

JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE

Audience du 2 décembre 2011

Présidence de Mme F A V R O D, présidente
Juges : MM. Battistolo et Sauterel
Greffière : Mme Puthod

* * * * *

Parties à la présente cause :

C._____, prévenu, représenté par Me Jacques Barillon, avocat de choix à Genève, appelant et intimé,

Ministère public, représenté par le Procureur de l'arrondissement de Lausanne, appelant joint et intimé,

et

A.S._____, **C.S.**_____, et **B.S.**_____, plaignants, représentés par Me Nicolas Perret, avocat d'office à Lausanne, intimés.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 3 mai 2011, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a condamné C._____ pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance ainsi que pornographie à 5 (cinq) ans de privation de liberté, peine d'ensemble, sous déduction de 388 jours de préventive ainsi qu'au paiement des frais par 19'475 fr. 40 (I), a révoqué le sursis accordé le 25 août 2009 par la préfecture de Lausanne (II), a ordonné que C._____ soit soumis à un traitement ambulatoire en détention (III), a dit qu'il est débiteur de A.S._____ de la somme de 30'000 fr. (trente mille francs) à titre d'indemnité pour tort moral (IV), a donné acte de leurs réserves civiles à C.S._____ et B.S._____ (V), a ordonné le maintien au dossier du DVD séquestré sous No 1835 et la destruction du document séquestré sous No 1860 (VI) et a fixé le montant de l'indemnité d'office due à Me Perret pour les parties civiles à 6'332 fr. pour toute chose (VII).

B. Le 4 mai 2011, C._____ a formé appel contre ce jugement. Par déclaration d'appel du 14 juin 2011, il a conclu à sa réforme, en ce sens qu'il est libéré de l'infraction de pornographie, que la peine qui lui a été infligée soit inférieure à cinq ans de privation de liberté et que le sursis octroyé le 25 août 2009 ne soit pas révoqué. Au surplus, il a requis l'audition de deux témoins de moralité en la personne de ses parents et du Dr [...] et a demandé qu'une nouvelle expertise soit ordonnée.

Le 11 juillet 2011, le Ministère public a déclaré s'en remettre à justice s'agissant de la recevabilité de l'appel formé par C._____ et a déposé une déclaration d'appel joint, concluant à la modification du chiffre I du jugement entrepris, en ce sens que C._____ est condamné pour

actes d'ordre sexuel avec des enfants, actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel avec des enfants et tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance.

Par courriers des 15 et 18 juillet 2011, C._____ a déclaré s'en remettre à justice s'agissant de la recevabilité de l'appel joint et a conclu à son rejet.

Par courrier du 21 octobre 2011, la Présidente de la Cour de céans a informé les parties qu'elle refusait d'ordonner une deuxième expertise sur la personne de C._____ au motifs que les conditions de l'art. 389 al. 2 CPP n'étaient pas remplies et que le précédent conseil du prévenu avait renoncé à demander un complément d'expertise. Elle a également déclaré que l'audition des parents du prévenu était inadéquate pour témoigner tant de son évolution depuis son incarcération que de sa personnalité, le dossier étant à cet égard complet et a annoncé que le Dr [...] ne serait pas cité à l'audience, dès lors que le prévenu serait entendu aux débats d'appel sur les traitements qu'il a suivis depuis le jugement et sa perception de ses actes.

C. Aux débats d'appel, C._____ a modifié les conclusions de son appel, en ce sens qu'il a conclu à une peine de privation de liberté inférieure à cinq ans, peine d'ensemble, sous déduction de la détention préventive subie et a retiré ses conclusions relatives à la condamnation pour pornographie et à la révocation du sursis octroyé le 25 août 2009.

Le Ministère public a confirmé ses déterminations sur appel et ses conclusions d'appel joint.

C._____ a conclu au rejet de l'appel joint.

Les parties plaignantes ont quant à elles conclu au rejet de l'appel principal et au rejet de l'appel joint en ce qui concerne l'infraction de pornographie et s'en sont remis à justice quant à la qualification de tentative d'instigation à actes d'ordre sexuels.

D. Les faits retenus sont les suivants :

1. Né le 5 juin 1970 à Zurich, C._____ est célibataire. Avant sa détention, il vivait à Ecublens avec ses parents, relativement âgés. Il a un frère qu'il ne voit que très peu. Cette famille paraît fonctionner sur un mode extrêmement fermé, l'expertise psychiatrique faisant état de la pauvreté des relations sociales et affectives du prévenu. D'un niveau intellectuel relativement bas, le prévenu, dont le père tient une fiduciaire, est décrit comme un garçon très renfermé et très introverti. Il a été scolarisé en école privée, et dit avoir eu connaissance d'abus qui auraient été commis par des enseignants sur des jeunes gens. Le prévenu a ensuite suivi une scolarité à Lugano, où habitaient ses parents, a fait l'armée avant d'avoir été déclaré inapte pour une raison qu'il dit ignorer. Il a tenté de suivre des cours de la Haute Ecole Commerciale à l'Université de Lausanne avant de voir qu'il en était totalement incapable. Ensuite, dans les années 1990, il a travaillé comme jardinier dans la région morgienne, jusqu'en 1999-2000 semble-t-il. Par la suite, après avoir effectué des stages, notamment dans une garderie, le prévenu a été salarié, donnant des conseils informatiques, dans l'entreprise paternelle. A la fin des années 1990, le prévenu a fait la connaissance de la plaignante, C.S._____, française d'origine camerounaise et ils ont été intimes jusqu'en 2000. Depuis, C.S._____ a fait la connaissance de son mari actuel, le plaignant B.S._____ et le couple habite à Champagnole dans le Jura français. La petite A.S._____ est née le 21 janvier 2002, étant précisé que ses parents s'étaient mariés le 7 juillet 2001. On ignore quand C._____ et C.S._____ ont cessé d'avoir des relations intimes, l'instruction n'ayant pas permis d'obtenir une réponse claire sur ce point. Dans les lettres ou les mails que C.S._____ a adressés au prévenu, elle

parle de A.S. _____ comme s'il s'agissait de la fille de ce dernier. On sait par l'expertise psychiatrique (P. 61, p. 7), que la question s'est posée, mais que le prévenu a renoncé à effectuer un test ADN. Toujours est-il que le prévenu parle de l'enfant comme de sa fille, bien qu'il n'en soit officiellement que le parrain. A cet égard, les premiers juges ont constaté qu'il régnait, à la lecture du dossier comme aux débats, une ambiance étrange et une atmosphère malsaine. Le prévenu avait aussi pour habitude de payer régulièrement 200 ou 250 euros pour sa filleule, à bien plaisir, mais en se faisant remettre à l'ordre par C.S. _____ en cas d'oubli. Au surplus, le prévenu a eu un fils, en 2006, qui vit à Paris avec sa mère d'origine camerounaise. Le droit de visite s'exerce peu et l'on ne sait pas très bien quelle est la nature des relations du prévenu avec ce fils et la mère de ce dernier.

C. _____ a été soumis à une expertise psychiatrique confiée aux Drs Tadic et Berclaz de la Fondation de Nant. Elle est considérée comme faisant partie intégrante du présent jugement. Il en ressort notamment que le prévenu se dit hétérosexuel, même s'il a expliqué aux débats de première instance qu'il aurait été attiré par une aventure homosexuelle et qu'il a eu des échanges sexuels avec des hommes sur des aires d'autoroute. Il décrit une tendance à être méfiant et renfermé. Le test psychologique évoque un fonctionnement psychotique avec un aménagement de type schyzo-paranoïaque, caractérisé par des troubles de l'identité et de la pensée avec un QI de 77 (P. 61, p. 9). Le diagnostic est celui de trouble schyzotypique et de probable pédophilie. Le premier trouble comprend des anomalies de la pensée et des affects, un comportement bizarre, une attitude froide et distante, des affects inappropriés et une tendance au retrait social. Les experts peinent en p. 11, à savoir s'il s'agit bien de pédophilie puisqu'il y a eu un épisode; il en résulte que le diagnostic n'est pas retenu de manière certaine. Au milieu de la p. 11 - et le Dr Tadic a insisté sur ce point aux débats de première instance - il est mis en évidence une discordance entre le discours du prévenu et ses actes. Il est également relevé que le prévenu parle de sa victime et filleule comme de sa propre fille. Tout ceci, quant aux

conclusions, aboutit à une diminution légère de la responsabilité, à l'existence d'un trouble grave, avec des modalités de comportement profondément enracinées et durables, à un risque important de récidive. Quant au traitement des troubles, les experts évoquent prudemment un suivi spécialisé avec une médication et un thérapeute spécialement formé, soit un traitement dont les chances de succès sont très difficiles à estimer. Il s'agirait d'un traitement ambulatoire en détention, auquel l'intéressé semble disposé à se soumettre, mais sans en comprendre le sens. Il n'y a pas matière à traitement institutionnel ni internement. Perplexe, aux débats, face au prévenu et à cette expertise, le Tribunal de première instance a fait venir son auteur qui a reconnu l'extrême particularité de la personnalité du prévenu et les inquiétudes que l'on peut avoir sur l'avenir.

Le casier judiciaire suisse de C._____ comporte une inscription; il a été condamné le 25 août 2009 par la Préfecture du district de Lavaux-Oron pour violation grave des règles de la circulation routière à une peine pécuniaire de 10 jours-amende à 50 fr., avec sursis pendant deux ans et à une amende de 400 francs.

Le prévenu est détenu préventivement depuis le 11 avril 2010. L'exécution anticipée de la peine privative de liberté ainsi que du traitement ambulatoire qui la complète, prononcée le 3 mai 2011 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne, a été ordonnée le 23 août 2011 par la Présidente de la Cour de céans.

2.

2.1 C._____ a, à son domicile d'Ecublens, durant une période allant de 2007 au 9 avril 2010, commis des attouchements sur sa filleule A.S._____, la caressant, tantôt par-dessus ses vêtements, tantôt à même la peau, sur le dos, les fesses et l'arrière des cuisses. A plusieurs reprises, l'accusé a également entraîné la fillette à le masturber. Ces faits se passaient généralement dans la salle de bain du prévenu. Les premières fois, ce dernier a pris la main de A.S._____ pour lui montrer comment procéder, lui disant de regarder car quelque chose allait sortir. Par la suite, il demandait à la fillette de prendre son sexe en érection dans

sa main et d'effectuer des mouvements de va et vient afin d'en faire "sortir le jus". C._____ a éjaculé plusieurs fois en présence de A.S._____, qui lui a exprimé son dégoût de tout ce qui était gluant. Pour la récompenser, le prévenu lui offrait des cadeaux, tout en lui demandant de garder le secret. En février 2010, le prévenu a emmené sa filleule à Zurich pour y faire des achats. Il a loué une chambre d'hôtel et, dans la soirée, s'est masturbé devant la fillette jusqu'à éjaculer dans le lavabo. Celle-ci a alors marqué sa réprobation dans les termes suivants: "C'est pas bien, j'aime pas ça".

2.2 Depuis son domicile d'Ecublens, le 7 avril 2010, C._____ s'est connecté à sa messagerie instantanée (MSN), où il a cherché à entrer en contact avec R._____, un internaute dont le pseudonyme était [...] et avec lequel il avait eu quelques échanges près de 6 mois auparavant. Après quelques banalités, le prévenu s'est mis à lui parler d'une petite fille métisse âgée de près de neuf ans, prénommée A.S._____, domiciliée à Champagnole. Interpellé par les propos tenus par C._____, l'internaute a enregistré la suite de la conversation et a, le lendemain, soit le 8 avril 2010, dénoncé le prévenu pour avoir commis des attouchements sexuels sur une fillette de 8 ans.

Le dialogue du 7 avril 2010 entre C._____ et R._____ est retranscrit ici (P. 10), étant précisé qu'il sera intégralement caviardé dans la version du présent jugement qui figurera sur le site internet du Tribunal cantonal.

[...]

3. C._____ admet avoir commis les attouchements dont il est fait état sous chiffre 2.1 ci-dessus. Il admet avoir écrit les propos précités sous chiffre 2.2, mais conteste avoir voulu livrer A.S._____ à l'internaute R._____.

En droit :

1. Selon l'art. 399 al. 1 CPP, l'appel doit être annoncé dans les dix jours qui suivent la notification du jugement, soit la remise ou la notification du dispositif écrit. La déclaration d'appel doit être déposée dans les vingt jours à compter de la notification du jugement motivé (art. 399 al. 3 CPP). L'appel joint doit, quant à lui, être interjeté dans un délai de vingt jours dès la réception de la déclaration d'appel (art. 400 al. 3 CPP)

En l'occurrence, interjetés dans les formes et délais légaux par des parties ayant la qualité pour le faire (art. 381 al. 1 et 382 al. 1 CPP) et contre un jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel interjeté par C._____ et l'appel joint déposé par le Ministère public sont recevables. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

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).

3. L'appel de C._____ porte sur la quotité de la peine, tandis que l'appel joint du Ministère public porte sur la qualification juridique des faits relatifs au dialogue sur Internet. La fixation de la peine dépend de la qualification juridique et des infractions retenues, de sorte qu'il convient de traiter l'appel joint avant l'appel principal.

3.1 Le Ministère public soutient que C._____ ne s'est pas rendu coupable de pornographie mais de tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel avec des enfants et de tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance.

3.2 Les premiers juges ont retenu, au bénéfice du doute que le prévenu ne souhaitait pas que son interlocuteur entre en contact avec l'enfant et en abuse. En audience, il a déclaré "qu'il ne s'agissait pas pour lui de faire en sorte que l'internaute puisse à son tour abuser de l'enfant. Il désirait cependant rencontrer ce monsieur".

3.2.1 Est un instigateur celui qui, intentionnellement, décide autrui à commettre un crime ou un délit (art. 24 al. 1 CP). L'instigation consiste à susciter chez autrui la décision de commettre un acte déterminé. La décision de l'instigué de commettre l'acte doit résulter du comportement incitatif de l'instigateur; il faut donc qu'il existe un rapport de causalité entre ces deux éléments. Il n'est pas nécessaire que l'instigateur 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. L'instigation n'entre en revanche pas en considération si l'auteur de l'acte était déjà décidé à le commettre (ATF 127 IV 122 c. 2b/aa et la jurisprudence citée; cf. également ATF 124 IV 34 c. 2c et les références citées). Par ailleurs, celui qui se borne à créer une situation dans laquelle une autre personne pourrait éventuellement se décider à commettre une infraction n'est pas un instigateur. L'instigation implique bien plutôt une influence psychique ou intellectuelle directe sur la formation de la volonté d'autrui. Peut être un moyen d'instigation tout comportement propre à susciter chez autrui la décision d'agir, même une simple demande, ou suggestion ou une invitation concluante (ATF 127 IV 122 c. 2a/bb et les références citées).

Sur le plan subjectif, l'instigation doit être intentionnelle, mais le dol éventuel suffit (ATF 116 IV 1 c. 3d et les références citées). Il faut

donc 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.

Pour qu'il y ait instigation, il faut que l'instigué ait agi, c'est-à-dire qu'il ait commis ou, à tout le moins, tenté de commettre l'infraction. Si, pour un motif ou un autre, l'instigué n'agit pas, une condamnation ne peut éventuellement être prononcée que pour tentative d'instigation, laquelle n'est toutefois punissable que pour autant que l'infraction visée soit un crime (cf. art. 24 al. 2 CP). L'instigation étant une forme de participation à une infraction déterminée, ses éléments matériels sont ceux de cette infraction. Savoir s'il y a eu instigation à une infraction donnée doit être déterminée en référence aux éléments de cette infraction. Pour que l'instigation soit intentionnelle, il faut d'abord que l'instigateur ait agi, au moins par dol éventuel, avec la conscience et la volonté de décider l'auteur principal (ATF 128 IV 11).

3.2.2 En l'espèce, au vu du dialogue, il apparaît évident que C._____

n'a pas été incité par son interlocuteur à lui proposer l'enfant, qu'il a agi de sa propre volonté et qu'il ne peut pas soutenir qu'on lui a tendu un piège. Le prévenu a pris contact avec R._____ dont le pseudonyme correspond au prénom de sa filleule. C'est lui qui est l'instigateur du dialogue et qui a formulé les propositions. C'est ainsi qu'il demande à son interlocuteur, au début de la discussion: "Vous en pensez quoi de ma proposition??" Il a décrit les actes d'ordre sexuel qu'il entendait faire subir à l'enfant et ceux que son interlocuteur devait accomplir avec elle. Voyant que l'internaute hésitait, il lui a fourni des détails sur la fillette; nom, prénom, adresse, numéro de téléphone fixe, numéro de téléphone portable de la mère et a décrit son aspect physique, son caractère. Au surplus, il a précisé qu'il avait toute la confiance des parents et a envoyé deux photos de A.S._____. Le prévenu n'a pas déclaré qu'il allait lui "procurer" un enfant, mais qu'ils allaient ensemble lui faire subir des actes d'ordre sexuel. Rien dans le dialogue n'indique que le prévenu n'était pas sérieux. Il a au contraire été insistant, donnant moult détails sur les actes

qu'il avait déjà accomplis avec elle et ceux qu'il allait lui faire avec son interlocuteur, sur la manière de la mettre en confiance. Il a parlé des envies de la fillette, du plaisir qu'elle en tire, du fait qu'ils allaient lui faire du bien et que ce n'était pas dangereux. Le prévenu s'est aussi montré pressé, demandant à l'internaute s'il était libre "dans ces jours" indiquant qu'elle était en vacances pour deux semaines, qu'il allait la voir ces prochains jours et voyager un peu avec elle. Il a encore précisé qu'elle avait pour lui quelque chose de magique.

En définitive, C. _____ a eu un comportement dont la finalité ne peut être que l'abus sexuel sur sa filleule. Il a eu une influence directe sur la formation de la volonté de son interlocuteur et a fait tout ce qui est possible pour le convaincre de passer à l'acte et de commettre des abus sexuels sur l'enfant. En outre, et malgré ses dénégations, il ne pouvait que savoir que son intervention insistante et largement documentée était de nature à décider son interlocuteur à abuser de l'enfant.

3.2.3 Compte tenu de ce qui précède, le prévenu s'est rendu coupable de tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel avec des enfants et de tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance. En vertu de l'art. 24 al. 2 CP, la tentative d'instigation à ces infractions, qui sont des crimes est punissable.

L'appel du Ministère public doit être admis sur ce point.

3.3 Les premiers juges ont retenu l'infraction de pornographie, se référant à l'art. 197 ch. 1 CP pour le caractère pornographique des écrits et à l'art. 197 ch. 3bis CP, dès lors qu'ils ont été mis sur Internet.

3.3.1 L'art. 197 ch. 3 al. 1 CP réprime d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire le fait de fabriquer, importer, prendre en dépôt, mettre en circulation, promouvoir, exposer, offrir, montrer, rendre accessibles ou mettre à disposition de tiers des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets

pornographiques ou représentations pornographiques, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des enfants, des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence. Cette disposition rend punissable de nombreux actes, ce qui est le signe d'une interdiction absolue. Il importe peu que l'auteur agisse en petit comité, sans envisager une diffusion publique (B. Corboz, Les infractions en droit suisse, 3^{ème} édition, Berne 2010, n. 61 ad art. 197 CP, p. 892; FF 1985 II 1108).

L'acquisition, l'obtention par voie électronique ou d'une autre manière ou la possession des mêmes objets, à l'exception de ceux ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des excréments humains, sont sanctionnées conformément à l'art. 197 ch. 3bis CP, d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Il s'agissait, en adoptant le ch. 3bis de l'art. 197 CP, de rendre punissable la possession de certains types de pornographie, celle impliquant des enfants en particulier, et de pallier les difficultés liées à la poursuite des délits en matière de diffusion de pornographie dure par le biais d'Internet. Le législateur souhaitait ainsi, en étendant l'incrimination à l'acquisition de données par voie électronique, couvrir tous les médias permettant la propagation de représentations pornographiques (Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire [infractions contre l'intégrité sexuelle; prescription en cas d'infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants et interdiction de la possession de pornographie dure] du 10 mai 2000; FF 2000 2769 dd, spéc. p. 2799; cf. ATF 131 IV 16 c. 1.4).

3.3.2 En l'espèce, le dialogue en cause est constitutif de pornographie dure au sens de l'art. 197 ch. 3 CP, dès lors qu'il concerne des actes d'ordre sexuel avec une enfant de huit ans. Il s'agit d'une conversation écrite puis filmée entre deux personnes, par voie électronique. L'art. 197 ch. 3bis CP ne trouve pas application dans le cas particulier puisque C._____ n'a pas consommé de la pornographie dure par Internet. Au surplus, le moyen utilisé ne paraît pas déterminant. L'infraction de pornographie est en concours avec les infractions de

tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel avec des enfants et tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, dès lors que ces infractions ne protègent pas le même bien juridique protégé. En effet, la première vise à protéger l'intérêt d'autrui à ne pas être confronté à de la pornographie, tandis que les deux autres protègent le développement de la jeunesse, respectivement la libre détermination et l'honneur en matière sexuelle. En l'occurrence, pour exciter R._____, le prévenu n'a pas hésité à ajouter des détails quant aux actes d'ordre sexuel qu'il avait commis sur la fillette et qu'il proposait de commettre avec lui comme cela résulte du dialogue reproduit dans l'état de fait sous chiffre 2.2 ci-dessus.

3.3.3 Toutefois, même si C._____ paraît réaliser l'infraction de pornographie au sens de l'art. 197 ch. 3 CP, l'ordonnance de renvoi ne mentionne pas cette infraction et l'accusation n'a pas été aggravée à ce titre lors des débats de première instance. A cet égard, l'art. 325 al. 1 let. g CPP dispose que l'acte d'accusation désigne les infractions réalisées et les dispositions légales applicables de l'avis du Ministère public. Conformément à l'art. 344 CP, lorsque le tribunal entend s'écarter de l'appréciation juridique que porte le Ministère public sur l'état de fait dans l'acte d'accusation, il en informe les parties présentes et les invite à se prononcer. Cette information sera donnée le plus tôt possible, mais au plus tard avant les plaidoiries. Pour que les droits des parties puissent s'exercer valablement, il faut que le tribunal fasse connaître de manière suffisante à celle-ci les éléments de sa propre appréciation et qu'il leur accorde la possibilité, notamment en temps, au besoin en ordonnant une suspension des débats, de se prononcer (P. de Preux, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, nos 12 à 14 ad. art. 344 CPP). L'acte d'accusation vise d'une part à délimiter l'étendue de la saisine de la juridiction répressive et, d'autre part, à informer la défense pour lui permettre d'intervenir efficacement dans la procédure. C'est la désignation des faits reprochés à l'accusé qui constitue la partie essentielle de l'acte d'accusation. Tous les éléments constitutifs de l'infraction, ou plus précisément, tous les faits qui, selon l'avis du Ministère public, forment le fondement réel des éléments constitutifs de l'infraction,

doivent y être indiqués. L'accusé doit avoir la possibilité de connaître exactement tous les faits concrets qui lui sont reprochés. Il faut toutefois accepter que, sur appel, de petits vices dans l'application de la maxime d'accusation puissent être corrigés par la juridiction de deuxième instance, une annulation du jugement de première instance n'étant envisagé que pour des vices importants au sens de l'art. 409 CPP (M. Schubarth, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, op. cit., nos 7 à 15 ad art. 325 CPP). Enfin, la juridiction d'appel peut examiner des points du jugement, qui ne sont pas attaqués, mais uniquement en faveur du prévenu et afin de prévenir des décisions illégales ou inéquitables (cf. art. 404 al. 2 CPP).

3.3.4 En l'occurrence, l'acte d'accusation étant lacunaire et l'accusation n'ayant pas été aggravée aux débats de première instance, la condamnation de C._____ pour pornographie ne peut pas être confirmée.

L'appel du Ministère public est également admis sur ce point.

4. C._____ soutient que la peine privative de liberté infligée par les premiers juges est trop sévère et conclut à sa diminution. Le Ministère public, n'a, quant à lui, pas demandé que la peine infligée en première instance soit modifiée.

4.1 Selon 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). La culpabilité de l'auteur 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 (judiciaires et non judiciaires), 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 134 IV 17 c. 2.1; ATF 129 IV 6 c. 6.1).

4.2 Partant de la gravité objective de l'acte (objektive Tatschwere), le juge doit apprécier la faute (subjective; subjektives Tatverschulden). 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 en vigueur (ATF 134 IV 132 c. 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 (TF 6B_238/2009 du 8 mars 2010 c. 5.5, rés. in ATF 136 IV 55, JT 2010 IV 127).

La restriction de la responsabilité ne constitue qu'un critère parmi d'autres pour déterminer la faute liée à l'acte, qui peut toutefois avoir un grand poids selon le degré de la diminution de la responsabilité. Le Code pénal mentionne diverses circonstances qui peuvent réduire la faute: par exemple le mobile honorable, la détresse profonde, la menace grave, l'ascendant d'une personne à laquelle l'auteur devait obéissance ou de laquelle il dépendait (art. 48 let. c CP); la tentation grave (art. 48 let. b CP); l'émotion violente excusable ou le profond désarroi (art. 48 let. c CP). La faute peut aussi être restreinte en cas de délit par omission

(art. 11 al. 4 CP), d'excès de la légitime défense (art. 16 al. 1 CP), d'état de nécessité excusable (art. 18 al. 1 CP), d'erreur évitable sur l'illicéité (art. 21 CP), de désistement (art. 23 al. 1 CP) et de complicité (art. 25 CP). Dans tous ces cas, ces éléments de l'état de fait diminuent la faute, ce qui entraîne une peine plus clémente. D'autres circonstances peuvent aussi augmenter la faute et compenser la diminution de capacité cognitive ou volitive. On peut citer par exemple des motifs blâmables. Le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour apprécier ces éléments (TF 6B_238/2009 c. 5.6, rés. in ATF 136 IV 55, JT 2010 IV 127).

Le juge n'est pas tenu d'exprimer en chiffres ou en pourcentage l'importance qu'il accorde à chacun des éléments qu'il cite. Pour cette raison déjà, il ne peut opérer une réduction linéaire de la peine selon un tarif particulier. Du reste, il n'existe pas de méthode scientifique exacte permettant de définir objectivement le taux de réduction de responsabilité, de sorte que la pratique distingue simplement selon que la diminution est légère, moyenne ou grave. Lorsque l'expert évalue le degré de la diminution de la responsabilité, il dispose d'une grande liberté d'appréciation. Cela peut certes constituer un point de départ lors de la fixation de la peine, mais celui-ci doit être affiné en fonction des particularités du cas. En d'autres termes, le juge doit apprécier juridiquement une expertise psychiatrique. Il est libre et n'est pas lié par les conclusions de l'expertise. Il doit aussi tenir compte de la cause de la diminution de responsabilité (TF 6B_238/2009 c. 5.6, rés. in ATF 136 IV 55, JT 2010 IV 127).

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 jusqu'à très grave en raison d'une diminution légère de la responsabilité, à 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 la fixation de la peine. Un tel procédé

permet de tenir compte de la diminution de responsabilité, sans lui attribuer une trop grande importance (TF 6B_238/2009 c. 5.6, rés. in ATF 136 IV 55, JT 2010 IV 127).

En résumé, 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 doit être restreinte sur le plan juridique et comment cette diminution de la responsabilité se répercute sur l'appréciation de la faute. La faute globale doit être qualifiée et désignée expressément dans le jugement (art. 50 CP). Dans un second temps, il convient de déterminer la peine hypothétique, qui correspond à cette faute. La peine ainsi fixée peut enfin être 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 (TF 6B_238/2009 c. 5.7, rés. in ATF 136 IV 55, JT 2010 IV 127).

4.3 Selon l'art. 46 al. 1 CP si, durant le délai d'épreuve, le condamné commet un crime ou un délit et qu'il y a dès lors lieu de prévoir qu'il commettra de nouvelles infractions, le juge révoque le sursis ou le sursis partiel. Il peut modifier le genre de la peine révoquée pour fixer, avec la nouvelle peine, une peine d'ensemble conformément à l'art. 49 CP. Il ne peut toutefois prononcer une peine privative de liberté ferme que si la peine d'ensemble atteint une durée de six mois au moins ou si les conditions prévues à l'art. 41 CP sont remplies. D'après l'art. 46 al. 1 CP, le juge a donc deux options: soit il prononce une peine pour la nouvelle infraction, révoque le sursis et cumule les deux peines, soit il prononce une peine d'ensemble, comme s'il s'agissait d'un cas de concours d'infraction au sens de l'art. 49 al. 1 CP. Pour lui faciliter cette seconde option, l'art. 46 al. 1 2^{ème} phrase permet au juge de modifier le genre de la peine révoquée. La peine d'ensemble ne peut en effet consister qu'en une peine d'un genre unique (A. Kuhn, in: Commentaire romand, Code pénal I, bâle 2009, nos 13-14 ad. art. 46 CP). Toutefois, une conversion en une peine privative de liberté d'ensemble ne doit être prononcée qu'en dernier recours (Schneider/Garré, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110

StGB, Jugendstrafgesetz, 2^{ème} édition, Bâle 2007, n. 30 ad art. 46 CP) et il est contraire au droit fédéral de convertir une amende en un emprisonnement (TF 6B_46/2011 du 27 septembre 2011 c. 3).

4.4 En l'espèce, s'agissant de la quotité de la peine, l'admission du moyen soulevé par le Ministère public implique la fixation d'une nouvelle peine, tenant compte des infractions finalement retenues, C._____ étant condamné en appel également pour tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel, qui est un crime, alors que les premiers juges n'avaient pas retenu cette infraction et l'avait condamné pour pornographie, qui est un délit.

Le prévenu a utilisé, pendant trois ans, pour satisfaire ses besoins primitifs, une fillette âgée de 5 à 8 ans qui avait toute sa confiance puisqu'il était son parrain. Compte tenu de la nature et du caractère habituel des actes infligés à l'enfant, de la durée durant laquelle ces derniers ont été perpétrés, de la responsabilité particulière que le rôle de parrain imposait au prévenu, du mépris d'autrui qu'implique un tel comportement et de la tentative d'instigation à des actes de même nature qu'il a commise, la culpabilité du prévenu est, comme l'ont relevé les premiers juges, écrasante. Il y a également lieu de retenir à charge du prévenu l'absence de prise de conscience ainsi que sa tendance à minimiser les faits. A cet égard, on relèvera que lors de ses trois premières auditions pendant l'instruction, le prévenu n'a cessé de minimiser et nier les faits et ce n'est qu'en cours de sa quatrième audition qu'il a fini par les admettre (cf. PV audition 2, 3, 4 et 5). Il a aussi dit aux experts psychiatres que "ma fille a fait des attouchements sur moi, et non pas le contraire" (P. 61/1, p. 3), cherchant ainsi à se trouver des excuses. Il ressort en outre de l'expertise psychiatrique que si le prévenu est conscient d'avoir commis des actes enfreignant la loi et comprend de quoi il est accusé, il ne donne néanmoins pas l'impression d'assumer la responsabilité de ses actes qu'il banalise et tente d'éluder (P. 61/1, p. 9). A l'audience d'appel, il n'a pas donné l'impression qu'il avait pris conscience de la gravité de ses actes et de leurs conséquences. A charge, il convient au surplus de tenir compte du concours d'infractions pour les différents crimes dont C._____ s'est rendu coupable.

A décharge, il sera tenu compte d'une légère diminution de responsabilité qui ne constitue qu'un critère parmi d'autres - n'ayant dans le cas particulier qu'un poids très relatif compte tenu du faible degré de diminution de responsabilité retenu par les experts. En effet, ces derniers ont constaté qu'au moment des faits, l'appelant était capable d'apprécier le caractère illicite de ses actes, mais qu'en raison de son trouble schizotypique, seule sa faculté de se déterminer d'après cette appréciation a pu être restreinte dans une légère mesure (P. 61/1, p. 13). Enfin, il est donné acte au prévenu du fait qu'il souhaite entreprendre au plus vite le traitement psychiatrique qui a été ordonné, ce qui dénote un début de prise de conscience, mais n'est pas pour autant de nature à modifier l'appréciation de sa culpabilité vu la gravité des actes en cause.

Au final, compte tenu des éléments retenus à charge et à décharge, la culpabilité globale de C. _____ doit être considérée comme très grave.

4.5 Au regard des infractions commises, de la culpabilité accablante du prévenu, de sa situation personnelle et de la diminution légère de responsabilité, la quotité de la peine retenue par les premiers juges paraît adéquate; elle l'est d'autant plus dans la mesure où des infractions plus graves ont été retenues en appel. Toutefois, et contrairement à la peine d'ensemble fixée en première instance, c'est une peine entièrement complémentaire à celle infligée le 25 août 2009 pour violation grave des règles de la circulation routière d'une durée de 4 ans 11 mois et 20 jours qu'il convient d'infliger au prévenu (cf. TF 6B_46/2011 du 27 septembre 2011 c. 3). Pour le surplus, il convient d'ordonner l'exécution de la peine pécuniaire de 10 jours-amende dont le sursis a été révoqué.

4.6 En définitive, l'appel de C. _____ s'avère mal fondé et doit être rejeté.

5. Vu l'issue de la cause, les frais d'appel sont mis à la charge de C._____ (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
vu l'article 197 ch. 3bis CP,
appliquant les articles 19 al. 2, 40, 46 al. 1, 47, 49, 50, 51, 63, 187 ch. 1,
191, 24 al. 1 ad 187 ch. 1 CP, 24 al. 1 ad 191 CP; 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel formé par C._____ est rejeté.
- II. L'appel joint formé par le Ministère public est admis.
- III. Le jugement rendu le 3 mai 2011 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne et complété par prononcé du 19 mai 2011 est modifié aux chiffres I et II de son dispositif, le jugement étant désormais le suivant :

I. Condamne C._____ pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance ainsi que pour tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel avec des enfants et tentative d'instigation à actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance à une peine privative de liberté de quatre ans 11 mois et 20 jours, sous déduction de 388 jours de préventive ainsi qu'au paiement des frais par 19'475 fr. 40 (dix-neuf mille quatre cent septante-cinq francs et quarante centimes);

II. Révoque le sursis accordé à C._____ le 25 août 2009 par la Préfecture de Lavaux-Oron et ordonne l'exécution de la peine pécuniaire de 10 (dix) jours-amende à 50 fr. (cinquante francs);

III. Ordonne que C._____ soit soumis à un traitement ambulatoire en détention;

IV. Dit que C._____ est débiteur de A.S._____ de la somme de 30'000 fr. (trente mille francs) à titre d'indemnité pour tort moral;

V. Donne acte de leurs réserves civiles à C.S._____ et B.S._____;

VI. Ordonne le maintien au dossier du DVD séquestré sous no 1835 et la destruction du document séquestré sous no 1860;

VII. Fixe le montant de l'indemnité d'office due à Me Perret pour les parties civiles à 6'332 fr. (six mille trois cent trente-deux francs) pour toute chose;

VIII. Ordonne le maintien en détention, à titre de sûreté de C._____;

IV. La détention subie depuis le jugement de première instance est déduite.

V. Le maintien en détention de C._____ à titre de sûreté est ordonné.

VI. Une indemnité de conseil d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 2'386 fr. 80 (deux mille trois cent huitante-six francs et huitante centimes), TVA comprise, est allouée à Me Nicolas Perret.

VII. Les frais d'appel, par 6'606 fr.80 (six mille six cent six francs et huitante centimes), y compris l'indemnité allouée au conseil d'office des plaignants, sont mis à la charge de C._____.

VIII. C._____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat le montant de l'indemnité allouée au conseil d'office des plaignants prévue

au chiffre VII ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra

La présidente :

La greffière :

Du 6 décembre 2011

Le dispositif du jugement qui précède est communiqué à au appelant et aux autres intéressés.

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Jacques Barillon (pour C. _____),
- Me Nicolas Perret, avocat (pour A.S. _____, C.S. _____ et B.S. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Ministère public de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne,
- Office d'exécution des peines,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement 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 :