicateurs. Il ne s'exprime pas en français bien qu'il vit en Suisse depuis une vingtaine d'années. L'expert conclut qu'au moment des faits ci-dessous, l'accusé avait une faculté restreinte dans une mesure moyenne pour apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation.

2. L'accusé vit à [...] depuis plusieurs années. Il fréquente le cercle espagnol et portugais et c'est dans ces circonstances qu'il a fait la connaissance de [...], père de A.C._____. W._____ et sa femme étaient très liés avec le couple C._____ et se rencontraient souvent. Un soir de l'année 2000 ou 2001 (la date ne peut pas être mieux précisée), l'accusé s'est rendu au domicile du couple C._____. [...]C._____ se trouvait au travail et l'accusé le savait. Son intention était de boire un verre avec José C._____. Ce dernier était absent. L'accusé a trouvé à la maison la fille A.C._____ née le [...] 1991, qui était déjà en pyjama. Il est rentré dans l'appartement et a demandé à A.C._____ de lui donner une bière, comme il semble qu'il en avait l'habitude. Ensuite, il lui a touché les seins et les fesses et a mis la main sur sa cuisse, par-dessus le pyjama.

Face à deux versions contradictoires concernant la suite de l'état de fait, le tribunal a retenu que l'accusé, manifestement sous l'influence de l'alcool, a tenté de caresser A.C._____ sous le pyjama sans y parvenir en raison de la réaction de l'enfant. W._____ a ensuite ouvert la ceinture de son pantalon, mais il a renoncé à aller plus loin car A.C._____, apeurée, a crié.

3. A.C._____ n'a rien dit à ses parents. Elle s'est confiée pour la première fois en 2005 à [...] qui donnait un cours d'éducation sexuelle à l'école, puis à l'infirmière scolaire. La mère de A.C._____ n'a d'abord pas cru sa fille et a hésité à déposer une plainte. Sous la pression du directeur de l'école, elle a toutefois déposé une plainte le 2 décembre 2005. Par la suite, la Justice de paix a nommé Me Rüdlinger en tant que curatrice de

A.C._____. Celle-ci a déposé plainte le 12 février 2007 au nom de sa pupille.

C. En temps utile, W._____ a recouru contre le jugement précité. Dans le délai imparti à cet effet, il a déposé un mémoire concluant principalement à l'annulation des chiffres II à VI du jugement et au renvoi de la cause en première instance pour nouvelle instruction et nouveau jugement. Subsidiairement, W._____ conclut à la réforme du jugement, en ce sens qu'il est libéré des chefs d'accusation d'actes d'ordre sexuel et de tentative de contrainte sexuelle, les frais étant laissés à la charge de l'Etat. Plus subsidiairement encore, W._____ conclut à la réforme du jugement en ce sens qu'il est libéré du chef d'accusation de tentative de contrainte sexuelle, que la peine est réduite d'au moins cinq mois et fixée en jours-amende et que les frais de la cause mis à sa charge sont réduits et ramenés à 5'787 fr. 40.

En droit :

1. 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 et Abravanel, 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, Moreillon et 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 – que le recourant invoque d'ailleurs à titre principal –, ceux-ci pouvant faire apparaître des doutes sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause (art. 411 let. i CPP).

I. Recours en nullité

2. **a)** Le recourant invoque l'art. 411 let. g, h et i. Il soutient que le principe *in dubio pro reo* a été violé. Il prétend qu'au vu des déclarations fluctuantes de la victime, le tribunal n'aurait pas dû lui accorder crédit et retenir la version des faits qu'elle a présentée à l'audience.

b) Les moyens de nullité de l'art. 411 let. h et i CPP sont conçus 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 (JT 1999 III 83 consid. 6b; Besse-Matile et Abravanel, Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois, in JT 1989 III 98, 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 (JT 1991 III 45).

 L'art. 411 let. h et i ne doit permettre d'annuler le jugement attaqué que lorsque l'état de fait de ce jugement est insuffisant, qu'il présente de lacunes ou des contradictions ou s'il existe des doutes sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause (Bovay, Dupuis, Moreillon et Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, 3^e éd., Bâle 2008, n. 10.3 ad art. 411 CPP). L'existence d'un doute sur un fait au sens de l'art. 411 let. i CPP se confond avec la mise en cause d'une appréciation des preuves qui s'y rapportent (Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, in JT 1996 III 66, p. 83). Les constatations de fait et l'appréciation des preuves sont arbitraires lorsqu'elles sont évidemment fausses, contredisent d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, reposent sur une inadvertance manifeste ou un abus du pouvoir d'appréciation, par exemple si l'autorité s'est laissé guider par des

considérations aberrantes ou a refusé de tenir compte de faits ou de preuves manifestement décisifs (TF, 25 mars 2002, 1P.598/2001, consid. 2, ad Cass., 21 décembre 2000, n° 570; Cass., 9 mars 1999, n° 249, précité; Bersier, op. cit., p. 83; Besse-Matile et Abravanel, op. cit., p. 104 et les réf. cit.). Il incombe au recourant de démontrer le caractère arbitraire de l'appréciation des preuves à laquelle s'est livré le premier juge (art. 425 al. 2 let. c CPP).

c) Le principe *in dubio pro reo* ne figure expressis verbis dans aucune disposition de notre ordre juridique (Corboz, *In dubio pro reo*, in RJB 1993, pp. 403 ss, spéc. p. 404), mais découle de la présomption d'innocence (Corboz, op. cit., p. 405), garantie par l'art. 6 par. 2 CEDH et figurant également expressément à l'art. 32 al. 1 Cst. Il concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves.

En tant que règle sur le fardeau de la preuve, la violation du principe *in dubio pro reo* est examinée sous l'angle de l'art. 411 let. g CPP (JT 2003 III 70, consid. 2a). Dans ce cas, le principe *in dubio pro reo* signifie qu'il appartient à l'accusation de rapporter la preuve de la culpabilité de l'accusé. Il est donc violé lorsque le juge condamne un accusé au motif qu'il n'a pas prouvé son innocence ou lorsqu'il résulte de la motivation du jugement que le juge est parti de la fausse prémisse que l'accusé devait prouver son innocence et l'a condamné pour n'avoir pas rapporté cette preuve (TF, 8 octobre 1998, ad Cass., 8 mai 1998, n° 177; ATF 120 la 31, consid. 2c, SJ 1994, p. 541; Corboz, op. cit., pp. 415 à 420).

Comme règle d'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait (TF, 9 août 2000, consid. 2a, ad Cass., 27 octobre 1999; Cass., 30 mai 2000, n° 395; Cass., 19 juillet 1999, n° 388; ATF 120 la 31, consid. 2c; Corboz, op. cit., p. 425). Sur ce point, des doutes simplement abstraits et théoriques ne suffisent pas, car de tels doutes sont toujours possibles et une certitude absolue ne peut être exigée. Il doit s'agir de doutes importants et irréductibles, qui

s'imposent au vu de la situation objective (ATF 127 I 38, consid. 2a et les arrêts cités).

Dans cette mesure, le principe *in dubio pro reo* se confond avec l'interdiction générale de l'arbitraire, prohibant une appréciation reposant sur des preuves inadéquates ou sans pertinence (Bovay, Dupuis, Moreillon et Piguet, op. cit., n. 11.4 ad art. 411 CPP; Besse-Matile et Abravanel, op. cit., p. 102). Il est donc examiné sous l'angle de l'art. 411 let. i CPP (JT 2003 III 70, consid. 2a et les réf. cit.; JT 1997 III 124). Il existe néanmoins une nuance entre l'arbitraire dans l'appréciation des preuves et la mise en œuvre du principe *in dubio pro reo*. Ce principe ne dit pas comment les preuves doivent être appréciées et comment le juge doit former sa conviction. Il n'intervient donc pas à ce stade, qui est régi par la seule interdiction de l'arbitraire (Corboz, op. cit., p. 422). D'un point de vue chronologique, le juge doit d'abord apprécier les preuves et se demander s'il parvient à une conviction personnelle excluant tout doute sérieux. Ce n'est que si cette première phase se solde par un doute sur un fait pertinent qu'il doit ensuite appliquer l'adage *in dubio pro reo* et trancher la question de fait dans le sens favorable à l'accusé (Piquerez, Procédure pénale suisse, Zurich 2000, n° 1905 ss, spéc. n° 1918 s., p. 403; Corboz, op. cit., pp. 422 s.; Arzt, *In dubio pro reo vor Bundesgericht*, in RJB 1993, pp. 1 ss, spéc. p. 21, n. 5).

d) En l'espèce, les arguments soulevés par le recourant concernent la manière dont les juges ont soupesé les déclarations des parties et des témoins. Ils relèvent plus de la critique de l'appréciation des preuves que du fardeau de la preuve. C'est donc dans ce cadre qu'il y a lieu d'examiner si le principe *in dubio pro reo* a été correctement appliqué.

A l'appui de ses critiques, le recourant invoque notamment des procès-verbaux d'auditions effectuées en cours d'enquête et une pièce au dossier [7/2], soit la lettre d'un tiers au procès. Pour ce qui concerne les premiers, il ne peut le faire dans la mesure où le tribunal ne s'y réfère pas dans le jugement, ce d'autant moins que ces mêmes personnes ont été entendues en audience. Il appartient en effet au premier juge de se forger

une opinion sur la base de l'instruction aux débats et il peut se fonder sur le résultat des preuves administrées à l'audience de jugement, selon sa libre appréciation. Toute référence aux procès-verbaux enregistrés durant l'enquête sera par conséquent sans pertinence après le jugement, soit devant la juridiction de recours, puisqu'on ignore ce qui a pu être déclaré aux débats, par les personnes déjà entendues dans l'enquête ou par d'autres, sur les points qui avaient été verbalisés précédemment ou sur des objets différents.

De même, il appartient au seul premier juge d'apprécier la portée des pièces figurant au dossier (Cass., 6 novembre 2006, n° 334; Bersier, op. cit., pp. 80 et 82; Besse-Matile et Abravanel, op. cit., p. 104), et donc de la lettre au dossier dont il a été question plus haut. L'argument tiré de la variation des déclarations de la plaignante, fondé sur ces procès-verbaux d'enquête et cette lettre, n'est donc pas pertinent. Le tribunal a entendu la plaignante et a consigné la substance de ses propos. Il les a jugés crédibles tout en relevant que les déclarations des parties avaient fluctué en cours d'enquête.

La crédibilité de la plaignante est implicitement fondée sur le fait qu'une partie des événements qu'elle dénonce a été admise par le recourant. Pour le reste, A.C. _____ a clairement dit en audience qu'à aucun moment elle n'avait été touchée sous les habits. Ce sont ces déclarations-là que le tribunal a retenues. Or, elles sont en faveur du recourant qui lui, alors qu'il était sous l'emprise de l'alcool, ne se souvient plus des faits. L'appréciation du tribunal n'apparaît ainsi en rien arbitraire. Le grief est mal fondé.

3. a) Invoquant l'art. 411 let. h CPP, le recourant fait valoir que le jugement contient une lacune, en ce qu'il omet de motiver la qualification juridique des faits retenus au titre d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et de tentative de contrainte sexuelle. Il prétend en particulier que l'examen du caractère sexuel et de la conscience du caractère sexuel fait défaut.

b) Une lacune dans la motivation en droit relève de la violation essentielle d'une règle de procédure et doit constituer un motif de nullité au sens de la lettre g de l'art. 411.

La motivation en droit prescrite par l'art. 373 al. 2 let. b CPP doit répondre à des exigences de clarté telles que le condamné sache indubitablement pour quels faits il a été condamné, et quelle qualification juridique le tribunal leur a donnée. L'omission de statuer, en fait et en droit, sur chacun des chefs d'accusation constitue une violation d'une règle essentielle de la procédure (JT 1989 III p. 102; Bovay, Dupuis, Moreillon et Piguet, op. cit., n. 9.11 ad art. 411 CPP). Si la décision doit indiquer les points essentiels du raisonnement tenu par le juge du fait (JT 1986 III 101), celui-ci n'a par contre pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties et il peut passer sous silence ce qui, sans arbitraire, lui paraît à l'évidence non établi ou sans pertinence (ATF 122 IV 8, précité; 121 I 54; 117 Ib 64; 112 Ia 107, JT 1986 IV 149). La motivation de la conviction du tribunal ne concerne ainsi que les faits importants et doit simplement attester la réflexion et le choix du premier juge (BGC 1989, 2a, automne/ordinaire, p. 152).

c) En l'espèce, le tribunal a exposé les faits tels qu'ils ont été présentés par les parties. Après avoir soupesé les différentes versions et les moyens de preuve à sa disposition, il a exposé les faits tels qu'établis. Cela fait, le tribunal en a déduit les infractions d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et de tentative de contrainte sexuelle sans en développer chacun des éléments constitutifs, en tant qu'il a considéré que le caractère sexuel des actes incriminé ne faisait aucun doute. Quant à la conscience du caractère sexuel, il ressort clairement de la lecture du jugement, en particulier de la motivation relative à la fixation de la peine, que le tribunal a considéré sans aucun doute que cette circonstance était réalisée. Partant, il n'y a pas de lacune dans la motivation de la qualification juridique des faits.

Au surplus, ainsi que l'examen en réforme le déterminera ci-dessous, ces deux aspects, soit tant le caractère sexuel que la conscience de ce caractère sexuel, étaient réunis en l'espèce.

II. Recours en réforme

4. a) Le recourant conteste avoir commis un acte d'ordre sexuel sur A.C. _____ en la caressant furtivement par-dessus les habits et sur les seins et les fesses. En particulier, il fait valoir que l'expertise lui donne un âge mental de huit ans, ce qui explique qu'il n'était pas à même de prendre conscience du caractère sexuel de ses actes.

b) Selon l'art. 187 ch. 1 CP, celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire

L'art. 187 CP a pour but de protéger le développement de la jeunesse (ATF 125 IV 58, consid. 3a, SJ 1999 I 439; Corboz, Les infractions en droit suisse, Volume I, Berne 2002, n. 1 s. ad art. 187 CP). La notion d'actes d'ordre sexuel est fonction de leur apparence explicitement sexuelle. N'en font pas partie des comportements dont l'apparence extérieure ne présente aucun aspect directement sexuel. En revanche, un acte est considéré comme étant d'ordre sexuel lorsqu'il apparaît, pour un observateur tiers, lié sans ambiguïté à la sexualité (ATF 125 IV 58, précité, consid. 3b). Il s'agit d'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 (Corboz, op. cit., n. 6 ad art. 187 CP).

On peut se demander si la notion d'actes d'ordre sexuel doit être comprise de manière plus large lorsque la victime est un enfant, pour tenir compte de la volonté du législateur de protéger spécialement la jeunesse. Corboz (op. cit., n. 7 ad art. 187 CP) observe que la loi emploie exactement le même terme pour l'ensemble des dispositions protégeant l'intégrité sexuelle, mais que l'on perçoit dans la pratique une tendance à

admettre plus facilement l'existence d'un « acte d'ordre sexuel » lorsque la victime est un enfant, notamment pour des attouchements furtifs par-dessus les habits, qui entraîneraient plutôt, entre adultes, l'application de l'article 198 alinéa 2 CP. L'auteur se réfère à la jurisprudence publiée aux ATF 125 IV 58 et qui semble effectivement aller dans cette direction. Il est cependant fait une distinction entre les actes qui sont clairement connotés sexuellement et reconnaissables comme tels par un tiers, pour lesquels il n'y a pas à se demander quels étaient les mobiles, les sentiments ou la signification subjective des actes pour l'auteur ou la victime, et ceux qui sont équivoques, soit qui n'apparaissent extérieurement ni neutres ni clairement connotés sexuellement, spécialement les baisers, pour lesquels il convient de déterminer s'ils étaient objectivement de nature à léser le bien protégé en tenant compte notamment de l'âge de la victime ou de sa différence d'âge avec l'auteur (ATF 125 IV 58, précité; Cass., 16 juin 2008, n° 225).

c) Dans le cas particulier, la connotation sexuelle ne fait aucun doute vu les faits retenus par le tribunal (jugement, p. 11). Non seulement le recourant a caressé l'enfant par-dessus son pyjama, mais il a tenté de le faire par-dessous, avant d'être arrêté par la réaction de sa victime. Il a ensuite ouvert sa ceinture mais a immédiatement renoncé à baisser son pantalon. Enfin, il a mis la main sur la bouche de l'enfant, ce qui atteste que celle-ci a eu peur, ce qui n'aurait pas été le cas si les attouchements n'avaient été que furtifs et sans signification.

Quant au fait que W. _____ accuse un retard mental léger, l'argument est spécieux. Celui-ci a précisément montré par ses propres actes (tentative de caresser sous le pyjama, ouverture de sa ceinture puis renonciation) qu'il réalisait de quoi il retournait. De même, le fait qu'il ait mis la main sur la bouche de la victime montre qu'il saisissait le caractère répréhensible de ce qu'il faisait. Mal fondé, le grief est rejeté.

5. a) Le recourant soutient ensuite que la contrainte sexuelle ne saurait être retenue, dès lors qu'il n'a développé aucun moyen coercitif.

b) Selon l'art. 189 al. 1 CP, se rend coupable de contrainte sexuelle celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel. Par pression d'ordre psychique, on vise un comportement de l'auteur qui provoque intentionnellement chez la victime des effets d'ordre psychique propres à la faire céder (Corboz, Les principales infractions, Berne, 1997, p. 270 n. 16 et les références de jurisprudence et de doctrine citées). Il suffit, en procédant à une appréciation objective des circonstances concrètes, qu'il soit compréhensible que la victime ait cédé. Une mise hors d'état de résister n'est pas nécessaire (Corboz, op. cit., p. 746 s., note 18 ad art. 189 CP). Une situation d'infériorité physique et de dépendance sociale et émotionnelle peut suffire (ATF 124 IV 154 consid. 3b et 3c, JT 2000 IV 134). Mais les pressions doivent toutefois présenter une intensité certaine et la détermination de l'intensité requise pour que l'infraction soit réalisée peut se révéler délicate. Dans une telle appréciation, la personnalité de la victime, son âge ou une situation familiale précaire sont importants, tout comme le sont le caractère de l'auteur ou son éventuelle position dominante, ainsi que l'existence de liens d'amitié ou de nature professionnelle entre parties (ATF 124 IV 154, JT 2000 IV 134).

c) En l'espèce, seule la tentative a été retenue. Il faut donc apprécier si la volonté du recourant était initialement de profiter de circonstances qui auraient dû ou pu conduire la victime à céder à ses avances d'ordre sexuel. Ses liens avec le père de A.C._____ lui conféraient une position dominante. Il a tenté d'en profiter pour obtenir de celle-ci qu'elle le laisse faire. Lorsque A.C._____ a crié, il a mis la main sur sa bouche pour la faire taire. Ces faits démontrent que W._____ non seulement exerçait une pression d'ordre psychique sur sa victime, mais a de plus tenté de la mettre hors d'état de résister en l'empêchant de crier. Les éléments constitutifs de la contrainte sexuelle sont réunis en tant qu'il s'agit d'une tentative.

6. a) Le recourant fait valoir que la peine infligée est arbitrairement sévère. Il soulève divers griefs à cet égard.

b) W._____ affirme qu'il a été doublement pénalisé dans l'appréciation de la peine: les premiers juges ont retenu que les actes qu'il avaient commis étaient graves parce qu'il s'en était pris à une enfant de neuf ou dix ans. Or, selon lui, l'intégrité sexuelle des enfants étant précisément protégée par l'art. 187 CP, l'âge est un élément constitutif de cette infraction et ne peut donc en être une circonstance aggravante.

Le recourant perd de vue que l'art. 187 CP vise tous les enfants jusqu'à l'âge de 16 ans. Lorsqu'ils ont mis en exergue l'âge de 8 à 10 ans, les premiers juges voulaient manifestement insister sur le jeune âge de la victime. Ils ont stigmatisé le fait que W._____ s'en est pris à une enfant particulièrement jeune.

c) Le recourant fait valoir qu'il s'est limité à des caresses par-dessus les habits, de tels actes étant au bas de l'échelle des comportements incriminés.

Ces gestes sont toutefois aggravés de manière significative du fait que W._____ a effrayé sa victime et l'a empêchée de crier. Le jugement fait par ailleurs état du rapport établi en 2007 par le psychologue [...], assistant au service de pédopsychiatrie d'Aigle, selon lequel les événements litigieux "ont pu occasionner une souffrance psychique importante".

d) Le recourant fait valoir que les premiers juges n'ont pas tenu compte de ses antécédents et de ses aveux. Ce n'est pas exact; il est fait mention, dans le jugement, du casier judiciaire vierge (p. 9) et des faits admis par le recourant (p. 10). Le jugement est au demeurant relativement court et l'on doit admettre que les premiers juges avaient ces éléments à l'esprit lorsqu'ils ont déterminé la mesure de la peine.

e) Le recourant soutient encore que le tribunal n'a pas suffisamment tenu compte de sa diminution de responsabilité liée au fait qu'il a agi à une seule reprise et qu'il serait particulièrement sensible à la sanction pénale. Sur ce point, il se réfère à l'expertise [pièce 42], p. 7, où il est dit que le recourant a développé un stress important en raison de l'enquête judiciaire.

Il est vrai que, sur ce dernier point, le jugement est muet. Toutefois, l'expertise à laquelle se réfère le recourant traite de son état anxio-dépressif lié à l'enquête, mais ne parle pas de l'accessibilité à la sanction pénale, si ce n'est pour dire que l'exécution d'une peine privative de liberté n'entraverait pas un traitement. Dans ces conditions, les premiers juges n'ont méconnu aucune circonstance atténuante s'imposant dans le cadre de la fixation de la peine.

f) Enfin, W. _____ fait valoir que, bien que le jugement entrepris mentionne une responsabilité moyennement diminuée à décharge, il n'en a pas été tenu compte dans l'appréciation de la quotité de la peine.

Le juge qui retient une responsabilité restreinte doit réduire la peine en conséquence, mais n'est pas tenu d'opérer une réduction linéaire (ATF 123 IV 49 consid. 2c p. 51); en effet, il ne s'agit pas d'appliquer un tarif ou une relation mathématique, mais de tirer des conséquences raisonnables de la situation. Une diminution légère, respectivement moyenne ou forte, de la responsabilité n'entraîne donc pas nécessairement une réduction de 25 %, respectivement de 50 % ou de 75 %, de la peine. Il doit toutefois exister une certaine corrélation entre la diminution de responsabilité constatée et ses conséquences sur la peine. En l'espèce, le tribunal, sans toutefois le chiffrer, a expressément fait de la diminution de responsabilité un facteur de réduction. On peut par conséquent en inférer une diminution de peine de l'ordre de 50 %. Cette appréciation est pertinente. Il n'y a pas de raison de s'en écarter.

7. a) Le recourant se plaint du genre de peine. Il considère que le tribunal aurait dû prononcer une peine pécuniaire.

b) D'après la conception des nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité (ATF 134 IV 97 consid. 4 p. 100 ss). Conformément au principe de la proportionnalité, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement (ATF 134 IV 97 consid. 4.2.2 p. 101, 82 consid. 4.1 p. 85). A cet égard, une peine pécuniaire, qui atteint l'intéressé dans son patrimoine, constitue une sanction plus clémentine qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle. La priorité à donner à une peine pécuniaire correspond au demeurant à la volonté du législateur, dont l'un des principaux buts dans le domaine des sanctions a été d'éviter les courtes peines privatives de liberté, qui entravent la resocialisation de l'auteur (ATF 134 IV 97 consid. 4.2.2 p. 101/102, 60 consid. 4.3 p. 65). Le choix du type de sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention (ATF 134 IV 97 consid. 4.2 p. 100, 82 consid. 4.1 p. 84/85). La situation économique de l'auteur ou le fait que son insolvabilité apparaît prévisible ne constituent en revanche pas des critères pertinents pour choisir la nature de la sanction (ATF 134 IV 97 consid. 5.2.3).

c) Les premiers juges n'ont pas expressément abordé la question. Or, rien ne s'oppose ici à une peine pécuniaire. W. _____ travaille pour un salaire régulier de quelque 5'400 fr. brut. Il est marié, inséré socialement - à tout le moins dans le milieu portugais. On ne voit pas qu'une peine privative de liberté ait un effet plus important sur W. _____ du point de vue de l'efficacité ni de l'effet préventif. Elle serait au contraire préjudiciable au regard de sa situation sociale. Rien ne justifie

la peine privative de liberté et une peine pécuniaire doit dès lors être prononcée à l'encontre du recourant.

Il n'y a pas lieu de s'écarter du quantum retenu par les premiers juges, soit l'équivalent de sept mois de peine privative de liberté, savoir 210 jours-amende.

Le montant du jour-amende doit être fixé en partant du revenu que l'auteur réalise en moyenne quotidiennement, quelle qu'en soit la source, car c'est la capacité économique réelle de fournir une prestation qui est déterminante. Ce qui est dû en vertu de la loi ou ce dont l'auteur ne jouit pas économiquement doit en être soustrait. Il en va ainsi des impôts courants, des cotisations à l'assurance-maladie et accidents obligatoire, ou encore des frais nécessaires d'acquisition du revenu, respectivement pour les indépendants, des frais justifiés par l'usage de la branche (TF du 13 mai 2008 6B_541/2007, consid. 6.4.4). D'autres charges financières ne peuvent être prises en compte que dans le cadre de la situation personnelle. Des engagements plus importants de l'auteur, préexistants et indépendants des faits (p. ex. des paiements par acomptes pour des biens de consommation), n'entrent en principe pas en ligne de compte. Si tout type d'engagement financier devait être déduit, l'auteur obéré ou tenu de s'acquitter d'acomptes ou par un leasing se verrait mieux traité que celui qui n'a pas de telles charges. En règle générale, les intérêts hypothécaires et les frais de logement ne peuvent pas être déduits (TF du 13 mai 2008 6B_541/2007, consid. 6.4.4).

Le jugement contient peu d'indications sur la situation financière du recourant. En revanche, le rapport de renseignements généraux établi par la gendarmerie le 12 décembre 2006 [pièce 15] donne quelques informations complémentaires. En 2006, le salaire mensuel net de W._____ s'élevait à 4'600 fr. et son loyer à 950 fr.; en outre, il s'acquittait de 800 fr. par mois pour le paiement de son automobile. Le recourant n'a ni fortune ni dettes. Au vu de ces chiffres, et d'une évaluation de ses frais mensuels d'assurance maladie à 600 fr., d'impôts (estimés à 20 % du revenu net) à 900 fr. et d'entretien pour deux à 1'000

fr., le solde disponible, soit 2'100 fr. (revenu sous déduction de l'entretien pour deux ainsi que des impôts et assurances maladies), représente un revenu journalier de 70 fr. environ. Pour tenir compte équitablement d'autres frais non immédiatement déductibles dans le calcul du revenu disponible (loyer notamment), il se justifie de fixer le jour-amende à 50 fr.

8. a) W. _____ conteste la mise à sa charge de l'intégralité des frais de la cause.

b) Selon l'art. 157 CPP, les frais sont en principe mis à la charge du condamné (al. 1^{er}). S'il y a plusieurs condamnés, les frais sont répartis entre eux (al. 2). Toutefois, lorsque l'équité l'exige, le juge peut ne mettre qu'une partie des frais à la charge du condamné, notamment quand ce dernier a été libéré du chef de certaines des infractions retenues contre lui par l'ordonnance de renvoi (al. 3).

La mise en œuvre de cette disposition relève largement de l'appréciation du premier juge, puisqu'il y est fait référence au concept indéterminé qu'est l'équité. Dans ce contexte, la cour de céans n'en revoit l'application que dans la mesure où le tribunal de première instance a abusé de son pouvoir d'appréciation (art. 415 al. 3 CPP; Cass., 23 novembre 2004, n° 439 et les références citées). A cet égard, la jurisprudence admet que le condamné doit être partiellement libéré des frais lorsqu'il existe une disproportion évidente entre le montant de ces derniers et sa culpabilité (Cass., 23 novembre 2004, n° 439 précité). De même, il y a également lieu à libération partielle des frais lorsque ceux-ci n'ont pas été entraînés par la violation, répréhensible au regard du droit civil, d'une norme de comportement, écrite ou non écrite, résultant de l'ordre juridique suisse pris dans son ensemble (ATF 116 Ia 162, JT 1992 IV 52). Tel est le cas lorsque l'accusé est libéré de certaines des infractions qui ont donné lieu à l'enquête et à des frais (Cass., 26 juin 1995). En revanche, lorsqu'un seul complexe de faits a paru à l'autorité de renvoi constitutif de plusieurs infractions, mais que la juridiction de jugement

n'en a retenu qu'une seule, il n'y a en principe pas lieu de libérer le condamné (Cass., 9 février 2009, n° 45 et les réf. citées).

c) En l'espèce, le recourant a été libéré de l'accusation d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance. Cette accusation reposait rigoureusement sur le même complexe de faits que celui retenu au titre d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et de tentative de contrainte sexuelle. Il n'y a donc aucune mesure d'instruction qui ait été faite en vain, ni en cours d'enquête ni lors de l'audience.

Dans la mesure où les frais représentent un montant de 17'362 fr., il apparaît toutefois disproportionné de mettre la totalité de cette somme à la charge de W._____. L'équité commande de les réduire à 12'000 fr.

9. En définitive, le recours de W._____ est partiellement admis. La peine est prononcée sous forme de peine pécuniaire à raison de 210 jours-amende à 50 fr. le jour-amende et les frais de première instance sont ramenés à 12'000 francs. Compte tenu du fait que le recourant succombe partiellement, il y a lieu de mettre les frais de deuxième instance par moitié à sa charge, le solde restant à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant en audience publique,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est partiellement admis.
- II.** Le jugement est réformé aux chiffres III et VI de son dispositif en ce sens que le tribunal:

III. Condamne W._____ à 210 (deux cent dix) jours-amende et fixe le montant du jour amende à 50 fr. (cinquante francs).

IV. met une partie des frais de la cause, par 12'000 fr. (douze mille francs) à la charge de W._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

Le jugement est confirmé pour le surplus.

III. Les frais de deuxième instance, par 2'870 fr. (deux mille huit cent septante francs), y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office par 660 fr. (six cent soixante francs), sont mis par moitié, soit par 1'435 fr. (mille quatre cent trente-cinq francs), à la charge de W._____, le solde restant à la charge de l'Etat.

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

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 1^{er} septembre 2009

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué au recourant et aux autres intéressés.

La greffière :

Du

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

- Me Ana Rita Perez, avocate (pour W. _____),
- Me Martine Rüdlinger, avocate (pour A.C. _____),
- Mme [...]C. _____,
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Service de la population, secteur étrangers ([...]),
- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- 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 :