

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 21 novembre 2018

Composition : Mme ROULEAU, présidente
MM. Sauterel et Maillard, juges
Greffier : M. Glauser

Parties à la présente cause :

A.Z._____, prévenue, représentée par Me Nicolas Mattenberger,
défenseur d'office à Lausanne, appelante et intimée,

et

MINISTÈRE PUBLIC, représenté par le Procureur de l'arrondissement de
Lausanne, appelant et intimé,

A.P._____, partie plaignante, représentée par Me Coralie Devaud, conseil
d'office à Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 18 mai 2018, le Tribunal criminel de l'arrondissement de Lausanne a libéré A.Z. _____ du chef d'accusation de contrainte sexuelle (I), l'a condamnée pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance et infraction à la loi fédérale sur les étrangers à une peine privative de liberté de 5 ans, sous déduction de 87 jours de détention avant jugement (II), a ordonné qu'elle suive un traitement ambulatoire psychothérapeutique spécialisé (III), a interdit à A.Z. _____, pour une durée de 10 ans, l'exercice de toute activité professionnelle et de toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs (IV), a alloué à A.P. _____ la somme de 15'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012, à titre d'indemnité pour tort moral et l'a renvoyé à agir devant le juge civil pour toute autre conclusion en relation avec le dommage causé par A.Z. _____ (V), a levé le séquestre n° 20'222 et ordonné la restitution de son passeport à A.Z. _____ (VI), a ordonné le maintien au dossier au titre de pièce à conviction des documents séquestrés sous chiffres n° 20'521 et n° 64'409 (VII), a arrêté l'indemnité due au conseil d'office du plaignant à 9'073 fr. 85 (VIII) et a mis les frais de la cause, par 38'012 fr. 85, à la charge de la condamnée (IX).

B. a) Par annonce du 28 mai 2018 puis par déclaration du 29 juin suivant, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a fait appel de ce jugement, en concluant à sa réforme, en ce sens que la peine est augmentée à 10 ans, le jugement étant confirmé pour le surplus et les frais étant mis à la charge de la prévenue.

b) Par annonce du 4 juin 2018 puis par déclaration du 2 juillet suivant, A.Z._____ a fait appel de ce jugement, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'elle est condamnée pour actes d'ordre sexuel avec des enfants à une peine privative de liberté de trois ans, assortie du sursis partiel et, subsidiairement, en ce sens qu'une peine inférieure lui est infligée.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. **a)** A.Z._____ est née le [...] 1981 à [...] au Brésil, pays dont elle est originaire. Avec ses quatre frères et sœurs, elle a grandi dans une favela dans des conditions relativement dangereuses. Le père travaillait à l'extérieur et la mère se montrait très protectrice, ne laissant sortir ses enfants que pour aller à l'école. Au terme de sa scolarité obligatoire, A.Z._____ a débuté une formation pour devenir enseignante, mais ne l'a pas terminée. Elle a travaillé durant trois ans dans une fabrique de peluches. En 2007 ou 2008, elle est venue en Suisse pour rendre visite à une amie d'enfance brésilienne qui vivait à Lausanne. Même si elle décrit une adaptation difficile en Suisse, elle a trouvé du travail en tant qu'aide de ménage et s'est installée dans la région lausannoise.

En 2008 ou 2009, par l'intermédiaire d'amis communs, A.Z._____ a fait la connaissance de R._____, maman d'A.P._____, né le [...] 2007. Les deux femmes se sont liées d'amitié et R._____ a proposé à A.Z._____, qui a accepté, un emploi consistant à s'occuper de l'enfant A.P._____ et à assumer le ménage courant de son appartement. Elle lui a également proposé d'habiter ledit logement avec elle et son fils. A un période indéterminée, en 2010, A.Z._____ est retournée au Brésil pour une période de trois mois, puis est revenue en Suisse chez R._____ pour s'occuper à nouveau de son fils, du ménage et habiter avec eux.

Lorsqu'A.P._____ a commencé l'école, A.Z._____ a été engagée par la famille [...] résidant à [...], pour s'occuper de leur petit

garçon, N._____, durant un ou deux jours par semaine. Par la suite, le couple a eu un deuxième enfant, dont A.Z._____ s'est également occupée.

En 2013, la prévenue a fait la connaissance d'B.Z._____, courtier en assurances et père de deux enfants adolescents vivant aux Etats-Unis avec leur mère. A.Z._____ et B.Z._____ se sont mariés le 28 octobre 2016. Le couple n'a pas eu d'enfant, mais a perdu un bébé après 4,5 mois de grossesse en 2015. Depuis la date de son mariage, A.Z._____ est au bénéfice d'un permis B. L'époux a déposé une demande de divorce dernièrement.

b) Pour les besoins de la présente cause, A.Z._____ a été interpellée le 9 novembre 2016 et placée en détention provisoire jusqu'au 3 février 2017, date à laquelle elle a été libérée après 87 jours de détention provisoire, au bénéfice de mesures de substitution, consistant notamment en l'interdiction d'exercer une quelconque activité en lien avec des enfants et en l'interdiction de quitter la Suisse, son passeport ayant été saisi.

La détention de A.Z._____ pour des motifs de sûreté a été ordonnée lors de la lecture du jugement attaqué, le 25 mai 2018. La prévenue est détenue depuis lors.

Le casier judiciaire de A.Z._____ ne comporte aucune inscription.

c) Le 5 juillet 2017, A.Z._____ a volontairement débuté un suivi psychiatrique auprès du Dr [...], dans un contexte de décompensation psychique (dépressive et anxieuse).

En cours d'instruction, A.Z._____ a été soumise à une expertise psychiatrique. Le Dr [...], médecin responsable du Centre d'expertises de l'Institut de psychiatrie du CHUV, assisté de la Dresse [...],

ont rendu un rapport daté du 5 décembre 2017, dont les conclusions sont les suivantes.

Les experts ont posé les diagnostics de paraphilie de type pédophile non exclusive, égodystonique (F65.4) et d'épisode dépressif léger (F32.0), au moment de l'expertise. La prévenue ne souffrait en revanche d'aucun trouble psychiatrique susceptible d'avoir altéré sa responsabilité pénale au moment des faits. Le risque de récurrence d'actes de même nature pouvait être considéré comme étant moyen : l'intéressée reconnaissait les faits commis à l'encontre d'A.P._____, mais peinait à s'en sentir pleinement auteure, évoquant une perte de contrôle; à cette reconnaissance partielle, s'ajoutait une compréhension très limitée voire absente du pourquoi de ses actes. Une prise en charge psychothérapeutique spécialisée ambulatoire - dans un cadre tel que prévu à l'art. 63 CP - pouvait permettre de réduire le risque de récurrence d'actes de même nature, l'expertisée en étant par ailleurs demandeuse, mais dans le contexte particulier précédant son jugement.

Selon un rapport du Service médical de la Prison de la Tuilère du 12 novembre 2018, A.Z._____ bénéficie, à sa demande, d'un suivi psychothérapeutique à visée de soutien bimensuel depuis le début de son incarcération, le 29 mai 2018, assuré par une psychologue, une infirmière et un psychiatre. Selon ce rapport, elle investit le cadre thérapeutique de manière adéquate et avec authenticité, fait preuve d'un intérêt à questionner sa dynamique relationnelle et l'origine de ses difficultés, et les entretiens psychothérapeutiques lui permettent de réfléchir sur son parcours de vie ainsi que sur ses relations sociales et familiales, soit des éléments permettant de mieux comprendre son vécu émotionnel, ses fragilités et les difficultés auxquelles elle a dû faire face. A ce stade, l'objectif thérapeutique était de soutenir l'intéressée dans son travail introspectif et de l'aider à l'approfondir pour lui permettre d'amorcer un véritable travail d'élaboration.

2. a) Entre mai 2011 et le 28 octobre 2016, date de son mariage et de l'obtention de son permis B, A.Z._____ a séjourné en Suisse illégalement et y a exercé une activité lucrative sans autorisation.

b) Entre 2011 et 2013, alors qu'elle vivait au domicile de R._____, A.Z._____ s'est occupée de l'enfant A.P._____ lorsque la mère travaillait. Elle devait aller le chercher à la garderie ou à l'école, le ramener à la maison, lui faire prendre sa douche et son repas, puis le mettre au lit. Dans ce cadre, environ quatre fois par semaine, avant d'emmener ce dernier sous la douche et alors qu'il s'était déshabillé, A.Z._____, qui se dévêtait également, emmenait l'enfant sur le lit de sa mère, se couchait sur le dos et le posait sur elle. Elle le saisissait au niveau des fesses et le tirait vers elle afin que le sexe de l'enfant frotte le sien. L'enfant a précisé qu'il ne pouvait pas échapper à l'étreinte de la prévenue. Ces mouvements provoquaient chez l'enfant des érections. Ces actes ont duré à chaque reprise environ cinq minutes, après quoi la prévenue emmenait l'enfant à la douche, refaisait le lit et mettait du parfum dans la pièce. Cette dernière demandait en outre à l'enfant de ne pas révéler ces faits à sa maman.

La prévenue a cessé ses agissements, selon l'enfant, lorsqu'il est devenu assez grand pour lui résister quelque peu et qu'elle a rencontré son futur mari.

Le 7 octobre 2016, l'enfant s'est confié sur les faits décrits ci-avant à une éducatrice lors de cours d'éducation sexuelle, puis à son enseignante.

R._____ a déposé plainte pénale le 16 janvier 2017.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0]) par des parties ayant la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), les appels de A.Z._____ et du Ministère public sont recevables.

2. Selon 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 (al. 3 let. a), pour constatation incomplète ou erronée des faits (al. 3 let. b) et pour inopportunité (al. 3 let. c).

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, 2^e 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 de l'appel (art. 389 al. 3 CPP; TF 6B_78/2012 du 27 août 2012).

3. Invoquant en premier lieu une constatation manifestement inexacte des faits et une violation de la présomption d'innocence,

l'appelante soutient que c'est à tort que les premiers juges ont retenu qu'il y avait eu pénétration. Elle fait valoir qu'une retenue particulière s'impose dans l'interprétation des déclarations de l'enfant, du fait du jeune âge de celui-ci et de la longue période écoulée entre les actes incriminés et le jugement. Elle relève qu'elle a toujours été constante dans ses dénégations sur ce point, admettant le reste des faits. L'enfant n'aurait parlé de pénétration qu'à une reprise, lors de son audition du 8 novembre 2016. Cette seule indication fournie en réponse à une question de l'enquêteur serait insuffisante, l'enfant ayant pu se tromper, par méconnaissance de l'organe génital féminin.

3.1 Selon l'art. 10 CPP, le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure (al. 2). Le tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu, lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation (al. 3).

Lorsque l'autorité a forgé sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents, il ne suffit pas que l'un ou l'autre de ceux-ci ou même chacun d'eux pris isolément soit à lui seul insuffisant. L'appréciation des preuves doit être examinée dans son ensemble. Le principe *in dubio pro reo* est violé si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables au prévenu sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes; on parle alors de doutes raisonnables (ATF 120 la 31 consid. 2c; TF 6B_831/2009 consid. 2.2.2). 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. Bien plutôt, il doit s'agir de doutes importants et irréductibles, qui s'imposent au vu de la situation objective (ATF 127 138 consid. 2a).

S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il s'agit de l'acte par lequel le juge du fond évalue librement la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens de preuve afin de parvenir à

une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents pour l'application du droit pénal matériel. Le juge peut fonder une condamnation sur un faisceau d'indices; en cas de versions contradictoires, il doit déterminer laquelle est la plus crédible. En d'autres termes, ce n'est ni le genre ni le nombre des preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (Verniory, *in*: Kuhn/Jeanneret [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 34 ad art. 10 CPP; Kistler Vianin, *op. cit.*, nn. 19 ss ad art. 398 CPP).

La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 398 al. 3 let. b CPP lorsque toutes les circonstances de fait et tous les moyens de preuve déterminants pour le jugement n'ont pas été pris en compte par le tribunal de première instance. Elle est erronée 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, *op. cit.*, nn. 19 ss ad art. 398 CPP).

3.2 En l'espèce, la prévenue a d'abord nié l'ensemble des faits qui lui étaient reprochés. Puis, après le dépôt de l'expertise de crédibilité, elle a admis avoir commis des actes d'ordres sexuel à l'encontre d'A.P._____, tout en minimisant fortement leur fréquence et en continuant à contester avoir dit à l'enfant de ne pas en parler à sa mère. C'est uniquement aux débats qu'elle a avoué que les faits s'étaient produits plusieurs dizaines de fois et pas seulement deux ou trois fois et également avoir enjoint la victime au silence. Le fait qu'elle persiste à nier le plus grave n'est donc pas en soi de nature à susciter un doute.

S'agissant d'une éventuelle pénétration, la question n'est pas de savoir si l'enfant ment – celui-ci ayant été jugé absolument crédible par l'expert T._____, crédibilité qui n'est du reste pas remise en cause – mais de savoir s'il peut se tromper sur ce point, élément qui n'a pas été expressément examiné par les premiers juges. En l'occurrence, A.P._____ était âgé de neuf ans lors de son audition, mais avait entre quatre et six ans au moment des faits. Il ressort de l'expertise de

crédibilité, qui retranscrit ses propos lors de son audition par la police le 8 novembre 2016 *in extenso*, que son intelligence est normale. L'enfant raconte que la prévenue « faisait le sexe » avec lui (P. 66, p. 18). On comprend à ses explications qu'elle le frottait contre elle. Il raconte aussi que son sexe était en érection. La policière lui demande où était son sexe, et il répond, particulièrement gêné, qu'il était « dans le petit trou des filles » (p. 25). La policière tente à plusieurs reprises d'obtenir plus de précisions (pp. 25 ss), sans que l'enfant ne donne plus de détails.

Si cette déclaration semble confirmer la thèse de la pénétration, dans cette audition, A.P._____ raconte également que sa cousine, qui avait neuf ou dix ans, l'aurait obligé à faire la même chose alors que lui-même avait six ans. Concrètement il explique qu'elle s'était couchée sur lui en lui tenant les bras et qu'elle avait ensuite « fait le truc que les grands font pour avoir... pour... elle a fait aussi... elle a fait aussi le... avec moi pour avoir... (il est très gêné)... comme les grands font ». Or, quand la policière lui demande ce que c'est « faire l'amour », que ça peut être plusieurs choses, il répond qu'il ne sait pas trop, qu'il n'est pas très grand et ne doit pas savoir ce genre de choses (P. 66, pp. 22 ss).

Ensuite, lui-même aurait « fait ce qu'on m'a fait » à la fille de l'amie de son père. Il raconte alors qu'ils étaient tous deux habillés et qu'il s'est frotté derrière elle et s'est fait mal (P. 66, pp. 28 ss).

Au vu de ces éléments, ainsi que de l'impression globale qui se dégage de l'audition de l'enfant du 8 novembre 2016, il n'est pas certain que ce dernier aurait eu une idée précise de l'anatomie féminine au moment de ladite audition, et encore moins au moment des faits. Il n'est ainsi pas exclu que, lorsqu'il parle du « trou des filles », il pense simplement au sexe, et pas nécessairement au vagin. Au demeurant, on peine à imaginer que sa cousine de neuf ou dix ans lui aurait imposé une pénétration. Les agissements commis à l'égard de la fille de l'amie du père, qualifiés d'identiques, ne peuvent pas avoir impliqué de pénétration, les enfants étant restés vêtus. Il subsiste dès lors un doute sur la réalité des pénétrations, doute qui ne remet pour le surplus aucunement en

cause la crédibilité de l'enfant quant au fait qu'il a subi, de la part de la prévenue, des actes d'ordre sexuel impliquant notamment un contact entre leurs sexes respectifs, à de multiples reprises.

4. L'appelante fait ensuite valoir que l'infraction d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP (Code pénal du 21 décembre 1937; RS 311.0) ne pourrait pas être retenue. Elle se fonde sur le dégoût ressenti et exprimé par l'enfant, ainsi que sur ses tentatives de défense, pour soutenir que la victime se rendait compte de la nature sexuelle des actes et était donc capable de discernement. Elle soutient par ailleurs qu'elle n'aurait pas usé de contrainte. Elle conteste enfin l'application en concours des art. 187 et 191 CP, qui resterait largement discutée en doctrine, en citant des auteurs pour lesquels cette infraction serait exclue dans le cas où l'incapacité ne découle que du jeune âge de l'enfant.

4.1 L'art. 191 CP prévoit que celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle l'acte sexuel, un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Cette disposition protège, indépendamment de leur âge et de leur sexe, les personnes incapables de discernement ou de résistance dont l'auteur, en connaissance de cause, entend profiter pour commettre avec elles un acte d'ordre sexuel (ATF 120 IV 194 consid. 2a). A la différence de la contrainte sexuelle (art. 189 CP) et du viol (art. 190 CP), la victime est incapable de discernement ou de résistance, non en raison d'une contrainte exercée par l'auteur, mais pour d'autres causes. Est incapable de résistance au sens de l'art. 191 CP la personne qui n'est pas apte à s'opposer à des contacts sexuels non désirés. La victime ne doit ainsi pas être en mesure de former, exprimer ou exercer efficacement une volonté de s'opposer à des atteintes sexuelles. Une incapacité passagère suffit. Elle peut résulter

de causes durables ou non, chroniques ou liées aux circonstances, d'un état mental gravement anormal, d'une sévère intoxication due à l'alcool ou à la drogue, d'entraves matérielles, telle la position particulière d'une femme installée sur une chaise gynécologique, ou encore d'un état associant à la somnolence et à l'alcoolisation l'erreur sur l'identité du partenaire sexuel que la victime croit à tort être son mari. Encore faut-il que la victime soit totalement incapable de se défendre. Si l'inaptitude n'est que partielle – par exemple en raison d'un état d'ivresse – la victime n'est pas incapable de résister (ATF 133 IV 49 consid. 7.2).

Selon la jurisprudence, est incapable de discernement en raison de son très jeune âge un enfant âgé de 4 ans et 11 mois, car il ne réalise manifestement pas la signification des actes dont il est victime (ATF 120 IV 193 consid. 2d, JdT 1996 IV 42).

Les art. 187 et 191 CP protègent deux biens juridiques différents (ATF 120 IV 194 consid. 2b); selon la jurisprudence, lorsque l'enfant, en raison de son âge, n'est pas capable de discernement, l'art. 187 CP s'applique en concours avec l'art. 191 CP (TF 6S.121/2003 du 11 juin 2003 consid. 1.1).

4.2 En l'espèce, conformément à la jurisprudence, il convient de retenir qu'A.P._____, qui avait entre quatre et six ans lors des actes commis à son encontre, n'était pas en mesure de réaliser la signification de ces actes. Dans le cas particulier, on ne saurait déduire de ses déclarations, plusieurs années après les faits, ni de ses réactions de défense au moment de ceux-ci, qu'il aurait eu conscience – sur le moment – de la nature sexuelle des actes subis. D'une part, lorsqu'A.P._____ a été entendu, il avait grandi et mûri, eu des cours d'éducation sexuelle et pris conscience de certaines choses, puisqu'il dit lui-même qu'il était petit et ne comprenait pas ce qui se passait, que la prévenue avait arrêté lorsqu'il avait commencé à grandir et qu'il avait « commencé à comprendre ce que c'était », respectivement lorsqu'il était devenu assez

grand pour lui faire part de son désaccord (P. 66, pp. 16 et 19). D'autre part, de telles réactions ne sont pas réservées au domaine de la sexualité : un enfant peut tenter de se défendre lorsqu'il est confronté à un acte qu'il perçoit comme étant désagréable - par exemple un acte médical tel qu'un vaccin - ou ressentir du dégoût face à des situations pénibles, par exemple nettoyer des toilettes, la vue du sang, d'un animal mort, etc.

En sus de l'incapacité de discernement, il y avait aussi l'incapacité de résistance. En effet, le jeune âge d'A.P._____ l'empêchait aussi de s'opposer aux agissements de la prévenue, comme l'ont retenu les premiers juges, l'enfant ayant dit qu'il était trop petit, qu'il n'avait pas beaucoup de force et qu'il ne pouvait pas bouger (P. 66, p. 18), raison pour laquelle la prévenue a pu assouvir ses pulsions sans avoir à utiliser des moyens de contrainte plus forts que simplement maintenir l'enfant sur elle. Sur ce point, l'appelante n'emporte pas davantage la conviction lorsqu'elle se contente d'affirmer que « l'état de l'enfant au moment des actes ne permet pas de retenir qu'il se trouvait en incapacité de résistance ».

Enfin, comme le relève l'appelante elle-même en citant l'arrêt TF 6S.121/2003 précité, si la question est discutée en doctrine, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet le concours entre les infractions réprimées par les art. 187 et 191 CP, lorsque l'enfant, en raison de son âge, n'est pas capable de discernement, ce qui est le cas en l'espèce, comme on vient de le voir. Or, si le Tribunal fédéral reste libre de changer d'avis, sa jurisprudence s'impose aux autorités judiciaires de rang inférieur, qui ne peuvent refuser de l'appliquer en se fondant sur l'avis d'une doctrine, de surcroît non unanime. On relèvera du reste que qu'on trouve régulièrement des cas d'application de ces disposition, sans que le concours soit même contesté (cf. TF 6B_285/2011 du 14 décembre 2011; TF _____ 6B_260/2008 _____ du 10 octobre 2008).

La condamnation de A.Z._____ pour actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance en

concours avec l'infraction réprimée par l'art. 187 CP doit donc être confirmée.

5. Invoquant une violation du principe d'égalité, la prévenue conteste la quotité de la peine. Elle aurait été traitée plus sévèrement qu'un homme dans la même situation, notamment en étant renvoyée devant un Tribunal criminel au lieu d'un Tribunal correctionnel. Elle cite par ailleurs de nombreux exemples de peines qui seraient comparables, et fait valoir qu'il conviendrait de mesurer avec une certaine prudence les faits retenus, dans la mesure où leur quantité et leur authenticité ne pourraient être déterminés avec certitude.

Pour sa part, le Ministère public soutient que les premiers juges auraient omis de tenir compte de certains éléments pertinents, soit le fait que la prévenue avait porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un jeune enfant, c'est-à-dire au deuxième bien juridique le plus important après la vie; qu'elle avait contraint sa victime à l'acte sexuel, soit l'acte d'ordre sexuel le plus grave; qu'elle avait profité lâchement de s'en prendre à un enfant en bas âge parce qu'il s'agissait d'une proie facile, en lui faisant subir l'acte sexuel à des centaines de reprises, alors qu'il ne pouvait ni comprendre, ni se défendre; qu'elle avait dit à l'enfant de ne pas parler des actes qu'elle lui faisait subir, démontrant par là sa perfidie, et lui permettant de poursuivre ses actes durant une très longue période sans être inquiétée; qu'elle avait agi par égoïsme et avec mépris pour sa victime, pour satisfaire ses pulsions; et qu'au vu de sa situation de femme adulte, en bonne santé, mariée, disposant d'un travail et bénéficiant de la confiance de la mère de l'enfant, elle disposait d'importantes possibilités d'éviter la lésion. Le Parquet estime ensuite que c'est à tort que le Tribunal criminel aurait retenu, à décharge, l'absence d'antécédents - élément neutre -, les aveux et excuses - partiels et tardifs donc tactiques -, et la volonté de ne pas récidiver - élément étranger à l'art. 47 CP. En définitive, la culpabilité de la prévenue serait écrasante et pas seulement lourde, de sorte que la peine prononcée apparaîtrait arbitrairement clémente.

5.1 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).

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; ATF 134 IV 17 consid. 2.1).

Toute comparaison avec d'autres affaires est délicate vu les nombreux paramètres entrant en ligne de compte pour la fixation de la peine. Il ne suffit d'ailleurs pas que le recourant puisse citer un ou deux cas où une peine particulièrement clémente a été fixée pour prétendre à

un droit à l'égalité de traitement. Les disparités en cette matière s'expliquent 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 (ATF 141 IV 61 consid. 6.3.2; ATF 135 IV 191 consid. 3.1).

5.2 En l'espèce, en premier lieu, il convient de relever qu'au moment de fixer la peine, l'état de fait a été arrêté. Tout ce qui était douteux a été abandonné. Il n'y a donc plus de place pour faire preuve de « prudence » au sujet des faits. Il n'y a pas non plus de « tarif à l'acte » qui nécessiterait d'en faire un décompte chiffré précis. Quant au fait que la pénétration ne puisse pas être retenue, il ne peut qu'avoir une influence légère sur la fixation de la peine, tant il est évident que les actes d'ordre sexuel reprochés à la prévenue, à de multiples reprises et impliquant le contact entre les sexes de la victime et de l'agresseur, restent très graves.

Ensuite, le renvoi de la prévenue - qui était également accusée d'abus sur un autre enfant et de contrainte sexuelle - devant un tribunal criminel n'a aucune influence sur la peine. En effet, le Tribunal criminel demeure libre de prononcer une sanction inférieure au plancher qui justifie sa saisine. Cette circonstance ne peut donc pas être considérée comme un indice d'une volonté des autorités pénales de punir plus sévèrement une femme qu'un homme. Au demeurant, l'appelante ne se prévaut d'aucun indice concret permettant de penser qu'elle aurait été punie plus sévèrement parce qu'elle est une femme, les exemples cités à titre de comparaison ne permettant pas de former une telle conclusion. Ces exemples diffèrent trop du cas d'espèce pour qu'une comparaison objective puisse être faite.

Le Ministère public relève à juste titre que l'absence d'antécédent n'est pas un véritable élément à décharge. Il n'en demeure pas moins qu'une peine de sept à dix ans telle que requise par le Procureur ne saurait être envisagée dans le cas d'espèce, en l'absence d'antécédents. En revanche, c'est avec raison que les premiers juges ont tenu compte des aveux et regrets exprimés. Certes, ces aveux n'ont pas

été formulés d'emblée, mais on ne saurait en minimiser l'importance, car ils sont suffisamment rares dans ce type d'affaire – alors qu'il n'existe pas d'antécédent ni de preuves objectives – et semblent dictés par une réelle prise de conscience, la prévenue ayant montré qu'elle se souciait de sa victime, et reconnu le mal qu'elle avait fait. Elle a du reste adhéré aux conclusions civiles. Ainsi, rien ne permet de penser qu'il y aurait une stratégie derrière son revirement, dès lors qu'elle aurait pu, comme c'est souvent le cas, s'enfermer dans ses mensonges et dénigrer sa victime. Le fait qu'elle ait dit ne pas vouloir récidiver n'est pas un élément à décharge distinct du précédent mais un indice de son changement d'état d'esprit.

Les autres griefs du Parquet sont pour le surplus infondés. Le Tribunal criminel a tenu compte du fait que la prévenue avait porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un jeune enfant et il n'était pas nécessaire de préciser expressément qu'il s'agissait du deuxième bien juridique le plus important après la vie. Il a mentionné le fait qu'objectivement, les actes d'ordre sexuel perpétrés étaient gravissimes, appréciation qui peut être très légèrement tempérée faute de pénétration établie. Il a aussi évoqué le très jeune âge de l'enfant et le fait que ce dernier ne pouvait rien comprendre, ce qui du reste justifie la condamnation pour l'infraction réprimée par l'art. 191 CP. A cet égard, rien ne permet de penser que la prévenue aurait choisi un petit enfant parce qu'il s'agissait d'une proie facile, et pas simplement parce qu'il était là et correspondait à sa nature pédophile. Il est vrai que, s'agissant du mobile, les premiers juges n'ont pas expressément mentionné la satisfaction égoïste des pulsions sexuelles. Il y a cependant lieu d'admettre qu'ils en ont tenu compte implicitement, tant cela est évident. L'injonction au silence n'est pas non plus mentionnée dans le cadre de la fixation de la peine. Toutefois, comme le relève le Ministère public, cela a rendu possible la durée et le nombre des actes perpétrés, qui motivent d'ores et déjà la peine. Une aggravation pour ce motif ne se justifie donc pas. Enfin, on ne voit pas en quoi la prévenue, qui a eu une enfance difficile dans une favela et est diagnostiquée pédophile, aurait eu d'importantes possibilités d'éviter la lésion. Il faut aussi rappeler que les actes ont eu lieu avant le mariage de la prévenue, contrairement à ce que laisse entendre le Procureur.

En définitive, la culpabilité de l'appelante reste lourde et les infractions - y compris celle à la loi sur les étrangers - sont en concours. Elles sont graves et ont été commises à de multiples reprises, sans scrupules, sur un jeune enfant. D'un autre côté, il faut relever un début de prise de conscience (cf. P. 82, p. 19, dernier paragraphe), attesté par un traitement psychiatrique débuté avant l'incarcération, puis pendant celle-ci, ainsi que l'écoulement du temps depuis les faits (5 ans), omis par les premiers juges. A cela s'ajoute enfin le fait que la pénétration ne peut être retenue, au bénéfice du doute. La peine prononcée doit être un peu réduite pour ce motif. C'est ainsi une peine privative de liberté de 4,5 ans qui doit être prononcée.

6. La détention subie par A.Z. _____ depuis le jugement de première instance doit être déduite (art. 51 CP). Son maintien en détention pour des motifs de sûreté doit en outre être ordonné pour garantir l'exécution de la peine, au vu de l'existence d'un risque de fuite et d'un risque de récidive moyen à dire d'expert (art. 231 al. 1 let. a et 221 al. 1 let. a et c CPP).

7. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être partiellement admis et le jugement du 18 mai 2018 réformé dans le sens des considérants qui précèdent.

Le défenseur d'office de A.Z. _____ a déposé en audience une liste d'opérations dont il n'y a pas lieu de s'écarter, si ce n'est pour y ajouter le temps d'activité consacré à l'audience d'appel. C'est ainsi une indemnité d'un montant total de 2'995 fr. 15, correspondant à 13,33 heures d'activité au tarif horaire de 180 fr., à 21 fr. de débours, à trois vacations à 120 fr. et à 214 fr. 15 de TVA à 7,7 %, qui doit être allouée à Me Nicolas Mattenberger pour la procédure d'appel.

Le conseil d'office d'A.P._____ a déposé en audience une liste d'opérations dont il n'y a pas lieu de s'écarter, si ce n'est pour adapter à la baisse le temps d'activité consacré à l'audience d'appel, qui a été surestimé. C'est ainsi une indemnité d'un montant total de 1'630 fr. 60, correspondant à 7,35 heures d'activité au tarif horaire de 180 fr., à 71 fr. de débours, à une vacation à 120 fr. et à 116 fr. 60 de TVA à 7,7 %, qui doit être allouée à Me Coralie Devaud pour la procédure d'appel.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, par 7'005 fr. 75, constitués en l'espèce des émoluments d'arrêt et d'audience, par 2'380 fr., (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; BLV 312.03.1]), ainsi que des indemnités allouées aux défenseur et conseil d'office, seront mis par un quart à la charge de A.Z._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

A.Z._____ ne sera tenue de rembourser à l'Etat de Vaud le quart des indemnités versées aux défenseur et conseil d'office que lorsque sa situation financière le permettra.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
appliquant les articles 2 al. 2, 30, 40, 47, 49 al. 1, 50, 51, 63, 67 al. 3 litt. a et b, 187 ch. 1, 191 CP, 115 al. 1 litt. b et c LEtr et 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel de A.Z._____ est partiellement admis.
- II. L'appel du Ministère public est rejeté.
- III. Le jugement rendu le 18 mai 2018 par le Tribunal criminel de l'arrondissement de Lausanne est modifié comme il suit au

chiffre II de son dispositif, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

I. libère A.Z._____ du chef d'accusation de contrainte sexuelle;

II. condamne A.Z._____ pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance et infraction à la loi fédérale sur les étrangers à une peine privative de liberté de 4,5 ans (quatre ans et demi), sous déduction de 87 (huitante-sept) jours de détention avant jugement;

III. ordonne le suivi par A.Z._____ d'un traitement ambulatoire psychothérapeutique spécialisé;

IV. interdit à A.Z._____, pour une durée de 10 (dix) ans, l'exercice de toute activité professionnelle et de toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs;

V. alloue à A.P._____, représenté par sa mère R._____, la somme de 15'000 fr. (quinze mille francs), avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2012, à titre d'indemnité pour tort moral, et renvoi A.P._____, représenté par sa mère R._____, à agir devant le Juge civil pour toute autre conclusion civile en relation avec le dommage causé par [...];

VI. lève le séquestre n° 20'222 et ordonne la restitution de son passeport à A.Z._____;

VII. ordonne le maintien au dossier au titre de pièce à conviction des documents séquestrés sous chiffres n° 20'521 et 64'409;

VIII. arrête l'indemnité due à Me Coralie Devaud en qualité de conseil d'office du plaignant A.P._____, représenté par sa mère R._____, à 9'073 fr. 85;

IX. met les frais de la cause, par 38'012 fr. 85, à la charge de A.Z._____, étant précisé que le remboursement de l'indemnité accordée à Me Coralie Devaud sous chiffre VIII ci-dessus ne sera exigible au remboursement que pour autant que la situation financière de la condamnée le permette."

- IV.** La détention subie depuis le jugement de première instance est déduite.
- V.** Le maintien en détention de A.Z. _____ à titre de sûreté est ordonné.
- VI.** Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 2'995 fr. 15 fr., TVA et débours inclus, est allouée _____ à Me Nicolas Mattenberger.
- VII.** Une indemnité de conseil d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 1'630 fr. 60, TVA et débours inclus, est allouée _____ à Me Coralie Devaud.
- VIII.** Les frais d'appel, par 7'005 fr. 75, y compris les indemnités allouées aux défenseur et conseil d'office aux chiffres VI et VII ci-dessus, sont mis par un quart à la charge de A.Z. _____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.
- IX.** A.Z. _____ ne sera tenue de rembourser à l'Etat de Vaud le quart des indemnités en faveur des défenseur et conseil d'office prévues aux ch. VI et VII ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra.

La présidente :

Le greffier :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **23 novembre 2018**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Nicolas Mattenberger, avocat (pour A.Z. _____),
- Me Coralie Devaud, avocate (pour A.P. _____ et ses parents),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal criminel de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,
- Office d'exécution des peines,
- Direction de la prison de la Tuilière,
- Service de la population,

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). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

En vertu de l'art. 135 al. 3 let. b CPP, le présent jugement peut, en tant qu'il concerne l'indemnité d'office, faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP devant le Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 et 39 al. 1 LOAP [Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités fédérales; RS 173.71]). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours dès la notification de l'arrêt attaqué (art. 396 al. 1 CPP).

Le greffier :