

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1403/2021

Arrêt du 9 juin 2022

Cour de droit pénal

Composition

Mmes et MM. les Juges fédéraux

Jacquemoud-Rossari, Présidente, Denys, Muschiatti, van de Graaf et Koch.

Greffière : Mme Meriboute.

Participants à la procédure

A. _____,
représenté par Me Arnaud Thiéry, avocat,
recourant,

contre

Ministère public central du canton de Vaud, avenue de Longemalle 1, 1020 Renens VD,
intimé.

Objet

Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance; fixation de la peine; arbitraire, etc.,

recours contre le jugement de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 25 août 2021
(n° 287 PE20.003573-PBR/agc).

Faits :

A.

Par jugement du 29 mars 2021, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a libéré A. _____ des chefs de prévention de contrainte sexuelle et abus de la détresse, a constaté qu'il s'était rendu coupable d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, l'a condamné à une peine privative de liberté de six mois, a ordonné l'interdiction de A. _____ de pratiquer dans le domaine des soins pour une durée de quatre ans, a mis les frais de procédure, par 5'548 fr. 95, y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office, arrêtée à 2'409 fr. 15, à la charge de A. _____, et a dit que dite indemnité ne sera exigible que lorsque sa situation financière le lui permettra.

B.

Par jugement du 25 août 2021, la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois a rejeté l'appel formé par A. _____.
En substance, il en ressort les éléments suivants.

B.a. A. _____ est né le [...] 1976 à U. _____, en V. _____. Arrivé en Suisse en janvier 2013, il a obtenu l'asile en janvier 2016 et est actuellement au bénéfice d'un permis de séjour B. Il est célibataire et vit avec une amie. Il a expliqué avoir eu sept enfants, que les plus âgés vivaient au V. _____, qu'un de ses enfants majeurs vivait en Suisse, et qu'il avait reconnu en 2020 une petite fille de six ou sept ans vivant avec sa mère à Y. _____ et pour qui il déclare verser une centaine de francs par mois. Il travaille comme auxiliaire de santé pour un centre de soins à domicile et perçoit un salaire horaire de 22 fr. 90 avec un taux d'activité minimum garanti de 30 %.

B.b. L'extrait du casier judiciaire suisse de A. _____ ne comportait aucune inscription. Une procédure était toutefois pendante auprès du Tribunal fédéral relative à des faits survenus entre la fin de l'année 2016 et avril 2017 et pour lesquels A. _____ avait été condamné pour représentation de

la violence, contrainte sexuelle et pornographie à une peine privative de liberté de 24 mois, dont six à titre ferme et 18 avec sursis pendant quatre ans (cf. jugement du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne du 24 février 2020, confirmé par la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois le 17 novembre 2020).

B.c. A W. _____, au chemin X. _____, le 7 septembre 2018, dans le cadre de soins à domicile dispensés à feu B. _____, à son domicile, A. _____, auxiliaire de santé, a palpé les seins de cette dernière à même la peau et après avoir enlevé ses gants de protection, de manière insistante et sans nécessité, alors qu'il devait lui appliquer ou qu'il appliquait de la crème hydratante.

B.d. Feu B. _____ s'est plainte de ce comportement à C. _____, auxiliaire de santé venue la doucher le 10 septembre 2018, qui a transmis l'information à l'infirmière référente de cette patiente, D. _____. Celle-ci a rencontré B. _____ le 12 septembre 2018. La patiente lui a confirmé qu'après s'être présentée en donnant son prénom, A. _____ lui avait dit qu'elle était une très belle femme, lui avait fait prendre sa douche, puis, qu'au moment d'appliquer la crème hydratante, il avait retiré ses gants alors qu'il fallait les garder (la patiente étant sous chimiothérapie) et lui avait palpé avec insistance la poitrine, de manière volontaire. La patiente a ensuite indiqué que le but du prénommé était « de lui donner du plaisir et que ce n'était vraiment pas un geste involontaire de sa part ». Le mari de la patiente, qui était absent lors du soin, mais présent lors de la rencontre du 12 septembre 2018, a confirmé qu'il avait trouvé son épouse « totalement perturbée » à son retour à la maison.

B.e. La Direction générale de la santé a dénoncé les faits le 13 juin 2019.

C.

A. _____ forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral contre le jugement du 25 août 2021. Il conclut avec suite de frais et dépens, principalement, à la réforme du jugement en ce sens qu'il est libéré de toute infraction, de toute peine et de toute mesure. Les frais de première instance et d'appel, y compris les indemnités allouées au conseil d'office sont intégralement laissés à la charge de l'État.

Subsidiairement, il conclut à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle instruction et nouvelle décision, dans le sens des considérants.

En outre, il sollicite l'assistance judiciaire et la désignation de Me Arnaud Thiéry en qualité de conseil d'office.

Considérant en droit :

1.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir violé les art. 6 CEDH, 9, 29 al. 2 Cst., 107, 139 al. 2, 343 al. 3 et 389 CPP en rejetant ses réquisitions de preuve.

1.1. Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment celui de produire ou de faire administrer des preuves, à condition qu'elles soient pertinentes et de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1; 143 V 71 consid. 4.1; 142 II 218 consid. 2.3; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références citées). Le droit d'être entendu n'empêche pas le juge de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de se forger une conviction et que, procédant de manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, il a la certitude qu'elles ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion. Le refus d'instruire ne viole ainsi le droit d'être entendu des parties que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a procédé, est entachée d'arbitraire (ATF 144 II 427 consid. 3.1.3; 141 I 60 consid. 3.3; 136 I 229 consid. 5.3).

1.2. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. L'art. 389 al. 3 CPP règle les preuves complémentaires. Ainsi, la juridiction de recours administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours. Le droit d'être entendu, consacré par l'art. 107 CPP, garantit aux parties le droit de déposer des propositions relatives aux moyens de preuves (al. 1 let. e). Conformément à l'art. 139 al. 2 CPP, il n'y a pas lieu d'administrer des preuves sur des faits non pertinents, notoires, connus de l'autorité ou déjà suffisamment prouvés. Cette disposition codifie, pour la procédure pénale, la règle jurisprudentielle déduite de l'art. 29 al. 2 Cst. en matière d'appréciation anticipée des preuves (arrêts 6B 979/2021 du 11 avril 2022 consid. 3.1; 6B 322/2021 du 2 mars 2022 consid. 2.1; 6B 732/2021 du 24 février 2022 consid. 1.1).

1.3. Le Tribunal fédéral n'est pas une autorité d'appel, auprès de laquelle les faits pourraient être rediscutés librement. Il est lié par les constatations de fait de la décision entreprise (art. 105 al. 1 LTF), à moins qu'elles n'aient été établies en violation du droit ou de manière manifestement inexacte au sens des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, à savoir, pour l'essentiel, de façon arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. Une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable; il faut qu'elle soit manifestement insoutenable et cela non seulement dans sa motivation mais aussi dans son résultat (ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1; 145 IV 154 consid. 1.1; 143 IV 500 consid. 1.1; sur la notion d'arbitraire v. ATF 143 IV 241 consid. 2.3.1). Le Tribunal fédéral n'entre en matière sur les moyens fondés sur la violation de droits fondamentaux, dont l'interdiction de l'arbitraire, que s'ils ont été invoqués et motivés de manière précise (art. 106 al. 2 LTF; ATF 143 IV 500 consid. 1.1). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 146 IV 88 consid. 1.3.1; 145 IV 154 consid. 1.1). Lorsque l'appréciation des preuves et la constatation des faits sont critiquées en référence à la présomption d'innocence (art. 6 par. 2 CEDH, 32 al. 1 Cst. et 10 CPP), le principe in dubio pro reo n'a pas de portée plus large que l'interdiction de l'arbitraire (ATF 145 IV 154 consid. 1.1; 143 IV 500 consid. 1.1).

1.4. Concernant la requête tendant à la production par le médecin de feu B._____ d'une attestation concernant la capacité de discernement de sa patiente, la cour cantonale a retenu qu'aucun élément au dossier ne permettait de mettre en doute la présomption de la capacité de discernement (art. 16 CC) de cette dernière. La pleine capacité de discernement de B._____ avait été confirmée par l'association E._____ qui avait indiqué qu'elle souffrait d'une pathologie oncologique et de troubles musculo-squelettiques. Le mari de la défunte, professeur de neuropsychologie, avait également confirmé la capacité de discernement de son épouse. Cette dernière avait également semblé « cohérente » à D._____, son infirmière référente. Le terme employé par B._____ quand elle s'en était ouverte à son mari (« peloter »), révélait également un choix de mot, désuet, mais concis, qui attestait d'une précision de la pensée. En outre, la capacité de discernement est relative, et l'appréciation d'un acte à caractère sexuel relève du bas seuil, comparée à d'autres opérations plus complexes de la vie courante: si B._____ était en mesure d'accomplir les actes quotidiens, on devait d'autant plus en présumer qu'elle avait la capacité de comprendre la portée sexuelle d'un geste déplacé, même si elle pouvait être parfois fatiguée en raison de la chimiothérapie; qu'elle n'ait plus été capable de gérer elle-même sa médication n'y change rien. Pour la cour cantonale, cette lucidité d'esprit ressortait encore de l'audition de l'époux de la victime, qui expliquait que cette dernière s'était questionnée sur les conséquences qu'une plainte pourrait entraîner pour le recourant mais qu'elle avait décidé de dénoncer son comportement, afin de l'empêcher de recommencer auprès d'autres patientes. De plus, la cour cantonale a relevé qu'elle ne voyait pas sur quelle base un médecin pourrait se prononcer aujourd'hui sur la capacité de discernement suffisante de la défunte pour apprécier la portée sexuelle d'un geste. Pour toutes ces raisons, la cour cantonale a estimé qu'il convenait de rejeter cette réquisition de preuve.

1.5. En substance, le recourant prétend que la requête tendant à la production par le médecin de feu B._____ d'une attestation concernant la capacité de discernement de sa patiente aurait été nécessaire pour déterminer si celle-ci possédait ou non cette capacité au moment des faits litigieux. Il fait valoir, de manière générale, que la capacité de discernement pouvait en principe être présumée sur la base de l'expérience de la vie. Mais que cette présomption n'existait toutefois que s'il n'y avait pas de raison générale de mettre en doute la capacité de discernement de la personne concernée, ce qui était uniquement le cas des adultes qui n'étaient pas atteints de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit, sans quoi la présomption était inversée. En sous-entendant l'existence d'un tel doute, le recourant se limite à remettre en cause l'appréciation de la cour cantonale s'agissant de la capacité de discernement de la victime. On ne voit pas en quoi le fait que la victime ait utilisé le verbe " peloter " devant son mari, puis " palper " la poitrine devant l'infirmière serait contradictoire ou propre à mettre en doute ses propos. En effet, les deux verbes désignent précisément la même action et il n'est pas étonnant qu'un mot plus familier puisse avoir été utilisé devant un proche, alors qu'une expression plus technique a été privilégiée face à une professionnelle de la santé. Le choix du vocabulaire atteste bien d'une précision de la pensée de la défunte. Le recourant soutient que la cour cantonale aurait omis arbitrairement des éléments mettant en doute la capacité de discernement de la victime ce qui aurait rendu sa réquisition de preuve d'autant plus nécessaire. A cet égard, il souligne que D._____ aurait déclaré qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur la capacité de discernement de B._____ et que cette dernière n'était pas indépendante s'agissant de sa médication. Ces éléments ne sont pas en mesure de jeter un doute sur la capacité de discernement de la victime. En effet, D._____ a expliqué que la patiente lui semblait " cohérente " et le fait que l'époux de celle-ci s'occupait de sa

médication n'était pas déterminant. Le recourant soutient également que le témoignage de l'infirmière qui était passée au domicile de la patiente le 7 septembre 2018, un peu avant le recourant aurait été arbitrairement omis en ce qu'elle avait noté chez la patiente " un ralentissement de la pensée avec la fatigue ". Or, la cour cantonale a bien retenu que la patiente pouvait être fatiguée en raison de la chimiothérapie, mais que cela n'affectait en rien sa lucidité d'esprit. Notons encore que le recourant se garde bien de citer la phrase complète de l'infirmière qui fait mention spécifiquement de l'absence d'incohérence de la patiente: " RAI réalisé avec Mme, qui répond sans incohérence, mais je remarque un ralentissement de la pensée avec la fatigue " (pièce 28, p. 2; 105 al. 2 LTF). En somme, la cour cantonale se fondant sur plusieurs éléments émanant de sources distinctes, a exclu sans que le recourant n'en démontre l'arbitraire que la victime puisse avoir été incapable de discernement au moment des faits litigieux. La cour cantonale était fondée à mettre en doute la pertinence de la réquisition de preuve au motif qu'il aurait été difficile pour un médecin de se déterminer rétrospectivement sur la capacité de discernement de la victime au moment des faits et ce, quand bien même, il existerait un dossier médical de la patiente. De plus, contrairement à ce que prétend le recourant, il n'était pas nécessaire que la capacité de discernement de la victime soit déterminée par un médecin professionnel sans lien affectif avec la patiente. A cet égard, on ne voit pas en quoi l'association E._____, qui a également confirmé la pleine capacité de discernement de B._____, serait liée par un tel lien. Partant, le recourant ne démontre pas en quoi l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve serait arbitraire.

1.6. La cour cantonale a rejeté la réquisition de preuve tendant à la production en mains de l'association E._____ du planning des passages réalisés entre le 1er et le 31 août 2018 au domicile de B._____. Selon la cour cantonale, même à supposer qu'il n'y avait pas eu d'autre homme, et encore moins d'autres hommes de couleur, au domicile de la patiente durant les semaines qui ont précédé les faits, cela ne changeait strictement rien à l'appréciation des éléments figurant au dossier.

Le recourant soutient que ce rejet serait arbitraire. Selon lui, au regard de la fatigue de la patiente, celle-ci aurait pu être " déstabilisée " par la présence d'un homme de couleur, s'il était prouvé qu'elle avait été soignée uniquement par des femmes les semaines précédentes. L'explication du recourant relève d'une pure hypothèse sans fondement. Il n'avance pas le moindre élément susceptible de faire penser qu'une telle configuration aurait été en mesure de déstabiliser B._____. Il n'explique encore moins pourquoi il considère qu'une telle " déstabilisation " aurait pu conduire la patiente à préférer de telles accusations. En tout état, le moyen de preuve sollicité n'était pas apte à prouver une prétendue déstabilisation de la victime. Insuffisamment motivées les critiques du recourant sont irrecevables.

1.7. La cour cantonale a estimé que l'audition de C._____, trois ans après les faits, n'était pas utile. Si cette dernière avait relayé les plaintes qu'elle avait reçues de B._____, le 10 septembre 2018, c'était précisément parce qu'elle les avait tenues pour crédibles. La cour cantonale a en outre souligné que les accusations de la victime à l'égard du recourant étaient cohérentes. La victime n'avait jamais eu à souffrir de ce dernier auparavant et elle n'avait pas de raison d'éprouver du ressentiment. Son discours était précis et cohérent, et il n'y avait aucune raison de douter de la véracité de ses propos.

Le recourant soutient, en substance, que l'appréciation de la cour cantonale aurait été entachée d'arbitraire. Il se contente de réaffirmer que cette audition aurait été nécessaire pour vérifier la crédibilité des accusations de la défunte et qu'en refusant d'entendre la personne ayant recueilli la plainte initiale, la cour cantonale ne se serait pas conformée à son obligation de mettre en oeuvre les mesures d'instruction aptes à analyser en détail les témoignages indirects. Or, la cour cantonale qui disposait d'autres témoignages faisant état des mêmes plaintes, a retenu que les propos rapportés de la victime étaient crédibles. Il ne fait pas de doute que les plaintes recueillies par l'auxiliaire de santé venue doucher B._____, le 10 septembre 2018, étaient crédibles puisque la professionnelle avait fait remonter l'information à l'infirmière de référence qui avait pu entendre la patiente, le 12 septembre 2018, sur les faits dénoncés. Partant, l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve n'était pas arbitraire. Le grief du recourant est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Invoquant les art. 6 par. 3 let. d CEDH, 29 al. 2 et 32 al. 2 Cst., le recourant se plaint d'une violation du procès équitable du fait qu'il a été condamné sans que feu B._____ ne soit entendue en contradictoire et sans que des garanties supplémentaires rétablissant l'équilibre du procès ne lui soit octroyées.

2.1. Selon l'art. 6 par. 3 let. d CEDH, tout accusé a le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. Cette disposition exclut qu'un jugement pénal soit fondé sur les déclarations de témoins sans qu'une occasion appropriée et suffisante soit au moins une fois offerte au prévenu de mettre ces témoignages en doute et d'interroger les témoins, à quelque stade de la procédure que ce soit (ATF 140 IV 172 consid. 1.3; 133 I 33 consid. 3.1; 131 I 476 consid. 2.2; arrêts 6B 1028/2020 du 1er avril 2021 consid. 1.2.1; 6B 238/2020 du 14 décembre 2020 consid. 3.1; 6B 383/2019 du 8 novembre 2019 consid. 8.1.2 non publié aux ATF 145 IV 470). Il s'agit de l'un des aspects du droit à un procès équitable institué à l'art. 6 par. 1 CEDH. En tant qu'elle concrétise le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), cette exigence est également garantie par l'art. 32 al. 2 Cst. (ATF 144 II 427 consid. 3.1.2; 131 I 476 consid. 2.2).

2.2. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne peut être renoncé à une confrontation de l'accusé avec le témoin à charge ou à un interrogatoire complémentaire que dans des circonstances particulières. La CourEDH a admis que la déposition recueillie en cours d'enquête puisse être prise en considération sans audition contradictoire lorsque le témoin était décédé (arrêt de la CourEDH Ferrantelli c. Italie du 7 août 1996, Recueil CourEDH 1996-III p. 937), qu'il restait introuvable malgré des recherches (arrêt de la CourEDH Artner c. Autriche du 28 août 1992, Série A vol. 242 A, également in EuGRZ 1992 p. 476; arrêt de la CourEDH Doorson c. Pays-Bas du 26 mars 1996, requête n° 20524/92, Recueil CourEDH 1996-II p. 446) ou encore qu'il invoquait à juste titre son droit de refuser de déposer (arrêt de la CourEDH Asch c. Autriche du 26 avril 1991, requête n° 12398/86, Série A vol. 203, également in EuGRZ 1992 p. 474; arrêt de la CourEDH Unterpertinger c. Autriche du 24 novembre 1986, requête n° 9120/80, Série A vol. 110). Dans ces cas, il était toutefois nécessaire que la déposition soit soumise à un examen attentif, que le prévenu puisse prendre position à son sujet et que le verdict de culpabilité ne soit pas fondé sur cette seule preuve (ATF 131 I 476 consid. 2.2 avec de nombreuses références aux arrêts de la CourEDH). Les autorités ne devraient pas non plus être elles-mêmes responsables du fait que l'accusé n'ait pas pu exercer ses droits (en temps utile) (ATF 131 I 476 consid. 2.3.4; cf. aussi arrêts 6B 249/2021 du 13 septembre 2021 consid. 2.1; 6B 1028/2020 précité consid. 1.2.1; 6B 1314/2015 du 10 octobre 2016 consid. 2.1 et arrêt cité).

Dans l'arrêt rendu dans l'affaire Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni, la CourEDH a relativisé sa jurisprudence antérieure dans la mesure où elle a admis que, dans certaines circonstances, même un témoignage contesté d'importance décisive (" preuve unique ou déterminante ") pouvait être pris en considération sans audition contradictoire s'il existait des éléments suffisamment compensateurs pour garantir le droit de l'accusé à un procès équitable et la fiabilité des preuves (arrêt de la CourEDH Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni du 15 décembre 2011 [requêtes n°s 26766/05 et 22228/06], § 147).

Dans l'affaire Schatschaschwili c. Allemagne, la CourEDH a transposé ces mêmes principes en les précisant. En bref, elle a jugé que l'utilisation de telles dépositions n'est admissible au regard de la Convention que moyennant des garanties supplémentaires rétablissant l'équilibre du procès. La question doit être examinée dans une appréciation globale de l'équité de la procédure, prenant en compte non seulement les droits de la défense mais aussi les intérêts du public et des victimes à ce que l'auteur de l'infraction soit poursuivi. Si l'art. 6 par. 3 let. d CEDH exige, en principe, que tous les éléments à charge soient produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire, cette norme n'exclut pas, à elle seule, l'utilisation de dépositions recueillies au cours de l'enquête ou de l'instruction. Les droits de la défense commandent toutefois de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages et d'interroger leur auteur. En soi, l'admission à titre de preuve d'une déposition faite avant procès par un témoin absent à celui-ci et constituant l'élément à charge unique ou déterminant n'emporte pas automatiquement violation de l'art. 6 par. 1 CEDH mais, eu égard au risque inhérent à de telles dépositions, l'admission d'une preuve de ce type est un facteur très important à prendre en compte dans l'appréciation globale de l'équité de la procédure. Il convient donc d'adopter une démarche en trois étapes. La première consiste à rechercher s'il existait un motif sérieux justifiant la non-comparution. On doit ensuite se demander si cette déposition a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation. Enfin, il faut examiner s'il existait des éléments compensateurs, notamment des garanties procédurales solides, suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense et assurer, de cette manière, l'équité de la procédure dans son ensemble (arrêt CEDH Schatschaschwili c. Allemagne du 15 décembre 2015 [requête n° 9154/10] § 100 ss; cf. arrêts 6B 659/2014 du 22 décembre 2017 consid. 9.2; 6B 947/2015 du 29 juin 2017 consid. 5.5.1; 6B 1314/2015 du 10 octobre 2016 consid. 2.1; 6B 862/2015 du 7 novembre 2016 consid. 4.3.2 ss).

2.3. La CourEDH considère comme éléments susceptibles de rétablir l'équilibre du procès en permettant une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de pareilles preuves, notamment, le fait que les juridictions internes se sont penchées avec prudence sur les déclarations non vérifiées d'un témoin absent, qu'elles aient montré avoir été conscientes de la valeur réduite de ces déclarations, soit qu'elles aient exposé en détail pourquoi elles considéraient que ces déclarations étaient fiables, tout en tenant compte des autres éléments de preuve disponibles. Cas échéant il faut se demander si des instructions ont été données au jury, soit aux membres non professionnels de la cour, quant à la façon d'aborder la déposition d'un témoin absent. Une autre compensation peut résider dans la diffusion en audience d'un enregistrement vidéo de l'interrogatoire au stade de l'enquête. La production au procès d'éléments de preuve venant corroborer la déposition non vérifiée constitue une autre garantie de grand poids, à l'instar de déclarations faites au procès par des personnes auxquelles le témoin absent a rapporté les événements immédiatement après leur survenue, la collecte d'autres preuves, notamment médico-légales ou des expertises relatives aux blessures ou à la crédibilité de la victime. La CourEDH considère aussi comme des facteurs importants la déposition d'un autre témoin rapportant, avec de grandes similitudes, une infraction similaire, pour autant qu'il n'y ait pas collusion et de surcroît si ce témoin a pu être entendu en audience et faire l'objet d'un contre-interrogatoire. De même, la possibilité de poser des questions par écrit au témoin absent et le fait d'avoir donné à l'accusé ou à son avocat la possibilité d'interroger le témoin au stade de l'enquête peuvent compenser le déséquilibre procédural. La défense doit se voir en outre offrir la possibilité de donner sa propre version des faits et de mettre en doute la crédibilité du témoin absent en soulignant toute incohérence ou contradiction avec les déclarations d'autres témoins. Le fait que la défense connaît l'identité du témoin constitue un élément supplémentaire susceptible d'améliorer la situation de la défense en la mettant en mesure d'identifier et d'analyser les motifs que le témoin peut avoir de mentir, et donc de contester la crédibilité de manière effective, même en son absence (arrêt CEDH Schatschaschwili c. Allemagne, précité, § 125 ss; arrêt 6B 862/2015 précité consid. 4.3.3).

2.4. On parle de témoin par ouï-dire (" vom Hörensagen "; témoignage indirect) lorsqu'un témoin fait part de ce qu'un tiers lui a relaté de ce qu'il avait lui-même constaté. En l'absence d'une norme prohibant expressément une telle démarche, le principe de la libre appréciation des preuves (art. 10 al. 2 CPP) permet au juge de se fonder sur les déclarations d'un témoin rapportant les déclarations d'une autre personne. La seule prise en considération, au stade du jugement, de telles déclarations n'est pas en soi arbitraire (arrêts 6B 324/2017 du 8 mars 2018 consid. 1.2.2; 6B 862/2015 précité consid. 4.2; 6B 834/2013 du 14 juillet 2014 consid. 1.5). Le témoin par ouï-dire n'est toutefois témoin direct que de la communication que lui a faite le tiers; il n'est témoin qu'indirect des faits décrits, dont il ne peut rapporter que ce qui lui en a été dit mais non si cela était vrai (arrêts 6B 862/2015 précité consid. 4.2; 6B 905/2010 du 16 juin 2011 consid. 2.3.2). La jurisprudence en a conclu qu'un tel témoin, faute d'avoir pu constater par lui-même un élément constitutif de l'infraction, ne constitue pas à proprement parler un " témoin à charge " (arrêts 6B 862/2015 précité consid. 4.2; 6B 342/2015 du 15 octobre 2015 consid. 6.3).

2.5. La cour cantonale a retenu qu'en raison du décès de B._____, le 9 novembre 2018, il n'était plus possible de procéder à une audition en contradictoire et qu'il s'agissait précisément d'une situation exceptionnelle envisagée par la jurisprudence qui admet que le juge peut prendre en considération la déposition faite au cours de l'enquête.

2.6. Le recourant soutient que le fait de n'avoir pas pu interroger B._____ constituait déjà a priori une violation de l'art. 6 par. 3 let. d CEDH. Or, la victime étant décédée, il s'agissait d'une circonstance particulière mentionnée par la jurisprudence de la CourEDH dans laquelle il pouvait être renoncé au droit à la confrontation. De plus, les autorités n'étaient nullement responsables du fait que le recourant n'ait pu exercer ses droits.

2.7. Le recourant affirme, en substance, que quand bien même la jurisprudence de la CourEDH et du Tribunal fédéral aurait permis de déroger à ce principe théoriquement absolu, la cour cantonale aurait méconnu la jurisprudence. Selon lui, la cour cantonale n'aurait pas tenu compte du fait que le témoignage de la victime n'avait jamais été recueilli par les autorités dans le cadre de l'instruction et que ce témoignage aurait constitué l'unique preuve à charge.

En l'espèce, la configuration de la présente cause a une particularité supplémentaire par rapport aux cas examinés ci-dessus par la CourEDH. Au moment des faits, les seules personnes présentes étaient le recourant et B._____. Cette dernière, en raison de son décès le 9 novembre 2018, n'a jamais pu être entendue par les autorités de poursuites pénales, pas même par la police. Ce n'est que le 13 juin 2019 que les faits ont été dénoncés par la Direction générale de la santé à la justice

pénale. Ainsi, les déclarations du seul témoin direct à charge n'ont jamais pu être recueillies dans le cadre d'une procédure officielle. Dans une telle situation, l'utilisation au stade du jugement, comme unique preuve de l'infraction, de déclarations à charge, recueillie au travers de témoignages indirects, suppose que les garanties accrues exigées par la jurisprudence européenne précitée soient particulièrement solides, faute de quoi la personne accusée sur une telle base se trouverait encore nettement défavorisée par rapport à celle accusée sur la base d'auditions dûment verbalisées en cours d'enquête (cf. arrêt 6B 862/2015 précité consid. 4.3.2).

Il ressort du jugement cantonal que l'auxiliaire de santé, C. _____, venue doucher B. _____, le 10 septembre 2018, avait relayé les plaintes de celle-ci concernant le comportement du recourant à l'infirmière référente, D. _____, parce qu'elle les avait tenues pour crédibles. D. _____ avait spécialement rencontré la patiente à ce sujet, le 12 septembre 2018, entretien duquel elle avait pris des notes (jugement entrepris, p. 16). Lors de cet entretien, la patiente lui avait confirmé qu'après s'être présenté en donnant son prénom, le recourant lui avait dit qu'elle était une très belle femme, lui avait fait prendre sa douche, puis qu'au moment d'appliquer la crème hydratante, il avait retiré ses gants alors qu'il fallait les garder et lui avait palpé avec insistance la poitrine, de manière volontaire. La patiente avait ensuite indiqué à l'infirmière que le but du recourant était " de lui donner du plaisir et que ce n'était vraiment pas un geste involontaire de sa part ". Il figurait au dossier une retranscription des notes de D. _____ enregistrée le 14 septembre 2018 dans le dossier informatique de la patiente de l'association E. _____ (pièce 14; art. 105 al. 2 LTF). La cour cantonale a estimé que le fait que l'infirmière

s'était référée à ses notes devant le ministère public ne réduisait aucunement la force probante de sa déclaration. A cet égard, il sied de souligner que l'existence de telles notes est un élément précieux qui a permis aux autorités pénales de connaître en détail les accusations proférées par B. _____, le contexte des événements et les expressions utilisées par celle-ci. En effet, il ressort des notes plusieurs expressions placées entre guillemets de sorte que les propos de la victime ont pu être restitués avec une grande précision (pièce 14; art. 105 al. 2 LTF). On comprend que la cour cantonale a estimé que la retranscription des propos était fidèle puisqu'elle se réfère à plusieurs reprises à ces expressions. Certes, les déclarations de la victime n'ont pas été verbalisées en cours d'enquête, mais la cour cantonale disposait néanmoins d'une retranscription des propos enregistrée dans le dossier informatique de la patiente, quelques jours seulement après les faits par l'infirmière référente qui l'avait spécialement entendue à ce sujet. En outre, la victime avait rapporté les événements à son mari juste après leur survenance, de même qu'elle s'était entretenue avec l'infirmière référente peu de temps après les faits. Ainsi, les faits ont été rapportés à deux témoins distincts " immédiatement " après les faits (cf. supra consid. 2.3) et une retranscription écrite des plaintes de la victime figurait au dossier. On comprend également du jugement attaqué que les déclarations des deux témoins indirects étaient concordantes et crédibles. Les deux témoignages décrivent les mêmes faits, font mention d'expressions précises utilisées par la défunte, du contexte entourant les faits et de l'état dans lequel se trouvait la victime. Les prétendues contradictions entre les deux témoignages invoquées par le recourant sont sans fondement (cf. consid. 3.1). Le recourant n'invoque d'ailleurs aucun élément pertinent pouvant mettre en doute la valeur probante de ces témoignages par ouï-dire.

La cour cantonale a examiné en détail la crédibilité de la victime et sa capacité de discernement. Elle a retenu que cette dernière n'avait pas de raison d'éprouver du ressentiment envers le recourant dont elle n'avait jamais eu à souffrir auparavant. La cour cantonale a retenu que la lucidité d'esprit de la victime ressortait également de l'audition de son époux, qui avait expliqué que cette dernière s'était questionnée sur les conséquences qu'une plainte pouvait entraîner pour le recourant, mais qu'elle avait finalement décidé de dénoncer son comportement, afin de l'empêcher de recommencer auprès d'autres patientes. La cour cantonale a retenu qu'il n'y avait aucune raison de douter de la véracité des plaintes. Son discours - tel que rapporté par son époux et l'infirmière référente - était précis et cohérent. Il ressort dès lors que la cour cantonale a examiné avec une attention particulière les propos reconstitués de la victime. De surcroît, le défenseur du recourant a été en mesure d'interroger les deux témoins indirects, D. _____ et F. _____, lors de leur audition, par-devant le ministère public (cf. PV d'audition du 3 décembre 2019, p. 1, PV d'audition du 13 janvier 2020, p. 1; art. 105 al. 2 LTF). Le recourant a été en

mesure de donner sa propre version des faits et de mettre en doute les déclarations rapportées de feu B. _____.

Au vu de ce qui précède, il faut admettre que la procédure suivie par les autorités cantonales, appréciée globalement, offrait des compensations suffisantes pour rétablir l'équilibre d'un procès équitable. Le grief du recourant est rejeté dans la mesure où il est recevable.

3.

Le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir établi les faits de manière arbitraire.

3.1. Le recourant soutient que la cour cantonale aurait arbitrairement omis certains éléments du témoignage de D. _____ et omis de mentionner les divergences avec le témoignage de l'époux de la défunte, F. _____.

Il prétend que la cour cantonale aurait omis de retenir que D. _____ aurait déclaré que " la présence d'un tiers lors de la douche avait un aspect sécuritaire ", mais qu'il lui semblait " qu'elle pouvait faire soi-même sa toilette partielle ". Le recourant ne démontre toutefois pas en quoi - pour autant que ces éléments soient avérés - la décision serait arbitraire dans son résultat. En effet, ces éléments confirment le manque d'autonomie de la patiente et sa vulnérabilité physique. En outre, contrairement à ce qu'affirme le recourant, ces déclarations ne sont pas en contradiction avec les dires du mari qui aurait affirmé que son épouse n'était pas capable de prendre sa douche seule. Nécessiter de la présence d'un tiers pour se doucher en sécurité et ne pouvoir faire sa toilette que partiellement revient à être incapable de prendre sa douche seule.

S'agissant de la capacité de discernement de B. _____, comme vu précédemment (cf. consid. 1.5), contrairement à ce que soutient le recourant, la cour cantonale a bien retenu qu'elle n'était pas capable de gérer elle-même sa médication. De plus, le fait que D. _____ aurait dit qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur la capacité de discernement de la victime n'était pas non plus un élément propre à jeter un doute sur cette capacité, d'autant plus qu'elle avait dit que la victime lui avait semblé " cohérente ".

Le recourant affirme que la cour cantonale aurait omis de retenir que D. _____ avait déclaré que la victime lui avait confié que le recourant avait tenu des propos " déplacés " à son encontre. Or, la cour cantonale a précisément retenu dans l'état de fait que B. _____ avait dit à D. _____ que le recourant, après s'être présenté en donnant uniquement son prénom, lui avait dit qu'elle était une très belle femme, avant de lui donner sa douche. Dès lors, la cour cantonale a bien retenu que la victime s'était confiée sur les propos " déplacés " de la part de l'auxiliaire de santé. Le recourant invoque une incohérence avec le témoignage du mari qui n'aurait pas mentionné de tels propos " déplacés ". Or, il ne s'agit certainement pas d'une incohérence, mais tout au plus de versions plus ou moins détaillées sur des éléments connexes à l'agression dénoncée.

C'est également à tort que le recourant invoque une autre divergence entre les deux témoignages, dès lors que l'époux n'aurait pas mentionné quelle partie du corps de son épouse avait été " pelotée " par le recourant. A la lecture de l'audition de l'époux, il ne fait pas de doute qu'il parle de la poitrine, de la même manière que l'infirmière. En effet, il a répondu " Je me rappelle qu'elle a utilisé le terme de « peloter » et à « mains nues » ". Cette réponse intervient alors même qu'il venait d'être questionné au sujet des circonstances dans lesquelles son épouse lui avait parlé des événements " au cours desquels elle aurait subi une palpation des seins sans nécessité " (PV d'audition du 13 janvier 2020, p. 2; art. 105 al. 2 LTF).

Partant, le grief du recourant est rejeté dans la mesure où il est recevable.

3.2. Le recourant soutient que la cour cantonale aurait arbitrairement fait fi de l'entièreté de ses déclarations.

3.2.1. L'obligation de motiver, telle qu'elle découle du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.; cf. aussi art. 3 al. 2 let. c et 107 CPP), est respectée lorsque le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision (ATF 146 II 335 consid. 5.1), de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 143 IV 40 consid. 3.4.3; 141 IV 249 consid. 1.3.1; 139 IV 179 consid. 2.2). Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents (ATF 142 II 154 consid. 4.2; 139 IV 179 consid. 2.2). La motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; arrêts 6B 31/2021 du 7 avril 2022 consid. 2.1.1; 6B 62/2022 du 21 février 2022 consid. 2.1).

3.2.2. La cour cantonale n'a pas retenu les déclarations du recourant. On comprend qu'elle a considéré que les dénégations du recourant n'étaient pas pertinentes et ne permettaient pas de contredire les autres éléments de preuve sur lesquels elle s'était fondée. En particulier, le recourant soutient que la cour cantonale aurait dû retenir sa version, selon laquelle il aurait gardé ses gants lors du soin. Il affirme que la patiente aurait pris sa douche seule et qu'elle aurait appliqué elle-même la crème sur le corps. Dans la mesure où il s'écarte des faits retenus par la cour cantonale sans démontrer que ceux-ci auraient été établis de manière arbitraire, son exposé est appellatoire, partant irrecevable.

3.3. Le recourant affirme que le descriptif des soins qui devaient être apportés à B. _____ aurait

été arbitrairement omis par la cour cantonale. Il prétend que cette pièce aurait confirmé que la victime était autonome pour prendre sa douche. Or, il ressort du descriptif des soins qu'il fallait assurer la sécurité de la patiente, l'aider à enlever la protection, qu'elle pouvait se laver, mais avait besoin d'aide pour le dos, les jambes et les pieds (pièce 28, p. 3; art. 105 al. 2 LTF). Ainsi, il n'en ressortait pas que la patiente était autonome. Contrairement aux affirmations du recourant, il ne ressortait pas de cette pièce que la patiente portait son SECUTEL au moment des faits. Selon le descriptif des soins, la patiente enlevait son SECUTEL durant la douche et il fallait vérifier qu'elle le remette, après lui avoir appliqué la crème et l'avoir aidée à s'habiller (pièce 28, p. 3; art. 105 al. 2 LTF). Ainsi, conformément à ce descriptif, la patiente ne portait pas l'appareil au moment d'appliquer la crème. En tout état, même dans l'hypothèse où elle aurait été en possession d'un SECUTEL cet élément n'était pas propre à modifier la décision (cf. infra consid. 4.4). Dès lors, le recourant échoue à démontrer en quoi la cour cantonale aurait arbitrairement omis le descriptif des soins. Le grief du recourant est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

4.

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 191 CP.

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). Son but est de protéger les personnes qui ne sont pas en état d'exprimer ou de manifester physiquement leur opposition à l'acte sexuel. 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 (arrêts 6B 408/2021 du 11 avril 2022 consid. 3.1; 6B 322/2021 du 2 mars 2022 consid. 3.3; 6B 215/2021 du 17 janvier 2022 consid. 4.1; 6B 123/2020 du 26 novembre 2020 consid. 7.1).

4.2. L'art. 191 CP vise une incapacité de discernement ou de résistance totale, qui peut se concrétiser par l'impossibilité pour la victime de se déterminer en raison d'une incapacité psychique, durable (p. ex. maladie mentale) ou passagère (p. ex. perte de connaissance, alcoolisation importante, etc.), ou encore par une incapacité de résistance parce qu'entravée dans l'exercice de ses sens, elle n'est pas en mesure de percevoir l'acte qui lui est imposé avant qu'il soit accompli et, partant, de porter un jugement sur celui-ci et, cas échéant, le refuser (cf. ATF 133 IV 49 consid. 7.2 ss; arrêts précités 6B 408/2021 consid. 3.1; 6B 322/2021 consid. 3.3; 6B 215/2021 consid. 4.1). Même passagère, l'incapacité de discernement ou de résistance doit être totale. S'il subsiste une résistance partielle qui est surmontée par l'auteur, il sera question d'une infraction au sens de l'art. 189 ou 190 CP (ATF 133 IV 49 consid. 4 et 7.2; arrêts 6B 34/2020 du 11 mai 2022 consid. 2.2; 6B 265/2020 du 11 mai 2022 consid. 3.2, destiné à la publication). En outre, une telle incapacité doit être préexistante au comportement de l'auteur. Ainsi, l'infraction n'est pas réalisée lorsqu'une personne ne peut pas réagir, à temps, en raison du seul effet de surprise de l'acte (arrêts 6B 34/2020 précité consid. 4.2; 6B 265/2020 précité consid. 5.2, destiné à la publication). L'art. 191 CP exige que l'auteur ait profité de l'incapacité de discernement ou de résistance de la victime, autrement dit qu'il ait exploité l'état ou la situation dans laquelle elle se trouvait (arrêts 6B 34/2020 précité consid. 2.2; 6B 265/2020 précité consid. 3.2, destiné à la publication; 6B 1178/2019 du 10 mars 2021 consid. 2.2.2).

4.3. La cour cantonale a estimé que tous les éléments constitutifs de l'art. 191 CP étaient réalisés. Le recourant avait abusé d'une personne incapable de résister. Le recourant avait agi par surprise, B. _____ ne s'attendant pas à subir des attouchements. Il était également établi que B. _____ se trouvait dans une situation de vulnérabilité, sur le plan physique. Comme le soin impliquait notamment un toucher, ce n'était qu'une fois que le recourant s'était attardé sur les seins que B. _____ aurait pu, le cas échéant, réagir, c'est-à-dire à un stade où l'auteur avait déjà profité d'elle et où l'infraction était déjà réalisée.

4.4. Le recourant soutient en substance que l'élément constitutif objectif lié à la victime, soit une incapacité de discernement ou de résistance, n'était pas réalisé. Dans un premier temps le recourant conteste les faits. Il reproche à la cour cantonale d'avoir rejeté ses déclarations et prétend notamment que B. _____ n'était pas entravée dans ses mouvements,

car elle aurait été capable de prendre sa douche seule, de se sécher et qu'elle aurait appliqué elle-même la crème hydratante. Dans la mesure où il s'écarte des faits retenus par la cour cantonale sans démontrer que ceux-ci auraient été établis de manière arbitraire, son exposé est appellatoire. En outre, il affirme que puisque la cour cantonale avait retenu qu'il avait retiré ses gants avant d'appliquer la crème, la victime aurait pu s'opposer à cet acte à ce moment et ainsi refuser les attouchements. Or, même si le fait de retirer les gants était un acte contraire au protocole, on ne distingue pas comment la patiente aurait pu déduire de ce geste que le recourant allait porter atteinte à son intégrité sexuelle. Le recourant affirme également que la victime disposait d'un SECUTEL, qu'elle aurait pu l'utiliser à tout moment durant le soin et ainsi s'opposer à un pareil geste. Outre que cet élément ne ressort pas des faits (cf. supra consid. 3.3), de telles affirmations sont de toute manière à écarter, la surprise de l'attouchement combiné

avec l'état de vulnérabilité physique de la victime permet d'exclure une telle réactivité de la victime. Partant, les critiques du recourant sont rejetées dans la mesure où elles sont recevables.

Le recourant soutient que la condition relative à l'incapacité de résistance n'était pas réalisée. Il prétend de manière générale qu'une situation de "vulnérabilité physique" ne constitue pas une incapacité de résistance. De plus, se référant à l'arrêt 6B 453/2007 du 19 février 2008, il souligne que le Tribunal fédéral n'avait pas retenu une violation de l'art. 191 CP dans le cas d'une patiente qui s'était fait masser par un acupuncteur, car la position de la patiente, qui n'avait pas le visage orienté vers le bas sur la table de massage, avec un champ de vision pas complètement restreint, n'était pas suffisante pour retenir qu'elle était incapable de résistance, car elle pouvait s'opposer à son agresseur. Ainsi, il souligne que B. _____ ne se trouvait pas dans une position qui l'entravait dans ses mouvements et aurait pu résister. Certes, il ne ressort pas des faits retenus par la cour cantonale que la victime était dans une position particulière en raison du soin qui l'aurait entravée dans ses mouvements. Cela étant, dans le présent cas, la victime se trouvait dans une situation de vulnérabilité physique qui ne lui permettait pas de résister. En effet, B. _____ qui souffrait d'une pathologie oncologique, venait de sortir

de la douche que l'auxiliaire de santé lui avait fait prendre, cette dernière qui était dépendante - y compris pour mettre de la crème hydratante sur son propre corps - a été prise au dépourvu par les agissements de l'auxiliaire de santé. Sous l'effet de surprise et en raison de son état physique limité, la victime était incapable de résister et de s'opposer aux actes du recourant.

Partant, l'autorité cantonale n'a pas enfreint l'art. 191 CP en reconnaissant le recourant coupable d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de résistance.

5.

Invoquant les art. 41, 42, 47, et 50 CP, le recourant se plaint d'un défaut de motivation. En outre, il critique la sévérité de la peine et le non-octroi du sursis.

5.1. Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité 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 et les références citées).

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de la fixation de la peine. Le Tribunal fédéral n'intervient que lorsque l'autorité cantonale a fixé une peine en dehors du cadre légal, si elle s'est fondée sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, si des éléments d'appréciation importants n'ont pas été pris en compte ou, enfin, si la peine prononcée est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 144 IV 313 consid. 1.2; 136 IV 55 consid.

5.6). L'exercice de ce contrôle suppose que le juge exprime, dans sa décision, les éléments essentiels relatifs à l'acte ou à l'auteur dont il tient compte, de manière à ce que l'on puisse constater que tous les aspects pertinents ont été pris en considération et comment ils ont été appréciés, que ce soit dans un sens aggravant ou atténuant (art. 50 CP). Le juge peut passer sous silence les éléments qui, sans abus du pouvoir d'appréciation, lui apparaissent non pertinents ou d'une

importance mineure. La motivation doit justifier la peine prononcée, en permettant de suivre le raisonnement adopté, même si le juge n'est pas tenu d'exprimer en chiffres ou en pourcentages l'importance qu'il accorde à chacun des éléments qu'il cite. Un recours ne saurait toutefois être admis simplement pour améliorer ou compléter un considérant lorsque la décision rendue apparaît conforme au droit (ATF 144 IV 313 consid. 1.2; 136 IV 55 consid. 5.6).

5.2. Aux termes de l'art. 41 al. 1 CP en vigueur depuis le 1er janvier 2018, 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). 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 de plus motiver le choix de cette dernière peine de manière circonstanciée (ATF 144 IV 313 consid. 1.2).

5.3. La cour cantonale a confirmé la condamnation du recourant à une peine privative de liberté de six mois. S'agissant du genre de peine, elle a retenu qu'une peine privative de liberté se justifiait à des fins de prévention spéciale. En effet, le recourant n'avait tenu aucunement compte de l'autre procédure dirigée contre lui. Si, techniquement, il n'avait pas d'antécédent, on pouvait néanmoins retenir qu'il avait commis un crime alors qu'il savait qu'il faisait l'objet d'une autre enquête, précisément pour des infractions de nature sexuelle. La cour cantonale a estimé que la quotité de la peine fixée par les premiers juges n'était pas lourde, puisqu'elle se situait dans le vingtième inférieur du cadre légal, l'infraction à l'art. 191 CP étant passible d'une peine privative de liberté de dix ans. Ensuite, la cour cantonale a retenu que même si les actes étaient objectivement de peu de gravité, la culpabilité du recourant était lourde. La prise de conscience était inexistante et le mobile était égoïste. S'en prendre à une personne atteinte dans sa santé était abject. Une précédente enquête n'avait pas détourné le recourant de l'infraction. Pour ces motifs, la cour cantonale a estimé que la peine était adéquate. Pour ces mêmes motifs, surtout la commission d'une infraction de nature identique à celles qui faisaient l'objet de la précédente enquête, le pronostic était clairement défavorable.

5.4. Le recourant remet en cause l'appréciation des preuves par la cour cantonale.

5.4.1. Il soutient que la cour cantonale aurait " tacitement " et arbitrairement retenu qu'il avait des antécédents. En l'espèce, la cour cantonale a précisément retenu que le recourant n'avait techniquement pas d'antécédent puisque le jugement rendu dans l'affaire parallèle n'était pas encore définitif et exécutoire. Cela étant, elle était fondée de retenir que le recourant avait commis un tel crime, alors même qu'il savait faire l'objet d'une autre enquête portant précisément sur des infractions de nature sexuelle. Les critiques du recourant sont rejetées dans la mesure où elles sont recevables.

5.4.2. Selon le recourant, la cour cantonale aurait dû prendre en compte ses états de service positifs confirmés par ses employeurs. Outre qu'il ne démontre pas, par une argumentation répondant aux exigences de motivation accrue de l'art. 106 al. 2 LTF, que ces éléments auraient été arbitrairement omis, ses critiques tombent à faux. En effet, l'infraction ayant été commise par le recourant dans le cadre de son travail d'auxiliaire de santé sur la personne d'une patiente malade, on ne voit pas en quoi, le fait qu'il aurait pu avoir de bons états de service aurait été propre à modifier la peine. En outre, le recourant soutient que la cour cantonale aurait arbitrairement omis de retenir que dans l'affaire parallèle, il aurait été établi qu'il était scrupuleux dans l'application des soins donnés aux bénéficiaires et que ses gestes, parfois brusques ne relevaient pas d'une volonté pénalement répréhensible et qu'il aurait ainsi été acquitté des faits reprochés à l'encontre des résidents de l'EMS où il travaillait auparavant. Le raisonnement du recourant est contradictoire, puisqu'il affirme que le jugement parallèle ne devait pas être pris en compte par la cour cantonale, ce qui est d'ailleurs le cas, pour ensuite lui reprocher d'avoir omis des éléments de ce même jugement. Quoi qu'il en soit, on ne distingue pas et le recourant n'explique pas en quoi ces éléments - plutôt inquiétants - seraient à décharge. Insuffisamment motivée, son argumentation est irrecevable.

5.5. Le recourant soutient que la motivation de la cour cantonale serait largement lacunaire s'agissant de la quotité de la peine et du choix de la peine.

La motivation de la cour cantonale justifie pleinement la quotité de la peine prononcée et permet de suivre le raisonnement adopté par la cour cantonale. En outre, il incombait à la cour cantonale de motiver de manière circonstanciée son choix de prononcer une peine privative de liberté en lieu et

place d'une peine pécuniaire pour sanctionner l'infraction réprimée à l'art. 191 CP. La cour cantonale a exposé les raisons - relevant de la prévention spéciale - l'ayant conduite à prononcer une peine de cette nature à l'encontre du recourant. Sa motivation est également suffisante au regard de l'art. 41 al. 2 CP.

Partant, le grief du recourant est rejeté dans la mesure où il est recevable.

5.6. Le recourant reproche à la cour cantonale de ne pas avoir tenu compte de l'effet de la peine sur son avenir. Il affirme que la peine prononcée le priverait de la seule activité apprise et pratiquée en Suisse et qu'elle toucherait fortement sa santé mentale.

Selon la jurisprudence, il est inévitable que l'exécution d'une peine ferme d'une certaine durée ait des répercussions sur la vie, notamment professionnelle du condamné. Ces conséquences ne peuvent conduire à une réduction de la peine qu'en cas de circonstances extraordinaires (cf. arrêts 6B 94/2021 du 29 septembre 2021 consid. 6.3; 6B 1446/2019 du 30 mars 2020 consid. 2.1; 6B 675/2019 du 17 juillet 2019 consid. 3.1; 6B 375/2019 du 12 juin 2019 consid. 3.2). Or, le recourant n'allègue aucune circonstance extraordinaire, susceptible de justifier une réduction de peine au regard de sa vie professionnelle. Il en va de même, lorsque se prévalant de diverses attestations médicales, il mentionne des conséquences de la peine et de la procédure sur sa santé mentale. La situation du recourant ne diffère pas plus de celle de la plupart des autres condamnés. Les critiques du recourant sont rejetées dans la mesure où elles sont recevables.

5.7. Malgré ce qu'affirme le recourant, il n'apparaît pas que la cour cantonale aurait méconnu des éléments déterminants, pas plus qu'elle en aurait négligé certains ou aurait accordé une importance excessive à d'autres. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre que la peine infligée au recourant ne procède pas d'un abus du large pouvoir d'appréciation dont disposait la cour cantonale.

5.8. Pour le reste, le recourant ne démontre pas que la cour cantonale aurait pu violer le droit fédéral en lui infligeant une peine privative de liberté de 6 mois, ce qui correspond à la partie inférieure du cadre légal de l'infraction à l'art. 191 CP qui est passible d'une peine privative de liberté maximale de 10 ans.

5.9. Le recourant reproche à la cour cantonale son refus d'octroyer le sursis.

5.9.1. 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.

Pour l'octroi du sursis, le juge doit poser 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 (arrêts 6B 395/2021 du 11 mars 2022 consid. 8.1; 6B 849/2020 du 5 novembre 2020 consid. 2.1; 6B 471/2020 du 24 septembre 2020 consid. 2.1). 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; 134 IV 1 consid. 4.2.1; arrêts 6B 42/2018 du 17 mai 2018 consid. 1.2; 6B 682/2017 du 11 décembre 2017 consid. 1.1). 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 (arrêt 6B 682/2017 précité consid. 1.1 et les références citées). Dans l'émission du pronostic, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation, de sorte que le Tribunal fédéral n'intervient qu'en cas d'abus ou d'excès de ce pouvoir (ATF 145 IV 137 consid. 2.2; 144 IV 277 consid. 3.1.1; arrêts 6B 395/2021 précité consid. 8.1; 6B 849/2020 du 5 novembre 2020 consid. 2.1; 6B 1304/2019 du 17 février 2020 consid. 1.1; 6B 42/2018 du 17 mai 2018 consid. 1.2; 6B 658/2017 du 30 janvier 2018 consid. 1.2).

5.9.2. Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir retenu un pronostic défavorable. Il affirme que la mesure prononcée à son encontre (art. 67 al. 2 CP), lui interdisant d'exercer une activité durant quatre ans, pouvait à elle seule exclure le risque de récidive. Or, au regard des éléments retenus par la cour cantonale, on ne distingue pas et le recourant n'explique pas en quoi une interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67 al. 2 CP serait suffisante pour contrebalancer un tel pronostic,

d'autant plus que, de manière générale, les infractions contre l'intégrité sexuelle sont particulièrement susceptibles d'être commises en dehors de l'exercice d'une activité, soit notamment dans le cadre privé. En outre, le recourant soutient, à tort, que n'ayant pas antécédent et ayant des états de service qui parleraient en sa faveur, la cour cantonale ne pouvait pas prononcer un pronostic défavorable. En l'espèce, la cour cantonale a retenu, en sus de l'existence d'une enquête à son encontre concernant des infractions de nature sexuelle qui ne l'avait pas détourné d'une infraction de même nature, une lourde culpabilité, un mobile égoïste, un acte abject commis sur une personne atteinte dans sa santé, ainsi que son absence de prise de conscience. Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, de tels éléments sont propres à justifier un pronostic défavorable. Partant, c'est à bon droit que la cour cantonale a prononcé une peine ferme. Mal fondé, le grief doit être rejeté.

6.

Le recourant conteste la mesure de l'art. 67 al. 2 CP prononcée à son encontre. La durée de l'interdiction d'activité serait, en tout état de cause, excessive.

6.1. L'art. 67 al. 2 CP dispose que si l'auteur a commis un crime ou un délit contre un mineur ou une autre personne particulièrement vulnérable et qu'il y a lieu de craindre qu'il commette un nouvel acte de même genre dans l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, le juge peut lui interdire l'exercice de cette activité pour une durée de un à dix ans.

Le tribunal doit examiner si la mesure est nécessaire, appropriée et proportionnée (arrêts 6B 1442/2020 du 31 mars 2022 consid. 9.1; 6B 123/2020 du 26 novembre 2020 consid. 9.1; 6B 970/2013 du 24 juin 2014 consid. 9; 6B 1010/2013 du 17 février 2014 consid. 4.1.). L'atteinte aux droits de la personnalité qui résulte de la mesure pour l'auteur ne doit pas être disproportionnée au regard de la vraisemblance qu'il commette de nouvelles infractions et de leur gravité (art. 56 al. 2 CP). Un risque de récidive qualifié de moyen suffit pour fonder une interdiction d'exercer une activité. Le critère d'appréciation lié à la durée de l'interdiction tient à la nécessité de protéger la société pendant un certain temps, en fonction de la dangerosité de l'auteur (arrêts précités 6B 1442/2020 consid. 9.1; 6B 970/2013 consid. 9; 6B 1010/2013 consid. 4.1).

6.2. La cour cantonale a prononcé, à l'encontre du recourant, une mesure d'interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67 al. 2 CP, pour une durée de 4 ans.

6.3. Le recourant prétend, à nouveau, qu'un pronostic défavorable ne pouvait pas être posé, ainsi, selon lui, la condition du risque de récidive n'était pas réalisée. La cour cantonale a retenu qu'il y avait un risque de récidive en se basant sur sa motivation concernant la fixation de la peine et le refus d'octroyer le sursis. Dans ce cadre, elle avait retenu, à juste titre, que le pronostic était défavorable quand bien même il n'y avait techniquement pas d'antécédent (cf. supra consid. 5.4.1 et 5.9.2). Partant, le recourant se limite à rediscuter l'appréciation de la cour cantonale sans articuler de grief recevable tiré de l'application erronée du droit matériel.

6.4. Le recourant soutient qu'une durée de quatre ans d'interdiction d'activité serait excessive. Il soulève que les faits étaient de peu gravité. Il prétend également que la cour cantonale aurait pris en compte le jugement rendu dans l'affaire parallèle, alors qu'il n'était pas entré en force et lui reproche d'avoir arbitrairement omis de retenir que ce jugement l'avait acquitté de l'infraction à l'art. 191 CP. L'argument du recourant relatif à son acquittement du chef d'accusation de l'art. 191 CP est particulièrement malvenu, dès lors qu'il se garde bien de dire que ce même jugement l'avait reconnu coupable de représentation de la violence, de contrainte sexuelle et de pornographie (jugement du 26 février 2020 du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne (pièce 35); art. 105 al. 2 LTF). L'art. 67 al. 2 CP permettait au juge de fixer une interdiction d'exercer une activité pour une durée de un à dix ans. En fixant une interdiction de quatre ans, la cour cantonale a respecté le cadre légal. Cela étant, on peut concéder au recourant qu'on ne distingue pas pourquoi, s'agissant de la question particulière de la durée de l'interdiction, la cour cantonale évoque des antécédents alors même qu'elle les avait exclus dans ses précédentes motivations, notamment pour fonder le pronostic défavorable. Toutefois, on comprend du jugement attaqué que la cour cantonale a estimé qu'une durée de quatre ans était adéquate en raison du risque de récidive. On comprend également que la cour cantonale a reconnu une certaine dangerosité du recourant, tout en tenant compte du fait que l'acte commis n'était pas objectivement d'une grande gravité. En effet, la durée prononcée par la cour cantonale est relativement basse par rapport au maximum de 10 ans. Cette durée paraît d'autant plus mesurée que le recourant était

proche de réaliser les conditions de l'art. 67 al. 3 let. a aCP qui prévoyait que si l'auteur avait été condamné à une peine privative de liberté de plus de six mois, pour des actes relevant de l'art. 191 CP, l'interdiction d'activité était d'une durée de dix ans (art. 67 al. 3 let. a aCP, version au 1er janvier 2018, RO 2016 1249).

Il résulte de ce qui précède que la durée de la mesure prononcée par la cour cantonale n'apparaît pas excessive.

7.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Comme le recourant est dans le besoin et que ses conclusions ne paraissent pas d'emblée vouées à l'échec, sa demande d'assistance judiciaire doit être admise (art. 64 al. 1 LTF). Par conséquent, il y a lieu de le dispenser des frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) et d'allouer une indemnité à son mandataire, désigné comme avocat d'office (art. 64 al. 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

La demande d'assistance judiciaire est admise.

3.

Il n'est pas perçu de frais.

4.

Me Arnaud Thiéry est désigné comme défenseur d'office du recourant et une indemnité de 3'000 fr. lui est allouée à titre d'honoraires à payer par la Caisse du Tribunal fédéral.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Lausanne, le 9 juin 2022

Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Jacquemoud-Rossari

La Greffière : Meriboute