

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 29 février 2024

Composition : M. PELLET, président
MM. Winzap et Stoudmann, juges
Greffière : Mme Gruaz

Parties à la présente cause :

E._____, prévenu, représenté par Me Guglielmo Palumbo, défenseur
d'office à Genève, appelant,

et

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

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 10 août 2023, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, a constaté que E. _____ s'est rendu coupable de tentative d'instigation à pornographie, de tentative de pornographie et de pornographie (I), a condamné E. _____ à une peine privative de liberté de 15 mois, sous déduction de 199 jours de détention avant jugement à la date du 9 août 2023 (II), a ordonné que soient déduits de la peine privative de liberté fixée ci-dessus, à titre de réparation du tort moral, 7 jours à raison de 14 jours de détention subis dans des conditions illicites dans les locaux de police (III), a ordonné le maintien en détention pour des motifs de sûreté de E. _____, pour garantir l'exécution du solde de la peine, respectivement jusqu'à ce que E. _____ passe sous l'autorité de l'Office d'exécution des peines en lien avec le placement institutionnel en milieu fermé ordonné le 5 mai 2023 (IV), a prononcé à l'endroit de E. _____ une interdiction à vie d'exercer toute activité professionnelle et toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs (V), a ordonné la confiscation et la destruction des objets suivants : un téléphone Samsung S22 IMEI 350299948865666/01 et un manuscrit propre mentionnant onionrunks.com search « The Resistance » (VI), a ordonné le maintien au dossier, à titre de pièces à conviction, d'un disque dur PP00722 contenant les données de l'extraction du téléphone, de l'ordinateur et des divers supports saisis lors de la perquisition de la chambre de E. _____ (VII), a alloué à l'avocat Guglielmo Palumbo, défenseur d'office de E. _____, une indemnité de 9'527 fr. 65, TVA et débours compris (VIII), a mis les frais de la cause, par 20'240 fr. 05, y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office ci-dessus et celle allouée à l'avocate Alix de Courten en cours d'enquête, par 3'712 fr. 50, à la charge de E. _____, dont à déduire une somme de 250 fr. correspondant à la garantie d'amende et des frais prélevée sur E. _____

au moment de son interpellation (XI), a dit que les indemnités de défense d'office sont remboursables dès que la situation financière du prévenu le permet (X).

Par acte du 14 août 2023, E._____, par son défenseur d'office, a demandé sa mise en liberté et la reprise de l'exécution de la mesure thérapeutique institutionnelle dont il bénéficiait jusqu'au 24 janvier 2023, à titre de mesure de substitution. Par prononcé du 22 août 2023, le Tribunal correctionnel a rejeté la demande de mise en liberté. Par arrêt du 3 octobre 2023 (n° 812), la Chambre des recours pénales a admis le recours de E._____ et réformé le prononcé du 22 août 2023, en ce sens qu'il est ordonné une mesure de substitution en lieu et place de la détention pour des motifs de sûreté sous la forme de la reprise de l'exécution de la mesure thérapeutique institutionnelle, fondée sur l'art. 59 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0), prononcée le 3 mai 2012 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois et confirmée le 12 septembre 2021 par la Cour d'appel pénale.

B. Par annonce du 11 août 2023, puis déclaration motivée du 18 septembre 2023, E._____ a formé appel contre le jugement rendu le 10 août 2023 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, concluant à sa réforme en ce sens qu'il est condamné à une peine pécuniaire assortie du sursis et qu'une indemnité de 50 fr. par jour lui est accordée pour les quatorze jours de détention subis dans des conditions illicites. Il a en outre requis que le complément d'expertise ordonné les 13 et 29 juin 2023 par le Juge d'application des peines dans la procédure AP21.0016548-BRB soit versé au dossier.

Par avis du 3 novembre 2023, le Président de la Cour de céans a informé E._____ que sa réquisition de preuve était rejetée, les conditions de l'art. 389 CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0) n'étant pas remplies.

En date du 19 décembre 2023, E._____ a produit le rapport d'expertise psychiatrique établi le 19 octobre 2023 par la Dresse [...].

C. Les faits retenus sont les suivants :

1.

1.1. E._____ est né le [...] 1951 dans le canton de Fribourg. Il est le neuvième enfant d'une fratrie en comptant onze. Durant l'enfance, il aurait fait l'objet de sévices sexuels de la part de ses frères et sœurs plus âgés que lui et ce, jusqu'à l'âge de dix ans environ. Lorsque ses frères aînés ont quitté la maison, il aurait reproduit les actes subis sur sa petite sœur. Au terme de sa scolarité obligatoire et après avoir encore effectué une année d'orientation professionnelle, il a entrepris un apprentissage de mécanicien automobile et obtenu un CFC. Il a ensuite travaillé durant six ans dans cette profession avant d'exercer une activité dans le commerce de produits pharmaceutiques pour animaux. Après avoir purgé une peine privative de liberté de deux ans et demi qui lui a été infligée en 1999 par la Cour de cassation pénale pour des actes d'ordre sexuel avec un enfant, contrainte sexuelle, actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement et pornographie, il a œuvré deux ans comme employé responsable de poulaillers. Il a alors alterné les périodes de chômage avec celles durant lesquelles il exerçait des activités temporaires. Dès le 1^{er} janvier 2009, il a été engagé comme chauffeur-livreur par une entreprise à [...] et a exercé cette activité jusqu'à son arrestation le 7 décembre 2010 dans le cadre d'une nouvelle affaire pénale qui a donné lieu à la condamnation mentionnée ci-après (cf. *infra* 1.2). Dans le cadre de la procédure ayant conduit à ce dernier jugement, E._____ a été détenu provisoirement puis en exécution de la mesure thérapeutique, tout d'abord à la Prison de la Croisée puis aux Etablissements de la plaine de l'Orbe jusqu'au 4 février 2020, date à laquelle il a été placé en milieu ouvert au sein de l'EPSM La Sylvabelle, à Provence, pour y poursuivre le traitement institutionnel ordonné

(art. 59 CP). Lors de son arrestation, E._____ vivait donc à l'EPSM La Sylvabelle où il suivait une psychothérapie (entretiens avec son psychiatre et thérapies de groupe) et bénéficiait de congés à raison de deux heures par jour et de sorties de quelques heures avec un garant. E._____ est célibataire et au bénéfice d'une rente AVS. Il a des dettes. Sur le plan somatique, il souffre de problèmes cardiaques et de foie.

1.2. Le casier judiciaire de E._____ mentionne une inscription :

03.05.2012, Tribunal correctionnel de La Broye et du Nord vaudois, peine privative de liberté de 4 ans et 6 mois (détention 514 jours), traitement institutionnel des troubles mentaux selon l'art. 59 CP, pour diffusion de pornographie dure, viol, actes d'ordre sexuel avec des enfants et contrainte sexuelle.

1.3 Pour les besoins de la présente cause, le prévenu a été placé en détention provisoire le 24 janvier 2023. Il a été détenu dans les locaux de la Zone carcérale du Centre de la police de la Blécherette dès cette date avant d'être transféré le 8 février 2023 à la Prison du Bois-Mermet.

En parallèle à la détention avant jugement ordonnée dans le cadre de la présente affaire, l'Office d'exécution des peines a, par décision du 5 mai 2023, ordonné le placement institutionnel de E._____, dès le jour où ce dernier passerait sous son autorité, au sein de la Prison du Bois-Mermet, puis aux Etablissements de la plaine de l'Orbe, dès qu'une place serait disponible, en milieu fermé, avec la poursuite de la prise en charge psychothérapeutique auprès du Service de médecine et psychiatrie pénitentiaires (SMPP). Par arrêt du 28 juillet 2023 (n° 508), la Chambre des recours pénale a rejeté le recours de E._____ et confirmé son

placement en milieu fermé. E._____ a été transféré de la Prison du Bois-Mermet aux Etablissements de la Plaine de l'Orbe, le 30 octobre 2023.

1.4. Dans le cadre de la présente procédure pénale, le prévenu a refusé de se soumettre à une nouvelle expertise psychiatrique.

1.4.1 Une expertise psychiatrique avait été ordonnée dans le cadre de sa précédente affaire pénale. Dans leur rapport du 23 juin 2011 (P. 6), les experts ont retenu les diagnostics de pédophilie et de trouble de la personnalité à traits dyssociaux. En ce qui concerne le trouble de la personnalité à traits dyssociaux, les experts ont relevé qu'il avait été retenu notamment sur la base des quatre critères diagnostiques suivants présents chez E._____ : une indifférence froide envers les sentiments d'autrui, un mépris des normes, des règles et des obligations sociales, une incapacité à éprouver de la culpabilité ou à tirer un enseignement des expériences, notamment des sanctions et une tendance nette à blâmer autrui ou à fournir des justifications plausibles pour expliquer un comportement à l'origine d'un conflit entre le sujet et la société. Le rapport d'expertise précisait que le trouble de la personnalité, avec son soubassement archaïque fait de carence identitaire, d'infantilisme, de ressources internes limitées, d'un système défensif pauvre basé sur l'externalisation du conflit, la projection et l'évitement, était un trouble psychiatrique grave. La pédophilie également. Ces pathologies étaient présentes au moment des faits et étaient apparues au moment de l'adolescence. Le rapport d'expertise indiquait également que E._____ était un prédateur sexuel et qu'il organisait une importante partie de son temps autour de cette activité pédophile ou la préparation de celle-ci. Lorsqu'il n'était pas amené à côtoyer une victime potentielle, une activité pauvrement fantasmatique et masturbatoire autour de photographies et de vidéos pédopornographiques pouvait lui suffire un temps. S'agissant de la responsabilité pénale du prévenu, il était précisé que si E._____ était à tout moment capable d'apprécier le caractère illicite de ses actes, il n'était pas, du fait de son trouble de la personnalité et de son importante vulnérabilité psychologique, complètement capable de se déterminer

d'après cette appréciation, la capacité de se déterminer d'après cette appréciation étant restreinte dans une mesure légère.

Un rapport complémentaire a été rendu le 20 mars 2012 (P. 7). Dans leur discussion, les experts rappelaient qu'ils avaient recommandé préalablement un traitement ambulatoire, malgré un risque de récurrence important, en se fondant sur un dossier incomplet. Dans la mesure où l'acte d'accusation faisait en réalité état d'au moins trois victimes potentielles du prévenu et non pas d'une seule comme les experts le pensaient à la base, ils ont revu leurs conclusions. Pour eux, il s'agissait là d'éléments indiquant que E. _____ n'avait pas pu profiter de sa première thérapie pour travailler sur ses pulsions pédophiliques et élaborer des stratégies pour éviter des situations à risque. Le rapport d'expertise précisait à ce propos que E. _____ ne s'appuyait pas du tout sur son thérapeute pour canaliser ses pulsions, qu'il ne lui parlait pas de son vécu et de ses actes et qu'il n'avait pas intégré les conséquences de ses actes pour les victimes.

Entendu au cours de l'audience du Tribunal correctionnel du 1^{er} mai 2012 (cf. P. 4, p. 45), le Docteur [...] avait confirmé les conclusions du complément d'expertise et les diagnostics qui avaient été établis au préalable. Il avait également insisté sur le fait que le risque de récurrence était toujours important et sur le fait qu'un traitement institutionnel de l'art. 59 CP était adapté pour prévenir au mieux ce risque. L'expert avait encore relevé que le prévenu n'avait pas réussi à tirer un quelconque enseignement des précédents traitements entrepris et qu'il n'avait manifesté que de pseudo prises de conscience. L'expert avait vu dans le fait que E. _____ n'ait pas parlé au Docteur [...] de ses contacts avec une jeune fille fréquentée en cours de traitement un facteur de gravité supplémentaire. Enfin, il avait rappelé que le traitement spécifique qu'il préconisait d'ordonner prendrait de nombreuses années avant d'arriver à un résultat.

1.4.2 Dans le cadre de la procédure de libération conditionnelle devant le Juge d'application des peines, le prévenu a été soumis à une

expertise psychiatrique. Les Dresses [...] et [...], respectivement cheffe de clinique et psychologue assistante, ont rendu leur rapport le 8 novembre 2022 (P. 21/2). Ces spécialistes ont confirmé les diagnostics de pédophilie (attirance pour les enfants prépubères de sexe féminin exclusivement dans son cas) et de trouble de la personnalité narcissique. Ce dernier trouble se caractérisait par une tendance à minimiser sa capacité empathique, à se croire supérieur aux autres et à surestimer ses capacités à faire face à son trouble pédophilique. L'expertise détaillait la persistance active des distorsions cognitives et des éléments de pulsionnalité déviante, laissant intact un risque de réitération d'abus sexuels en situation de promiscuité prolongée ou régulière avec un enfant. Le risque de récidive avait été estimé comme étant dans la moyenne mais pas imminent (la crainte d'une réincarcération jouant un rôle protecteur), ceci notamment en raison de ses actes passés et du fait qu'il avait déjà récidivé à une reprise, de son attirance déviante, de son absence de relation stable, de sa tendance à se victimiser et se croire parfois supérieur à autrui et de ses stratégies futures qui n'étaient pas toujours adéquates.

1.4.3 Le Juge d'application des peines a ordonné une nouvelle expertise en date du 13 juin 2023 dans le cadre de la procédure d'examen de la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle. Le rapport établi le 19 octobre 2023 (P. 76) par la Dresse [...], psychiatre et psychothérapeute FMH, a mis en évidence une paraphilie, plus spécifiquement une pédophilie, ainsi qu'un trouble de la personnalité immature-évitant avec traits dyssociaux. L'influence du trouble paraphilique était un intérêt sexuel pour des enfants prépubères (ou en âge de puberté) de sexe féminin, caractérisé par des fantasmes déviants et des pulsions pédophiles poussant E._____ au visionnage d'images pédopornographiques et à commettre des abus sexuels. Le trouble de la personnalité de E._____ influençait son rapport à la loi (et donc à la justice) et aux règles en raison de la présence de traits dyssociaux contribuant à la commission de transgressions vis-à-vis de la loi et le rendant intolérant aux règles. De plus, sa personnalité immature-évitante influençait négativement sa gestion de la frustration, qui restait

problématique, malgré des progrès non négligeables, et expliquait son évitement des conflits et des frustrations ainsi que la tendance à se déresponsabiliser ou à minimiser ses actes infractionnels. L'experte a considéré que, sans traitement hormonal, E. _____ présentait un risque élevé de commettre des délits de pédopornographie et un risque faible à moyen de commettre de nouvelles agressions sexuelles. Toutefois, E. _____ bénéficiant, depuis août 2023, d'un traitement d'inhibiteur d'androgènes par injection abaissant la libido, les pulsions, la fréquence et l'ampleur des érections, la fréquence des masturbations et éjaculations, ce risque était porté à un niveau moyen pour les délits de pédopornographie et à faible pour des passages à l'acte sur enfants, à la condition *sine qua non* qu'il poursuive sa psychothérapie. L'experte précisait que le contexte de récidive pouvait se réaliser si E. _____ décidait d'arrêter son traitement hormonal ou sa psychothérapie, *a fortiori* s'il venait à nouer une relation affective ou d'amitié avec une femme ayant des filles, nièces ou petites-filles ayant l'âge de ses victimes, de telle sorte que les mesures d'éloignement devaient être maintenues avec ou sans traitement hormonal. Les délits de pédopornographie étaient quant à eux difficiles à prévenir, l'accès à Internet étant aisé et non réglementé, y compris dans un cadre institutionnel ouvert. L'experte exposait que, même s'il y avait toujours été opposé, E. _____ tirait bénéfice de la mesure institutionnelle, car celle-ci lui avait permis de prendre conscience de certaines de ses difficultés et d'intégrer sa pédophilie. S'agissant des faits de la présente cause, l'experte exposait que les sentiments de frustration et d'ennui des week-ends à La Sylvabelle, le mécontentement de E. _____ vis-à-vis des règles restrictives du foyer et le fait que l'octroi d'élargissements était très progressif, avaient fait émerger en force et de manière difficile à contrôler, les fantasmes et les pulsions sexuelles déviantes, devenus, à un certain moment, très envahissants. L'excitation sexuelle de nature pédophile avait agi comme un antidépresseur tout en permettant à E. _____ de prendre sa revanche en contournant les règles et en agissant dans la clandestinité pour s'offrir du plaisir. Sachant que ces nouveaux délits avait été commis à la période où de nouveaux élargissements était à l'ordre du jour, l'experte a émis l'hypothèse que, de manière paradoxale, ces ouvertures avaient émoussillé E. _____ et

amplifié son impatience et l'envie de jouissance. S'agissant de l'amendement de l'appelant, l'experte relevait qu'il regrettait ses actes mais qu'il ne les reconnaissait pas encore dans leur intégralité.

2.

2.1

2.1.1 A Provence, depuis l'EPSM La Sylvabelle, entre juin et juillet 2022, E._____ a demandé à F._____ de lui remettre une clé USB contenant des fichiers pédopornographiques, destinés à sa consommation personnelle. Cette dernière a, à cet effet, mis le prévenu en relation avec W._____ qui a remis ladite clé USB à E._____, à Provence, au prix de 400 ou 500 francs. Il est néanmoins apparu que la clé USB ne semblait pas contenir de fichiers pornographiques illégaux.

2.1.2 En outre, E._____ a demandé à W._____, lequel n'a pas donné suite, de lui procurer des images pornographiques d'enfants de six à huit ans, qu'il avait l'intention de consommer et de remettre à un autre pensionnaire de l'EPSM La Sylvabelle auquel il a également prêté à répétition son téléphone afin que ce dernier puisse visionner des fichiers à caractère pédopornographiques via le darknet.

2.2 A Provence, entre août 2022 et le 24 janvier 2023, jour de son interpellation, E._____ a consommé à tout le moins 1476 images de pornographie infantile, 747 images de mineurs nus sans acte d'ordre sexuel, trois images de zoophilie, ainsi que quelques vidéos d'une durée de trente secondes à une minute via le navigateur Tor, application qu'il installait et supprimait avant et après chaque utilisation.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 385 et 399 CPP), par une partie ayant qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure

(art. 398 al. 1 CPP), l'appel est recevable, tout comme la pièce produite à l'appui de celui-ci (cf. art. 389 al. 3 CPP).

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

La voie de l'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel, laquelle ne peut se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier, mais 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 (TF 6B_238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.2).

3.

3.1. E. _____ estime que la peine privative de liberté de quinze mois prononcée à son encontre est trop sévère. Il fait valoir qu'une peine pécuniaire suffirait pour sanctionner son comportement.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 34 CP, sauf disposition contraire, la peine pécuniaire est de trois jours-amende au moins et ne peut excéder 180 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1).

Aux termes de l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes

ou délits (let. a) ou s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée (let. b).

La peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité, les peines privatives de liberté ne devant être prononcées que lorsque l'État ne peut pas garantir d'une autre manière la sécurité publique. Lorsque tant une peine pécuniaire qu'une peine privative de liberté entrent en considération et que toutes deux apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu, conformément au principe de la proportionnalité, d'accorder la priorité à la première, qui porte atteinte au patrimoine de l'intéressé et constitue donc une sanction plus clémente qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1). Le choix de la sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation de la peine, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention (ATF 147 IV 241 consid. 3.2 ; ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1). Conformément à l'art. 41 al. 2 CP, lorsque le juge choisit de prononcer à la place d'une peine pécuniaire une peine privative de liberté, il doit motiver le choix de cette dernière peine de manière circonstanciée.

3.2.2 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, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 et les références citées).

Certains délinquants sont plus durement touchés par l'exécution d'une peine privative de liberté, notamment en raison de l'âge ou du mauvais état de santé. La vulnérabilité face à la peine ne doit toutefois être retenue comme circonstance atténuante que si elle rend la sanction considérablement plus dure que pour la moyenne des autres condamnés par exemple en présence de maladies graves, de psychoses claustrophobiques ou de surdimutité (TF 6B_233/2020 du 5 juin 2020 consid. 3.2 ; TF 6B_623/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.6.1 ; Quelo/Rodriguez, in : Commentaire romand, Code pénal I, op. cit., n. 77-75 ad art. 47 CP). Dans certains cas, le grand âge de l'auteur pourra aussi influencer sur la sensibilité à la peine. Il a cependant été jugé que l'âge de 70 ans n'était pas suffisamment avancé pour être pris en considération (TF 6B_241/2020 du 6 mai 2020 consid. 4.1 et les références citées ; TF 6B_1463/2019 du 20 février 2020 consid. 2.1.1 et les références citées ; cf. TF 6B_1276/2015 du 29 juin 2016 consid. 2.2.2 concernant la prise en compte de la vulnérabilité d'un condamné âgé de 72 ans et TF 6B_533/2011 du 10 novembre 2011 consid. 7.1 et 7.4 concernant celle d'un condamné âgé de 87 ans). L'effet de la peine sur l'avenir du condamné, en tant qu'élément de prévention spéciale, ne permet toutefois que des corrections marginales, la peine devant toujours rester proportionnée à la faute (TF 6B_233/2020 op. cit. ; TF 6B_1276/2015 du 29 juin 2016 consid. 2.2.2 ; TF 6B_1154/2014 du 31 mai 2016 consid. 3.1 et la référence citée ; 6B_472/2011 du 14 mai 2012 consid. 17.2). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

3.2.3 Aux termes de l'art. 19 al. 2 CP, le juge atténue la peine si, au moment d'agir, l'auteur ne possédait que partiellement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après

cette appréciation. Selon la jurisprudence, une diminution de la responsabilité au sens de l'art. 19 al. 2 CP conduit à une diminution de la faute et non de la peine. La réduction de la peine n'est que la conséquence de la faute plus légère (ATF 136 IV 55 consid. 5.5, JdT 2010 IV 127).

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il détermine l'effet de la diminution de la responsabilité sur la faute (subjective) au vu de l'ensemble des circonstances. Il peut appliquer l'échelle habituelle : une faute (objective) très grave peut être réduite à une faute grave en raison d'une diminution légère de la responsabilité. La réduction pour une telle faute (objective) très grave peut conduire à retenir une faute moyenne à grave en cas d'une diminution moyenne et à une faute légère à moyenne en cas de diminution importante. Sur la base de cette appréciation, le juge doit prononcer la peine en tenant compte des autres critères de fixation de la peine (ATF 136 précité consid. 5.5 et 5.6).

En cas de diminution de la responsabilité pénale, le juge doit procéder en deux étapes : dans un premier temps, il doit décider, sur la base des constatations de fait de l'expertise, dans quelle mesure la responsabilité pénale de l'auteur est restreinte sur le plan juridique et comment cette diminution se répercute sur l'appréciation de la faute. La faute globale doit être qualifiée et, au regard de l'art. 50 CP, le juge doit expressément mentionner le degré de gravité à prendre en compte. Dans un deuxième temps, il lui incombe de déterminer la peine hypothétique qui correspond à cette faute. La peine ainsi fixée peut ensuite être, le cas échéant, modifiée en raison de facteurs liés à l'auteur (*Täterkomponente*) ainsi qu'en raison d'une éventuelle tentative selon l'art. 22 al. 1 CP (ATF 136 précité consid. 5.7).

3.2.4 Aux termes de l'art. 49 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié

le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine (al. 1). Si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (al. 2).

Pour satisfaire à la règle visée à l'art. 49 CP, le juge, dans un premier temps, fixera la peine pour l'infraction la plus grave, en tenant compte de tous les éléments pertinents, parmi lesquels les circonstances aggravantes ou atténuantes. Dans un second temps, il augmentera cette peine pour sanctionner les autres infractions, en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.2 ; ATF 127 IV 101 consid. 2b ; TF 6B_1175/2017 du 11 avril 2018 consid, 2.1 ; TF 6B_688/2014 du 22 décembre 2017 consid. 27.2.1).

3.3 La culpabilité de E. _____ est lourde. L'appelant a déjà été condamné en 2012 à un traitement institutionnel pour diffusion de pornographie, viol, actes d'ordre sexuel avec des enfants et contrainte sexuelle. Cette mesure n'a manifestement pas eu l'effet escompté puisque l'appelant a récidivé dans le même genre d'infractions. En consommant à nouveau des fichiers pédopornographiques, l'appelant se trouve ainsi en état de récidive spéciale. A charge, il doit aussi être tenu compte du fait qu'il a récidivé durant son placement à l'EPSM La Sylvabelle profitant du peu de liberté qui lui était accordée pour contacter des tiers pour qu'ils lui fournissent de la pédopornographie sur une clé USB ou en télécharger lui-même. La volonté délictuelle est importante. Alors que tout était mis en place pour qu'il ne récidive pas et qu'il était placé dans une institution dans ce but, il a volontairement caché ses intentions aux professionnels qui l'entouraient. Il s'est ainsi minutieusement organisé pour ne pas se faire surprendre par un éventuel contrôle. Comme le relève l'expertise psychiatrique du 19 octobre 2023, en contournant les règles, E. _____ a le sentiment de prendre sa revanche. Il ne semble ainsi pas apprendre de ses erreurs. Pour le surplus, E. _____ ne s'est pas contenté d'assouvir ses

propres déviances, puisqu'il a permis à un autre résident, souffrant des mêmes vices, d'utiliser son téléphone pour se rendre sur le darknet et qu'il avait l'intention de lui transmettre les fichiers pédopornographiques.

A charge, il faut aussi tenir compte que l'activité délictuelle s'est déroulée sur plusieurs mois et qu'elle concerne plus de deux mille fichiers illicites. Il s'agit de pornographie dure impliquant l'exploitation sexuelle d'enfants. L'appelant a prétendu en avoir pris conscience mais sa remise en question reste fragmentaire. A l'audience d'appel, il a persisté à contester sa condamnation pour viol et n'a pas voulu nommer son comparse, protégeant ainsi toujours un autre pédophile.

Dernier facteur aggravant, le concours d'infractions, l'appelant s'étant rendu coupable de plusieurs comportements réprimés par l'art. 197 CP.

Il y a relativement peu d'éléments à décharge. L'expertise établie le 23 juin 2011, à laquelle il y a lieu de se référer faute d'expertise plus récente concernant la responsabilité pénale de l'appelant, a mis en évidence que E._____ était à tout moment capable d'apprécier le caractère illicite de ses actes, mais que, du fait de son trouble de la personnalité et de son importante vulnérabilité psychologique, il n'était pas complètement capable de se déterminer d'après cette appréciation, la capacité de se déterminer d'après cette appréciation étant restreinte dans une mesure légère. Compte tenu de cette diminution légère de responsabilité, la faute globale de l'appelant doit être qualifiée de moyenne à lourde. Il faut également tenir compte de l'enfance du prévenu dans un climat familial incestueux et totalement dysfonctionnel et du fait que certaines infractions sont restées au stade de la tentative. Comme on l'a vu, la prise de conscience n'est que partielle.

Compte tenu de ce qui précède, l'appelant se trompe à plus d'un titre lorsqu'il prétend au prononcé d'une peine pécuniaire. Son importante culpabilité est totalement incompatible avec une sanction qui se limiterait à 180 jours. C'est en effet bien au-delà que la peine doit se

situer pour ce pédophile impénitent qui est parvenu à se procurer de la pédopornographie alors même qu'il était sous le régime de l'art. 59 CP. De toute manière, même si la quotité de la peine avait été compatible avec le prononcé d'une peine pécuniaire, il aurait fallu prononcer une peine privative de liberté pour des motifs de prévention spéciale.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, le fait qu'il ait commis les infractions en étant sous le coup d'une mesure aggrave sa culpabilité et il n'y a rien de disproportionné à poursuivre la mesure en milieu fermé, puisque l'accusé a récidivé en milieu ouvert. Pour le surplus, les arrêts de la Cour d'appel pénale dont il se prévaut ne lui sont d'aucun secours, d'une part parce que la situation des prévenus de ces autres affaires n'est en rien comparable avec la sienne et d'autre part parce que la Cour d'appel était saisie d'appels de prévenus exclusivement et n'avait donc aucun pouvoir de cognition pour augmenter la peine.

L'appelant estime que son âge avancé aurait dû être pris en compte par les premiers juges dans la fixation de la peine, l'impact d'une peine privative de liberté étant, selon lui, plus important compte tenu de son âge et son état de santé qui serait précaire. E._____ ne démontre toutefois pas la raison pour laquelle il aurait fallu accorder un poids plus important à son âge dans les circonstances d'espèce, étant précisé que 73 ans n'est pas, au sens de la jurisprudence précitée, un âge si avancé qu'il devrait en tant que tel conduire à une modification de la peine.

Comme déjà exposé précédemment, le comportement de E._____ doit être réprimé par une peine privative de liberté. Selon les principes du concours, il convient de définir l'infraction la plus grave qui est la tentative d'instigation à pornographie. Elle doit être sanctionnée d'une peine privative de liberté de huit mois, augmentée de quatre mois pour la tentative de pornographie (art. 22 ad 197 al. 4 CP) et de trois mois pour la pornographie (art. 197 al. 5 CP).

4.

4.1 L'appelant estime que le sursis aurait dû lui être accordé dès lors que ses antécédents datent de plus de cinq ans.

4.2 A teneur de l'art. 42 al. 1 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits. L'art. 43 al. 1 CP prévoit que le juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur.

Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit prononcer le sursis. Celui-ci est ainsi la règle dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ou hautement incertain (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2). En d'autres termes, la loi présume l'existence d'un pronostic favorable et cette présomption doit être renversée pour exclure le sursis. De jurisprudence constante, les conditions subjectives auxquelles l'art. 42 CP soumet l'octroi du sursis intégral s'appliquent également à l'octroi du sursis partiel (ATF 139 IV 270 consid. 3.3 ; ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1 ; TF 6B_930/2021 et 6B_938/2021 du 31 août 2022 consid. 5.1 ; TF 6B_1175/2021 du 23 mai 2022 consid. 1.1). Ainsi, lorsque le pronostic quant au comportement futur de l'auteur n'est pas défavorable, la loi exige que l'exécution de la peine soit au moins partiellement suspendue. En revanche, un pronostic défavorable exclut également le sursis partiel.

Pour formuler un pronostic sur l'amendement de l'auteur, le juge doit se livrer à une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Il doit tenir compte de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances

d'amendement. Il ne peut accorder un poids particulier à certains critères et en négliger d'autres qui sont pertinents (ATF 135 IV 180 consid. 2.1 ; ATF 134 IV 1 consid. 4.2.1 ; TF 6B_930/2021 et 6B_938/2021 précités). Le défaut de prise de conscience de la faute peut justifier un pronostic défavorable, car seul celui qui se repent de son acte mérite la confiance que l'on doit pouvoir accorder au condamné bénéficiant du sursis (TF 6B_930/2021 et 6B_938/2021 précités ; TF 6B_1403/2021 précité ; TF 6B_1175/2021 précité).

4.3 L'appelant prétend être digne du sursis mais cette conclusion est manifestement téméraire. Celui-ci n'est en effet pas parvenu à contrôler ses pulsions, alors même qu'il était placé dans une institution où il était suivi par des professionnels prêts à le soutenir dans sa lutte contre ses déviances. Au lieu de se confier et avouer ses faiblesses, il a tout fait pour cacher ses agissements. De plus, alors même qu'il avait été mis en garde par l'Office d'exécution des peines le 11 février 2022 après la découverte de liens, de consultations de sites internet et de téléchargements extrêmement suspects, à la suite du contrôle de ses divers supports informatiques et multimédias, il a persisté dans son comportement délictueux. Rien ne semble pouvoir le dissuader de récidiver, même pas la menace d'une réincarcération. Les remords exprimés ne l'ont été qu'après des dénégations obstinées et l'appelant n'a admis les faits qu'une fois confronté au contenu accablant de son téléphone portable. L'amorce d'une prise de conscience n'empêche pas de considérer que le pronostic reste très sombre pour ce pédophile incapable de contenir ses pulsions, malgré son âge. L'appelant prend certes un traitement d'inhibiteurs d'androgènes qui réduit le risque de récidive, mais cela ne suffit pas à renverser le pronostic. En effet, ce traitement n'est pas irréversible et dépend uniquement du bon vouloir de l'appelant, puisqu'il est suivi sur un mode volontaire. E. _____ pourrait ainsi décider à tout moment de l'arrêter. De plus, comme le relève le rapport d'expertise du 19 octobre 2023, compte tenu du profil de l'appelant et du fait qu'il a réussi à commettre des actes dans un lieu très encadré, le risque qu'il récidive reste « moyen » même sous traitement (P. 76 p. 45).

C'est donc une peine ferme qui doit être prononcée.

5. En définitive, l'appel de E._____ doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé. Vu l'issue de la cause, sa conclusion relative à l'indemnité à titre de réparation du tort moral pour les quatorze jours de détention subis dans des conditions illicites dans les locaux de police est sans objet.

La détention subie par l'appelant depuis le jugement de première instance sera déduite (art. 51 CP).

Le maintien, jusqu'au jugement définitif et exécutoire, de la mesure de substitution ordonnée le 3 octobre 2023 par la Chambre des recours pénale en lieu et place de la détention pour des motifs de sûreté doit être ordonné, sous la forme de l'exécution de la mesure thérapeutique institutionnelle, fondée sur l'art. 59 CP, prononcée le 3 mai 2012 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

Vu le sort de la cause, les frais de la procédure d'appel, constitués de l'émolument d'audience et de jugement par 2'600 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP), seront mis à la charge de E._____ qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Outre l'émolument, les frais d'appel comprennent également l'indemnité allouée au défenseur d'office (art. 422 al. 2 let. a CPP).

Me Guglielmo Palumbo a produit une liste des opérations faisant état d'un temps total consacré à la procédure d'appel de 13 heures 50 minutes d'activité d'avocat, 5 minutes d'activité d'avocat-stagiaire et 1 heure et 30 minutes de temps de déplacement. Au regard de la nature de la présente cause, cette note d'honoraires est trop élevée et il convient de réduire la durée des opérations concernant certains postes. Le temps d'étude du dossier, qui était déjà connu, sera réduit à 1 heure au lieu de 2

heures et 50 minutes. La préparation de l'audience sera réduite à 1 heure au lieu de 3 heures. Le temps d'audience sera ajusté à sa durée effective et le temps invoqué pour un déplacement aller-retour Genève - Lausanne et le prix du billet de train seront indemnisés forfaitairement, conformément à la jurisprudence (JdT 2013 III 3 consid. 3c), à raison d'un montant de 120 francs. Il y a ainsi lieu d'indemniser 6 heures et 20 minutes au tarif horaire de 180 fr., soit 1'140 fr., ainsi que 5 minutes au tarif de 110 fr. pour le travail de l'avocat stagiaire, soit 9 fr. 15, auxquels il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2 %, soit 22 fr. 90 (art. 3bis al. 1 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3], applicable par renvoi de l'art. 26b TFIP), ainsi que la TVA à 7,7 %, par 90 fr. 25, soit un total de 1'262 fr. 40 pour les opérations effectuées jusqu'au 31 décembre 2023. S'agissant des opérations ayant eu lieu dès le 1^{er} janvier 2024, il y a lieu d'indemniser 3 heures et 40 minutes au tarif horaire de 180 fr., plus les débours, par 13 fr. 20, une vacation à 120 fr., et la TVA à 8,1 %, par 64 fr. 25, soit un total de 857 fr. 45. L'indemnité totale s'élèvera ainsi à 2'119 fr. 85, TVA et débours inclus.

E. _____ sera tenu de rembourser à l'Etat l'indemnité due à son défenseur d'office dès que sa situation financière le permettra.

Le dispositif communiqué aux parties indiquant à tort 2'116 fr. 65 comme indemnité due au défenseur d'office - le taux de TVA de 7,7 % ayant été appliqué également pour les opérations de 2024, alors que ce taux s'élevait alors à 8,1 % -, celui-ci sera rectifié d'office en application de l'art. 83 CPP.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,

appliquant les articles 19 al. 2, 40, 47, 49 al. 1, 50, 51, 67 al. 3, 69, 24 al. 2 ad 197 al. 4, 22 al. 1 ad 197 al. 4, 197 al. 5 CP et 398 ss CPP, prononce :

I. L'appel est rejeté.

II. Le jugement rendu le 10 août 2023 par le Tribunal correctionnel de la Broye et du Nord vaudois est confirmé selon le dispositif suivant :

I. constate que E._____ s'est rendu coupable de tentative d'instigation à pornographie, de tentative de pornographie et de pornographie ;

II. condamne E._____ à une peine privative de liberté de 15 (quinze) mois, sous déduction de 199 (cent nonante-neuf) jours de détention avant jugement à la date du 9 août 2023 ;

III. ordonne que soient déduits de la peine privative de liberté fixée ci-dessus, à titre de réparation du tort moral, 7 (sept) jours à raison de 14 (quatorze) jours de détention subis dans des conditions illicites dans les locaux de police ;

IV. (...);

V. prononce à l'endroit de E._____ une interdiction à vie d'exercer toute activité professionnelle et toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ;

VI. ordonne la confiscation et la destruction des objets suivants : un téléphone Samsung S22 IMEI 350299948865666/01 et un manuscrit propre mentionnant onionrunks.com search « The Resistance » (cf. fiche n° 36457 = P. 38) ;

- VII. ordonne le maintien au dossier, à titre de pièces à conviction, d'un disque dur PP00722 contenant les données de l'extraction du téléphone, de l'ordinateur et des divers supports saisis lors de la perquisition de la chambre de E. _____ (cf. fiche n° 36453 = Pièce n° 37) ;
- VIII. alloue à l'avocat Guglielmo Palumbo, défenseur d'office de E. _____, une indemnité de 9'527 fr. 65 (neuf mille cinq cent vingt-sept francs et soixante-cinq centimes), TVA et débours compris ;
- IX. met les frais de la cause, par 20'240 fr. 05 (vingt mille deux cent quarante francs et cinq centimes), y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office ci-dessus et celle allouée à l'avocate Alix de Courten en cours d'enquête, par 3'712 fr. 50 (trois mille sept cent douze francs et cinquante centimes), à la charge de E. _____, dont à déduire une somme de 250 fr. (deux cent cinquante francs) correspondant à la garantie d'amende et des frais prélevée sur E. _____ au moment de son interpellation ;
- X. dit que les indemnités de défense d'office sont remboursables dès que la situation financière du prévenu le permet ".

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

IV. Le maintien, jusqu'au jugement définitif et exécutoire, de la mesure de substitution ordonnée le 3 octobre 2023 par la Chambre des recours pénale en lieu et place de la détention pour des motifs de sûreté est ordonné, sous la forme de l'exécution de la mesure thérapeutique institutionnelle, fondée sur l'art. 59 CP, prononcée le 3 mai 2012 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Broye et du

Nord vaudois et confirmée le 12 septembre 2012 par la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal.

- V.** Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 2'119 fr. 85, TVA et débours inclus, est allouée à Me Guglielmo Palumbo.
- VI.** Les frais d'appel, par 4'719 fr. 85, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office, sont mis à la charge de E._____.
- VII.** E._____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat de Vaud le montant de l'indemnité en faveur de son défenseur d'office prévue au chiffre V ci-dessus dès que sa situation financière le permettra.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le 31 janvier 2024, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Guglielmo Palumbo, avocat (pour E._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal correctionnel de de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois,
- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,
- Office d'exécution des peines,
- Etablissements de la Plaine de l'Orbe,
- Service pénitentiaire (bureau des séquestre),

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).

La greffière :