Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.117/2006 /rod

Arrêt du 9 juin 2006
Cour de cassation pénale

Composition
MM. et Mme les Juges Schneider, Président,
Zünd et Brahier Franchetti, Juge suppléante.
Greffière: Mme Paquier-Boinay.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Damien Revaz, avocat,

contre

Procureur général du canton du Valais,
case postale 2282, 1950 Sion 2.

Objet
Actes d'ordre sexuel avec un enfant (art. 187 CP);
abus de la détresse (art. 193 CP),

pourvoi en nullité contre le jugement de la Cour pénale II du Tribunal cantonal du canton du Valais, du 1er février 2006.

Faits:
A.
X._____ est né le 4 février 1949. A la suite d'un accident de la circulation, il se déplace en chaise roulante, la partie inférieure de son corps étant paralysée. Il n'exerce pas d'activité professionnelle et passe ses journées dans son logement.
En septembre 2002, A._____, né le 30 mars 1988, a fait la connaissance de X._____ au domicile de ce dernier, par l'intermédiaire d'un ami de son âge, B._____. A._____ est ensuite retourné régulièrement chez X._____ pour sortir le chien de son hôte, faire ses devoirs ou jouer sur la console de jeux. Parfois il dînait et dormait chez X._____, en compagnie de B._____. A._____ a déclaré à la police que X._____ lui aurait donné un téléphone portable, une canne et un casque de hockey ainsi que quelques petites sommes d'argent. Lorsqu'il lui rendait visite, X._____ était parfois vêtu d'un seul T-shirt, voire se montrait complètement nu. Par la suite, ce dernier a commencé ¨a pousser trop, demandant à A._____ de lui faire la bise, ce que ce dernier faisait. Parfois X._____ s'accrochait et essayait de lui donner des ¨bisous dans la bouche. A._____ a finalement décidé de ne plus aller chez X._____ et a interrompu ses visites en janvier 2003.

C._____ est né le 31 août 1985. Il connaît de grosses difficultés de discernement et de résistance aux interdits et est facilement influençable. Il a été placé à Sion au sein de l'organisation romande pour l'intégration professionnelle des personnes handicapées (ORIPH) où il suivait une formation élémentaire en 2002-2003. Au début de l'année 2002, il a fait la connaissance de X._____ en suivant des camarades qui se rendaient à son domicile. Il savait que X._____ donnait de l'argent de poche et un téléphone portable aux jeunes qui lui rendaient visite. Il s'est ensuite rendu régulièrement chez X._____, une ou deux fois par semaine, jusqu'au mois d'octobre 2002. X._____ pourvoyait à ses besoins d'argent et lui a donné un téléphone portable.

C._____ se prêtait en contrepartie à des contacts sexuels avec X._____, qu'il a vu nu sur sa chaise. Il y a eu échange de baisers dans le cou entre les deux intéressés, X._____ faisant des caresses dans le dos de C._____ sous son vêtement, lorsque ce dernier se trouvait contre lui.

D._____, né le 31 octobre 1985, souffre d'un handicap d'origine comportementale et d'une difficulté d'adaptation sociale. Son quotient intellectuel est faible. Selon son éducateur, il est très immature, souffre d'abandonnisme et manifeste des comportements très infantiles avec très peu de tolérance aux frustrations et peu de conscience des interdits. Il a également fait l'objet d'un placement à l'ORIPH où il suivait une formation élémentaire en 2002-2003. Il a été présenté à X._____ par C._____. Il ressort des déclarations de D._____ que X._____ lui a fait des bisous dans le cou et lui a promis de lui offrir un téléphone portable. A chacune de ses visites (en principe à une ou deux reprises chaque fin de semaine), D._____ a fait des câlins à X._____ sur demande de ce dernier et a accepté que celui-ci lui en fasse. X._____ a obtenu de D._____ qu'il se dénude le torse et il lui a alors fait des suçons, lui a mordu et caressé le dos, l'a embrassé sur la bouche et, à une reprise, lui a mis la langueët il lui a touché plusieurs fois les fesses et une fois le sexe par-dessus les habits. A ces moments, X._____ était sur sa chaise roulante -la plupart du temps nu- et D._____ était assis sur lui.
D._____ a expliqué ne se prêter à ces gestes que pour recevoir à chaque fois les quelques francs dont il avait besoin pour s'acheter des cigarettes.
B.
Par arrêt du 28 juin 2004, le juge suppléant des districts de Martigny et St-Maurice a reconnu X._____ coupable notamment de tentative d'actes d'ordre sexuels avec des enfants ainsi que d'abus de la détresse et l'a condamné à 9 mois d'emprisonnement avec sursis pendant 5 ans.
C.
Le 1er février 2006, la Cour pénale II du Tribunal cantonal valaisan a rejeté le recours formé par X._____ contre ce jugement.
D.
X._____ se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Invoquant une violation des art. 187 et 193 CP, il conclut à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale. Il sollicite par ailleurs l'assistance judiciaire.

La cour cantonale n'a pas formulé d'observations, se référant aux considérants de l'arrêt attaqué.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Saisi d'un pourvoi en nullité, le Tribunal fédéral contrôle l'application du droit fédéral (art. 269 PPF) sur la base d'un état de fait définitivement arrêté par l'autorité cantonale (cf. art. 273 al. 1 let. b et 277bis al. 1 PPF). Le raisonnement juridique doit donc être mené sur la base des faits retenus dans la décision attaquée, dont le recourant ne peut s'écarter sous peine d'irrecevabilité (ATF 126 IV 65 consid. 1 p. 66/67).
2.
Condamné pour tentative d'actes d'ordre sexuel avec un enfant (art. 187 CP), le recourant conteste la réalisation de cette infraction, au motif que ses agissements ne revêtiraient pas un caractère sexuel.
2.1 L'art. 187 CP punit de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de seize ans. Cette disposition a pour but de permettre aux enfants un développement sexuel non perturbé. Elle protège le jeune en raison de son âge, de sorte qu'il est sans importance qu'il ait ou non consenti à l'acte. Définissant une infraction de mise en danger abstraite, elle n'exige pas que la victime ait été effectivement mise en danger ou perturbée dans son développement (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2002, p. 719 n. 4 ad art. 187; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8è éd., p. 404; Jenny, Kommentar zum schweizerisches Strafgesetzbuch, Bes. Teil., vol. 4, Berne 1997, p. 24, n. 6 ad art. 187).

Par acte d'ordre sexuel, il faut entendre une activité corporelle sur soi-même ou sur autrui qui tend à l'excitation ou à la jouissance sexuelle de l'un des participants au moins (Corboz, op. cit., p. 719, n. 6 ad art. 187; Rehberg/Schmid/Donatsch, op. cit., p. 406). Selon la jurisprudence, il faut d'abord distinguer les actes n'ayant

aucune apparence sexuelle, qui ne tombent pas sous le coup de la loi, des actes clairement connotés sexuellement du point de vue de l'observateur neutre, qui remplissent toujours la condition objective de l'infraction, indépendamment des mobiles de l'auteur. Dans les cas équivoques, qui n'apparaissent extérieurement ni neutres, ni clairement connotés sexuellement, il convient de tenir compte de l'ensemble des éléments d'espèce, notamment de l'âge de la victime ou de sa différence d'âge avec l'auteur, de la durée de l'acte et de son intensité, ainsi que du lieu choisi par l'auteur (ATF 125 IV 58 consid. 3b p. 63). Il résulte de cette jurisprudence que la notion d'acte d'ordre sexuel doit être interprétée plus largement lorsque la victime est un enfant. Dans ce cas, il faut se demander si l'acte, qui doit revêtir un caractère sexuel indiscutable, est de nature à perturber l'enfant (Corboz, op. cit., n.
7 ad art. 187).
Selon la doctrine, un baiser sur la bouche ou une tape sur les fesses sont des actes insignifiants (Corboz, op. cit. p. 721 n. 10 ad art. 187; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar 2e éd., n. 6 ad art. 187). En revanche, un baiser lingual (Corboz, op. cit., p. 721 n. 11 ad art. 187; Trechsel, op. cit., loc. cit.) ou des baisers insistants sur la bouche (ATF 125 IV 62 consid. 3c) revêtent indiscutablement un caractère sexuel. Il en va de même d'une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits (Trechsel, op. cit. loc. cit.). Lorsque la victime est un enfant, la pratique tend à admettre l'existence d'un acte d'ordre sexuel, même pour des attouchements furtifs par-dessus les habits, qui entraîneraient plutôt, entre adultes, l'application de l'art. 198 al. 2 CP (Corboz, op. cit., p. 720 n. 7 ad art. 187).
2.2 Dans le cas particulier, il ressort des faits constatés par l'autorité cantonale et dont le recourant n'est pas admis à s'écarter que celui-ci a fréquenté A._____ durant la période de septembre 2002 à début janvier 2003. A cette époque A._____ était âgé de 14 ans et le recourant de 53 ans. Habituellement, le recourant invitait le jeune homme chez lui et lui remettait des cadeaux. Il se présentait parfois à l'adolescent avec le bas de son corps dénudé, voire complètement nu, et insistait pour que l'adolescent lui fasse la bise. Lorsque ce dernier s'exécutait, le recourant s'accrochait pour tenter d'atteindre sa bouche et l'embrasser dans la bouche, selon les déclarations de la victime, retenues en instance cantonale. La victime, que ce comportement dérangeait, essayait de le faire lâcher. Contrairement à ce que prétend le recourant, du point de vue d'un observateur extérieur, un tel comportement a objectivement un caractère sexuel. Par conséquent, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en retenant que le comportement du recourant était clairement attentatoire à l'intégrité sexuelle d'un enfant de moins de 16 ans, au moins au degré de la tentative, et le recours ne peut qu'être rejeté sur ce point.
3.
Le recourant conteste en outre sa condamnation pour abus de la détresse au sens de l'art. 193 CP.
3.1 Aux termes de l'art. 193 al. 1 CP, celui qui, profitant de la détresse où se trouve la victime ou d'un lien de dépendance fondé sur des rapports de travail ou d'un lien de dépendance de toute autre nature, aura déterminé celle-ci à commettre ou à subir un acte d'ordre sexuel sera puni de l'emprisonnement. Cette disposition, qui correspond à l'art. 197 aCP protège la libre détermination en matière sexuelle. L'infraction suppose que la victime se trouve dans une situation de détresse ou de dépendance. Il résulte de cette disposition que la victime doit être dans une situation de détresse ou de dépendance par rapport à l'auteur. S'agissant de la détresse, elle n'implique pas, au contraire de la dépendance, de relation spécifique entre l'auteur et la victime, comme un rapport de force ou un lien de confiance. La détresse est un état de la victime que l'auteur constate et dont il se sert. L'infraction peut par exemple être réalisée dans le cas d'une prostituée toxicomane, qui a un urgent besoin d'argent pour se procurer de l'héroïne, de sorte que le client la force à accomplir des actes qu'elle n'accepterait d'ordinaire pas, comme un rapport non protégé (cf. Philipp Maier, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II p. 1033, n. 7 ad art.
193). En revanche, le client ne saurait être condamné sur la base de l'art. 193 CP du seul fait que la personne, compte tenu de sa situation financière, a choisi de s'adonner à la prostitution (cf. Rehberg/Schmid/Donatsch, op. cit., p. 439, Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 6ème éd., § 7 n. 52). La dépendance à l'égard de l'auteur peut résulter d'un rapport de travail, mais aussi de n'importe quel autre lien propre à créer la dépendance. Tel est le cas, par exemple, lorsque la victime dépend de l'auteur pour son approvisionnement en drogue, pour la fourniture de moyens d'existence, etc. (Corboz, op. cit., p. 774 n. 4 ad art. 193).

La question de savoir s'il existe un état de détresse ou un lien de dépendance au sens de l'art. 193 CP et si la capacité de la victime de se déterminer était gravement limitée doit être examinée à la lumière des circon-

stances du cas d'espèce (cf. ATF 131 IV 114 consid. 1). Un tel lien peut également découler de la détresse économique ou morale, du besoin de stupéfiants ou encore de toute autre situation où une personne assume une position de mentor, notamment pour des occupations de temps libre (Corboz, op. cit., n. 13 ad art. 188 CP). La situation de détresse ou de dépendance doit être appréciée selon la représentation que s'en font les intéressés (cf. ATF 99 IV 161 consid. 1).

L'art. 193 CP est réservé aux cas où on discerne un consentement. Il faut que ce consentement apparaisse motivé par la situation de détresse ou de dépendance dans laquelle se trouve sa victime. Il doit exister une certaine entrave au libre arbitre. L'art. 193 CP envisage donc une situation qui se situe entre l'absence de consentement (art. 189 et 190 CP) et le libre consentement qui exclut toute infraction. On vise un consentement altéré par une situation de détresse ou de dépendance dont l'auteur profite. Les limites ne sont pas toujours faciles à tracer. L'infraction doit permettre de réprimer celui qui profite de façon éhontée d'une situation de détresse ou de dépendance, dans un cas où la victime n'aurait manifestement pas consenti sans cette situation particulière (cf. Corboz, op. cit., p. 775, n. 11 ad art. 193 CP).
3.2 En l'espèce, il ressort des faits constatés par l'autorité cantonale, dont le recourant ne saurait s'écarter, que C._____ connaît de grosses difficultés de discernement et de résistance aux interdits. Il est facilement influençable. D._____ a un quotient intellectuel faible. C'est un jeune homme très immature qui souffre de troubles psychiques. Il ne peut faire preuve que de très peu de tolérance à la frustration et se montre très influençable tout en étant incapable de discerner ce qui est bien de ce qui est mal. Le recourant connaissait les difficultés de ces jeunes gens. En particulier, il savait qu'ils étaient placés dans une institution pour personnes handicapées et, comme cela ressort de l'enregistrement de leurs déclarations, leur fragilité psychique était manifeste. Il les a accueillis chez lui et leur a promis ou offert divers objets et quelque argent et sollicitait des câlins de leur part. Tant C._____ que D._____ ont compris qu'ils devaient donner suite à ces demandes s'ils voulaient obtenir les présents dont ils avaient très envie et qui, à leurs yeux, avaient valeur du nécessaire. Sur cette base, la cour cantonale a admis que le recourant avait profité de son statut d'homme mûr et expérimenté, impressionnant aux yeux des deux jeunes gens immatures et, sachant qu'il les ïenaitäprès les avoir asservis en leur promettant ou leur procurant facilement les objets et l'argent dont ils ressentaient le besoin, les a déterminés à se prêter, en échange, à ses propres exigences sexuelles. S'il est exact que le seul souci pour des jeunes gens d'améliorer leur quotidien en cherchant à se procurer de l'argent de poche, un téléphone portable ou une canne de hockey, alors que leurs besoins vitaux sont assurés, ne suffit pas à créer un état de détresse, la situation du cas d'espèce n'est, contrairement à ce que soutient le recourant, pas celle-là. Les victimes ne sont en effet pas des adolescents ordinaires. Agés tous deux de 17 ans au moment des faits, ils connaissaient de grosses difficultés psychiques, de discernement et de résistance, étaient immatures et très influençables. Ils étaient de ce fait tous deux placés dans une institution pour handicapés. Même si objectivement, les jeunes gens n'étaient pas dans le besoin, ils n'avaient que très peu de moyens et ne pouvaient s'offrir certains objets. Le recourant savait qu'ils étaient placés dans une institution, connaissait leurs difficultés aussi bien matérielles que morales et
psychiques et les a attirés chez lui en leur promettant de leur procurer ou en leur procurant facilement de l'argent de poche et des objets qu'ils convoitaient. Du fait de son âge déjà, près de 40 ans de plus qu'eux, le recourant impressionnait les adolescents et exerçait un véritable ascendant sur eux. L'un des jeunes gens s'est d'ailleurs montré perturbé pendant cette relation, comme l'ont constaté ses professeurs et éducateur et tous deux avaient peur après qu'ils aient mis fin aux contacts avec le recourant. Face à ce dernier et à ce qu'il leur offrait et au vu de leur immaturité, de leur difficultés psychiques, ces jeunes gens se sont trouvés, en tout cas de leur point de vue, dans une situation particulière visée à l'art. 193 CP, qui a fait qu'ils ont consenti aux exigences sexuelles du recourant, qu'ils vivaient mal, mais qu'ils savaient être le passage nécessaire pour obtenir l'argent auquel celui-ci avait réussi à les habituer et qui, à leurs yeux, leur était nécessaire.

Contrairement à ce que prétend le recourant, il ne ressort pas des faits retenus que les jeunes gens aient pris l'initiative des contacts sexuels, ni même qu'ils connaissaient le comportement reproché au recourant lorsqu'ils ont fait sa connaissance. Quant au fait que les adolescents ont consenti aux actes incriminés, il n'exclut pas l'application de l'art. 193 CP, dans la mesure où il apparaît que la situation particulière décrite ci-dessus amoindrissait considérablement leur libre détermination et que leur consentement était altéré par celle-ci, ce que le recourant n'ignorait pas puisqu'il avait contribué à créer cette situation qu'il exploitait. Peu importe dans ce

contexte de quelle manière les jeunes gens ont finalement réussi à ne plus rendre visite au recourant, décision au demeurant motivée au moins pour l'un d'entre eux par l'intervention de son éducateur.

Quant aux échanges physiques qu'il avait avec ces jeunes gens, on discerne mal, contrairement à ce que prétend le recourant, au vu de l'ensemble de son comportement dans toute cette affaire, qu'ils puissent être considérés comme d'innocents câlins. Il est en effet établi, s'agissant de C._____, que le recourant s'est montré nu, qu'il y a eu des échanges de baisers dans le cou et que ce dernier a prodigué au jeune homme des caresses dans le dos, sous les vêtements, lorsque ce dernier se trouvait contre lui. S'agissant d'un homme de presque 40 ans de plus que le jeune garçon qu'il attirait dans son appartement et au vu des circonstances décrites ci-dessus, ce comportement a une connotation sexuelle indiscutable de sorte que la condamnation du recourant pour abus de la détresse au sens de l'art. 193 CP ne viole pas le droit fédéral.
4.
Comme le pourvoi apparaissait d'emblée dénué de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire doit être rejetée (art. 152 al. 1 OJ) et le recourant, qui succombe, en supportera les frais (art. 278 al. 1 PPF), dont le montant sera fixé en tenant compte de sa situation financière.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le pourvoi en nullité est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
3.
Un émolument judiciaire de 800 fr. est mis à la charge du recourant.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant, au Procureur général du canton du Valais et à la Cour pénale II du Tribunal cantonal du canton du Valais.
Lausanne, le 9 juin 2006
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: