

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/8128/2009

ACJP/297/2009

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre pénale

Audience du mardi 22 décembre 2009

Entre

Monsieur X_____, comparant par Me Saskia DITISHEIM, partie appelante d'un jugement rendu par le Tribunal de police le 23 octobre 2009,

et

LE PROCUREUR GENERAL de la République et canton de Genève, en son Parquet, Palais de justice, place du Bourg-de-Four à Genève, partie intimée.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par pli(s) recommandé(s) du 22 décembre 2009

Copie au SAPEM et à l'OCP

EN FAIT

- A.** Par jugement du 23 octobre 2009, notifié le jour même, le Tribunal de police a reconnu X_____ coupable d'acte d'ordre sexuel avec un enfant (art. 187 ch. 1 CP) et l'a condamné à une peine privative de liberté de 8 mois sous déduction de la détention avant jugement. Il a suspendu cette peine au profit d'un traitement institutionnel en milieu fermé pour une durée de 5 ans (art. 59 ch. 3 CP). Les frais de la procédure, qui s'élèvent à CHF 6'386.-, y compris un émolument de jugement de CHF 200.-, ont été mis à la charge du condamné.

Aux termes de la feuille d'envoi du 23 septembre 2009, il était reproché à X_____, d'avoir, le 18 mai 2009, suivi Y_____, née le _____ 1997, dans un ascenseur, de l'avoir serrée alors qu'ils s'étaient retrouvés seuls et de lui avoir caressé les seins et les fesses par-dessus ses vêtements. Il lui était également reproché d'avoir caressé, à cinq ou six reprises, entre 1999 et 2009, à des dates et des lieux indéterminés, les fesses et les seins de jeunes filles âgées de 15 à 16 ans.

- B.** Par courrier du 29 octobre 2009, X_____ a déclaré former appel de ce jugement.

Lors de l'audience devant la Chambre pénale, X_____ conclut à son acquittement. Si la Cour venait à confirmer le verdict de culpabilité, il conclut à la réduction de la peine infligée, à l'octroi du sursis et à ce qu'il soit astreint à un traitement ambulatoire.

Le Ministère public conclut à la confirmation du jugement entrepris avec suite de frais.

- C.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Chambre pénale :

a. Le 18 mai 2009, Z_____ a déposé plainte pour le compte de sa fille, Y_____, à l'encontre de X_____ pour les faits survenus le jour-même dans l'ascenseur de leur immeuble, sis 7 rue _____. Alors que sa fille rentrait de l'école vers midi, elle avait été importunée par un inconnu d'origine africaine qui l'avait suivie dans l'ascenseur et avait essayé de la prendre dans ses bras en lui touchant les fesses. L'ascenseur étant arrivé au 3^{ème} étage, la porte s'était ouverte et la jeune Y_____ avait pu s'enfuir. En se rendant au poste de police pour déposer plainte, Z_____ avait croisé l'individu décrit par sa fille. Elle lui avait demandé son nom que ce dernier avait inscrit sur un papier. Y_____ avait reconnu X_____ après son interpellation.

b. Entendu par la police, X_____ a reconnu les faits reprochés. En voyant la jeune fille entrer dans l'immeuble et appuyer sur le bouton de l'ascenseur, il avait ressenti une pulsion. Il s'était serré contre elle et lui avait caressé les seins puis les fesses. Arrivé au 3^e étage, la jeune fille était sortie. Il était redescendu et avait

quitté les lieux. Il pensait que cette fille était âgée d'une quinzaine d'années mais avait ensuite appris par sa mère qu'elle n'avait que 12 ans. En début d'après-midi, la mère de la jeune fille l'avait interpellé. Il avait écrit son nom sur un papier à son attention puis avait attendu l'arrivée de la police.

Il ressentait ce type de pulsions depuis dix ans et avait déjà agi ainsi à cinq ou six reprises durant ces dix dernières années. Il ne se souvenait ni des dates ni des lieux. En général, il s'approchait des jeunes filles dans les parcs et essayait de les embrasser, de leur caresser les seins ou les fesses, par-dessus leur vêtements. Elles le repoussaient. Il insistait mais ne leur faisait pas de mal et s'en allait. Il n'avait jamais été violent. Il était conscient qu'il avait un problème lié à ses pulsions sexuelles et qu'il devait se soigner. Il se sentait attiré par de belles et jeunes adolescentes.

Il a également déclaré que depuis cinq ans, il s'exhibait devant des femmes. Il sortait son pénis et se masturbait devant elles. Il avait également violé une femme, qui était une amie, dix ans auparavant, dans un appartement à la Servette. Elle avait environ son âge, lui avait pardonné et n'avait pas porté plainte. Il était sans domicile fixe et dormait dans les escaliers des immeubles.

c. Entendue par la police conformément aux règles LAVI, Y_____ a confirmé la teneur de sa dénonciation. Elle se sentait mieux depuis qu'il avait été arrêté car elle avait peur qu'il ne recommence.

d. X_____ a été inculpé d'infraction à l'art. 187 CP.

Une expertise psychiatrique a été ordonnée par le Juge d'instruction.

Selon le rapport d'expertise du 21 août 2009 de la Dresse A_____, X_____ présente un grave trouble mental sous forme d'une schizophrénie indifférenciée, épisodique, avec déficits progressifs, d'une personnalité dyssociale, d'une toxicodépendance aux dérivés du cannabis et des troubles multiples de la préférence sexuelle, comprenant la pédophilie et l'exhibitionnisme. Il avoue avoir commis des actes d'attouchements sexuels sur des mineurs, imposer la vue de ses organes sexuels au public et se prostituer en ayant des rapports non protégés, exposant ses partenaires sexuels à de graves maladies et mettant sa santé ainsi que celle d'autrui en danger.

Suite à son incarcération en 2008, il avait été hospitalisé une première fois pendant une dizaine de jours à la Clinique de Belle-Idée de laquelle il avait fugué. Il avait ensuite erré durant une année dans la ville, sans domicile fixe, sans permis de séjour valable, sans aucun revenu financier, sans traitement médicamenteux et sans aucune prise en charge par une structure sociale.

En raison de la perturbation grave de son fonctionnement mental, sa responsabilité était fortement restreinte. Au vu des nombreuses récidives de ces mêmes actes et de leur origine psychopathologique, il présentait un risque de commettre à nouveau le même genre d'infractions.

Un traitement médical et des soins spécifiques psychiatriques étaient susceptibles de diminuer le risque de récidive à long terme, sous forme de traitement médicamenteux et d'un travail psychothérapeutique en milieu institutionnel fermé dans un premier temps, vu ses antécédents. Une simple hospitalisation en milieu psychiatrique s'était avérée en 2008 insuffisante pour contenir les comportements découlant de son grave trouble mental. X_____ a exprimé des regrets quant à ses actes et était disposé à se soumettre à un tel traitement.

Entendue à l'instruction, la Dresse A_____ a confirmé son rapport d'expertise. X_____ était socialement désinséré et vivait dans la précarité en raison de la psychose dont il souffrait. Pour diminuer le risque de récidive, il devait suivre un traitement qui devait nécessairement débuter dans un milieu fermé, au moins durant un an. Dans un milieu ouvert, il serait difficile d'assurer la sécurité des patientes de sexe féminin.

X_____ était traité en prison, ce qui lui avait permis de reconnaître les faits et d'exprimer des regrets. Même s'il se montrait motivé pour se soigner, son trouble pouvait l'amener à être l'auteur d'actes incontrôlés.

e. Le 29 septembre 2009, X_____ a produit, par l'intermédiaire de son conseil, des excuses manuscrites à l'attention de la victime.

f.a. Devant le Tribunal de police, X_____ est revenu sur ses précédentes déclarations et a indiqué qu'il reconnaissait avoir suivi la jeune Y_____ dans l'ascenseur et lui avoir touché les fesses mais sans se souvenir lui avoir touché les seins. Il pensait qu'elle avait 17 ans. Lorsque la mère de Y_____ lui avait dit son âge, il avait pris peur et avait eu honte. Il contestait s'être exhibé en public. Il admettait en revanche s'être prostitué et avoir eu des relations sexuelles avec des hommes prostitués.

Il avait joué avec la police en faisant des déclarations farfelues. Il avait déjà touché des jeunes femmes mais il s'agissait de ses copines. Lorsqu'il avait parlé du viol, il s'agissait en fait de la mère de son fils. Il avait agi pour la première fois le 18 mai 2008 avec une personne qu'il ne connaissait pas. Il n'était pas revenu sur les aveux consentis à la police en présence de l'experte car elle ne lui avait pas posé de questions à ce sujet.

Il prenait actuellement des médicaments pour ses troubles psychologiques qui le relaxaient et le calmaient. Il était moins excité mais considérait toujours que ce qu'il avait fait à la jeune Y_____ n'était pas grave même s'il lui avait fait très

peur. Il pensait avoir eu cette pulsion parce qu'il était sans abri. Il ne fumait et ne buvait plus depuis 2001. Il trouvait la proposition de l'expert sévère, de vouloir l'enfermer pendant une longue durée sans contact avec les femmes, et préférerait être dans une clinique. Il avait fugué lors de son hospitalisation en 2008 par manque de motivation. mais était désormais disposé à se soigner.

f.b La Dresse A_____ a confirmé son rapport d'expertise. Le fait que X_____ contestait en partie, devant le Tribunal de police, les faits reprochés ne modifiait ni son diagnostic ni ses conclusions. Il était nécessaire de prévoir un traitement institutionnel en milieu fermé dans un premier temps. Vu la nature et la gravité des troubles, une hospitalisation en milieu ouvert n'était pas un cadre suffisant et devait être écartée. Compte tenu de la fugue commise en 2008 d'une part et des antécédents de troubles sexuels d'autre part, un milieu ouvert ne permettrait pas de garantir que l'expertisé ne porte pas atteinte aux personnes avec lesquelles il serait en contact.

X_____ présentait un dysfonctionnement social pratiquement complet, étant sans abri depuis des années, et un parcours très chaotique, parsemé de pathologies psychiatriques. Il n'était pas capable de parler de manière chronologique de ce qu'il s'était passé dans sa vie. Sur le plan professionnel, tout était à construire. Un cadre structurant pour une durée suffisamment longue était donc nécessaire pour l'aider à retrouver une structure de vie. Son traitement devait inclure l'administration de psychotropes. En fonction de son évolution, un passage en milieu ouvert pourrait être évalué lors de l'examen annuel.

g. Selon le certificat médical du 19 octobre 2009 du Dr B_____, chef de clinique de l'Unité de psychiatrie pénitentiaire, X_____ bénéficiait d'un suivi psychiatrique depuis le 19 mai 2009. Il s'agissait en fait de la reprise d'un suivi qui avait débuté le 18 avril 2008 et qui avait été interrompu par le patient. Cette rupture de suivi et de traitement avait eu pour conséquence une exacerbation de la symptomatologie psychotique avec une désorganisation de la pensée, un isolement social, des négligences notamment sur le plan de l'hygiène, des errances et des troubles du comportement à répétitions. A son arrivée à Champ-Dollon, X_____ était mutique et méfiant. Une médication anti-psychotique avait permis une rapide amélioration de sa situation.

Aux termes de l'attestation du 3 novembre 2009 du Dr B_____, X_____ pourrait bénéficier d'un suivi à la consultation des Eaux-Vives, s'il venait à être libéré.

Il ressort d'un courrier du 17 novembre 2009 de C_____, mère de X_____, que cette dernière était disposée à encadrer son fils et à s'assurer qu'il suive son traitement médicamenteux à sa sortie de prison. Elle avait l'intention avec son mari de revenir s'installer définitivement en Suisse afin d'accueillir son fils.

- D. X_____ est né le _____ 1977 au Cameroun. Il est sans domicile fixe et sans revenus. Il est père de deux enfants, qui vivent à Genève avec leur mère mais n'a reconnu que l'un d'entre eux. Il dit être logé par des amis. Il est au bénéfice d'un permis C échu depuis 2006.

Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse, il a été condamné par le Ministère public de Genève, le 29 avril 2004, à 10 jours d'emprisonnement avec sursis, délai d'épreuve 2 ans, pour violation de domicile et vol d'importance mineure, le 1^{er} décembre 2004 à 20 jours d'emprisonnement pour injure et violation de domicile, le 25 avril 2005 à 20 jours d'emprisonnement pour violation de domicile, le 30 novembre 2005 à un mois d'emprisonnement pour vol d'importance mineure et violation de domicile, le 15 mai 2006 à un mois d'emprisonnement pour violation de domicile, le 19 avril 2007 à 45 jours de peine privative de liberté pour vol d'importance mineure et violation de domicile.

D'après les renseignements de police, il a également fait l'objet de 35 arrestations et de plusieurs rapports entre 1993 et 2008.

EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 241 et 242 du code de procédure pénale, du 29 septembre 1977, CPP-GE ; RS E 4 20).
2. L'appelant ne conteste pas avoir caressé les fesses de la jeune Y_____ par-dessus ses habits. Il fait valoir cependant qu'il s'agissait d'un geste insignifiant ne revêtant pas une intensité suffisante pour tomber sous le coup de l'art. 187 CP.

2.1 L'art. 187 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0) a pour but de permettre aux enfants un développement sexuel non perturbé. Cette disposition 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*, 8^e 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, arrêt du Tribunal fédéral 6B_820/2007 du 14 mars 2008, consid. 3.1). 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., p. 720 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 58 consid. 3b p. 63, arrêt du Tribunal fédéral 6B_820/2007 du 14 mars 2008, consid. 3.1) 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).

Il s'agit d'une infraction intentionnelle, l'intention doit donc porter non seulement sur le caractère sexuel de l'acte, mais aussi sur le fait que la victime est âgée de moins de 16 ans (CORBOZ, op. cit., n. 28 ad art. 187 CP).

2.2 Dans le cas particulier, l'appelant a reconnu avoir suivi la jeune Y_____, âgée de 12 ans au moment des faits, dans l'ascenseur de son immeuble, l'avoir serrée dans ses bras et lui avoir caressé les fesses par-dessus ses habits obéissant à une pulsion. Contrairement à ce que prétend l'appelant, son comportement était objectivement connoté sexuellement. Ces caresses ont été imposées à la jeune victime contre son gré sans qu'elle ne puisse quitter les lieux jusqu'à ce que la porte de l'ascenseur ne s'ouvre. Le geste de l'appelant s'inscrivait manifestement dans un contexte à finalité sexuelle. Son comportement a effectivement affecté Y_____ qui a déclaré qu'elle "avait eu peur que l'appelant ne recommence" et qu'elle "se sentait rassurée depuis qu'il avait été arrêté". Son geste était intentionnel. Par conséquent, c'est à juste titre que les premiers juges ont qualifié le comportement incriminé d'acte d'ordre sexuel.

La culpabilité de l'appelant pour acte d'ordre sexuel sur un mineur de moins de 16 ans sera ainsi confirmée.

3. 3.1.1 Conformément à l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération ses antécédents et sa situation personnelle 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).

3.1.2 L'art. 19 al. 2 CP dispose que 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.

Lors de la fixation de la peine, il faut tenir compte de la diminution de la responsabilité et atténuer la peine dans la même proportion. Le juge qui retient une responsabilité restreinte n'est pas tenu d'opérer une réduction linéaire de la peine en fonction d'un pourcentage ou d'un tarif mathématique. Ainsi, une diminution légère, moyenne ou forte de la responsabilité n'entraîne pas nécessairement une réduction schématique de 25%, 50% ou 75% de la peine. (ATF 134 IV 132 consid. 6.2 p. 137 et les arrêts cités). Le juge conserve à cet égard un pouvoir d'appréciation. Il doit toutefois exister une certaine corrélation entre la diminution de responsabilité constatée et ses conséquences sur la peine, que le juge ne saurait, sans motivation suffisante, fixer dans une mesure qui ne correspond pas à la diminution de responsabilité qu'il a admise (ATF 134 IV 132 consid. 6.2 p. 137; ATF 129 IV 22 consid. 6.2 p. 35). Le juge n'est pas tenu d'indiquer dans les considérants de son jugement, en chiffres absolus ou en pourcentage, dans quelle mesure il a pris en compte la diminution de la responsabilité lors de la fixation de la peine (ATF 134 IV 132, consid. 6.2 p. 137).

Eu égard aux circonstances des cas particuliers et compte tenu de la motivation des arrêts attaqués, le Tribunal fédéral a notamment jugé qu'il était contraire au droit fédéral de ne réduire la peine que de 14,5% dans un cas de diminution légère de la responsabilité (arrêt du Tribunal fédéral 6S.148/2004 du 28 juillet 2004, consid. 2.3), respectivement de 40% dans un cas de diminution moyenne de la responsabilité (ATF 129 IV 22 consid. 6.2 p. 35) ou d'un sixième seulement (ATF 118 IV 1 consid. 2 p. 4), et de 50% dans un cas de diminution grave de la responsabilité (arrêt du Tribunal fédéral 6S.336/2000 du 23 août 2000, consid. 2). Dans l'arrêt 6S.547/2006 du 1^{er} février 2007, le Tribunal fédéral a admis que la diminution légère de la responsabilité que l'autorité cantonale avait retenue conduisait à une diminution de la peine de 25% et ainsi considéré que la peine privative de liberté prononcée n'était pas trop élevée.

3.2 En l'espèce, la faute de l'appelant est significative eu égard à la mise en danger du développement harmonieux de la sexualité d'une enfant, âgée de 12 ans à l'époque des faits. L'appelant a agi pour satisfaire une pulsion sexuelle au

détriment de sa jeune victime. Son mobile est purement égoïste. Il n'a visiblement pas pris conscience de la gravité de ses actes bien qu'il reconnaisse avoir fait peur à sa victime ni de l'ampleur du trouble mental qui l'affecte. Il a de nombreux antécédents en matière de vol d'importance mineure, de violation de domicile et d'injure sans rapport avec la présente infraction. Il n'y a aucune circonstance atténuante, les excuses présentées à la victime par courrier n'étant pas propres à constituer un repentir sincère.

Il doit être néanmoins retenu à décharge que l'appelant s'est limité à des caresses sur les fesses et par-dessus les habits et qu'au moment d'agir, sa responsabilité était fortement restreinte.

Vu la nature de l'infraction, la situation personnelle de l'appelant et sa responsabilité fortement restreinte, la peine privative de liberté, fixée par les premiers juges à 12 mois puis réduite à 8 mois, apparaît adéquate mais insuffisamment réduite. La Cour fixera donc la peine privative de liberté après réduction à 3 mois. Le jugement du Tribunal de police sera dès lors modifié sur ce point.

3.3.1 Pour l'octroi du sursis, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'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. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents.

Le nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Désormais, il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2 p. 5-6 ; SJ 2008 I p. 277 consid. 2.1. p. 280).

3.3.2 En l'occurrence, l'appelant a été condamné par le Ministère public de Genève à six reprises, entre septembre 2004 et avril 2007, à des courtes peines d'emprisonnement liées à des infractions contre le patrimoine donc sans rapport avec la présente affaire. L'appelant est sans domicile fixe et sans revenu, ce qui n'est pas de nature à l'inciter à adopter un mode de comportement plus respectueux des lois.

Par ailleurs, pour l'expert psychiatre, les actes de l'appelant sont en rapport direct avec son état mental. Il existe un risque important de commission de nouvelles infractions du même genre que celle qui occupe la présente cause. L'appelant n'a pris conscience que partiellement du caractère répréhensible de ses actes et seul un traitement adapté, suivi à long terme, est susceptible de diminuer le risque de réitération et de répondre au mieux à l'impératif de protection de la sécurité publique.

Dans ces conditions, le pronostic est concrètement défavorable, ce qui a pour conséquence que les conditions d'octroi du sursis ne sont pas réalisées. Le jugement du Tribunal de police sera confirmé sur ce point.

4. **4.1** Selon l'art. 56 al. 1 CP, une mesure doit être ordonnée si une peine seule ne peut écarter le danger que l'auteur commette de nouvelles infractions (let.a), si l'auteur a besoin d'un traitement ou que la sécurité publique l'exige (let.b), et si les conditions des art. 59 à 61, 63 ou 64 sont réalisées (let.c).

La mesure doit être proportionnée à l'importance du risque de récidive et à la gravité de l'infraction commise (art. 56 al. 2 CP). Si plusieurs mesures sont appropriées mais qu'une seule est nécessaire, le juge ordonne celle qui porte à l'auteur les atteintes les moins graves (art. 56a al. 1 CP).

Lorsque l'auteur souffre d'un grave trouble mental et à commis une infraction en relation avec ce trouble, le juge peut ordonner un traitement institutionnel s'il est à prévoir que cette mesure le détournera de nouvelles infractions (art. 59 al. 1 CP) Le traitement s'effectue dans un établissement ouvert (al. 2), fermé (al. 3), s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne commette de nouvelles infractions. Si un traitement institutionnel ne se justifie pas, le juge peut ordonner un traitement ambulatoire (art. 63 al. 1 CP) et fixer des règles de conduite (al. 2).

Le juge ordonne l'internement (art. 64 CP) notamment si l'auteur a commis une infraction passible d'une peine privative de liberté maximale de cinq ans au moins par laquelle il a porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui et si, en raison des caractéristiques de la personnalité de l'auteur, des circonstances dans lesquelles il a commis l'infraction et de son vécu ou en raison d'un grave trouble mental chronique et récurrent en relation avec l'infraction, il est sérieusement à craindre qu'il ne commette d'autres infractions du même genre et que la mesure prévue à l'art. 59 CP semble vouée à l'échec (al. 1 let. a et b).

Vu la gravité de l'atteinte à la liberté personnelle que constituent l'internement et le traitement institutionnel, cas échéant en milieu fermé, ces mesures ne doivent être ordonnées qu'à titre d'ultima ratio lorsque la dangerosité ne peut être écartée autrement (Arrêt du Tribunal fédéral 6B_457/2007 du 12 novembre 2007, consid.

5.2).

4.2 L'art. 56 al. 3 CP impose au juge de se fonder sur une expertise avant de prononcer une mesure. Le juge n'est toutefois pas lié par les conclusions d'un expert. A l'instar des autres moyens de preuve, il en apprécie librement la force probante (ATF 123 IV 49 consid. 2c p. 51 ; ATF 106 IV consid. 2a p. 238). Si le juge peut s'écarter des conclusions d'une expertise psychiatrique, il n'est autorisé à le faire qu'en présence de motifs concluants ou impérieux, et avec une extrême circonspection puisqu'il ne maîtrise pas la science du médecin. C'est notamment le cas si le rapport est lacunaire, recèle des contradictions internes irréductibles, repose sur des prémisses factuelles manifestement erronées, émane d'une personne ne possédant pas les connaissances spéciales nécessaires, émet une opinion manifestement insoutenable, ou s'il énonce un avis vicié par une fausse interprétation de la loi (STRÄULI, *Commentaire Romand, Code Pénal I*, Bâle 2009, n. 36 et 37 ad art. 20, p. 216 et les références citées).

4.3 Selon le rapport d'expertise, l'appelant souffre d'un grave trouble mental sous forme d'une schizophrénie indifférenciée, épisodique, avec déficits progressifs, d'une personnalité dyssociale, d'une toxicodépendance aux dérivés du cannabis et des troubles multiples de la préférence sexuelle, comprenant la pédophilie et l'exhibitionnisme. Il a avoué avoir commis des actes d'attouchements sexuels sur des mineurs, imposer la vue de ses organes sexuels au public et se prostituer en ayant des rapports non protégés bien qu'il n'ait pas été condamné antérieurement pour ces faits.

L'expert a retenu qu'en raison de la perturbation grave de son fonctionnement mental et de l'origine psychopathologique de ses actes, l'appelant présentait un risque de récidive important. Elle a préconisé un traitement médical et des soins spécifiques psychiatriques sous forme de traitement médicamenteux et d'un travail psychothérapeutique en milieu institutionnel fermé au moins dans un premier temps.

Aucun élément figurant à la procédure ne permet en l'occurrence de s'écarter des conclusions de l'expert, les hypothèses visées par la jurisprudence n'étant à l'évidence pas remplies.

L'appelant a déclaré qu'il était disposé à se soigner. D'après le certificat médical du Dr B_____, la médication anti-psychotique prescrite a permis une rapide amélioration de sa situation. S'il venait à être libéré, il pourrait par ailleurs bénéficier d'un suivi à la consultation des Eaux-Vives et d'un encadrement par sa mère qui est disposée à s'installer en Suisse et à l'accueillir.

Or, ces éléments, qui ne constituent que des possibilités et non des faits acquis, sont insuffisants pour permettre de renoncer à un traitement institutionnel en milieu fermé, au moins dans un premier temps.

En effet, l'appelant n'a reçu aucun soin jusqu'à son incarcération en avril 2008 en milieu psychiatrique, duquel il a fugué. Cette interruption a eu pour conséquence, d'après l'attestation médicale produite, une exacerbation de sa symptomatologie psychotique avec une désorganisation de sa pensée, un isolement social, des négligences notamment sur le plan de l'hygiène, des errances et des troubles du comportement à répétitions. Une hospitalisation en milieu psychiatrique s'est dès lors avérée insuffisante pour contenir les comportements découlant de son grave trouble mental.

Comme le recommande l'expert, un cadre structurant pour une durée suffisamment longue, qu'elle a estimée à un an minimum, est nécessaire pour aider l'appelant à retrouver une structure de vie.

Dans ces circonstances, pour pallier au risque de récidive et assurer la protection d'autres victimes potentielles, le traitement institutionnel en milieu fermé est proportionné et sera confirmé.

Une copie du présent arrêt sera communiquée au Service de l'application des peines et des mesures (ci-après, SAPEM).

5. Vu l'issue de la procédure, l'appelant, qui n'obtient que partiellement gain de cause, sera condamné à la moitié frais de la procédure d'appel (art. 97 CPP).

Par souci de clarté, le jugement sera entièrement annulé et son dispositif reformulé.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Reçoit l'appel interjeté par X_____ contre le jugement JTP/1215/2009 (Chambre 3) rendu le 23 octobre 2009 par le Tribunal de police dans la cause P/8128/2009.

Au fond :

Annule ce jugement.

Et, statuant à nouveau :

Reconnaît X_____ coupable d'actes d'ordre sexuel avec un enfant (art. 187 ch. 1 CP).

Condamne X_____ à une peine privative de liberté de 3 mois, sous déduction de la détention avant jugement.

Suspend la peine au profit d'une mesure de traitement institutionnel en milieu fermé (art. 59 ch. 3 CP).

Condamne X_____ aux frais de la procédure de première instance, qui s'élèvent à CHF 6'386.-, y compris un émolument de jugement de CHF 200.-.

Condamne X_____ à la moitié des frais de la procédure d'appel, qui comprennent un émolument de CHF 500.-.

Ordonne la communication du présent arrêt au Service de l'application des peines et des mesures (SAPEM).

Siégeant :

Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, présidente; Messieurs Jacques DELIEUTRAZ et François PAYCHÈRE, juges; Monsieur William WOERNDLI, greffier.

La présidente :

Alessandra CAMBI FAVRE
BULLE

Le greffier :

William WOERNDLI

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière pénale.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.