

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6P.237/2006
6S.556/2006 /rod

Arrêt du 27 mars 2007
Cour de cassation pénale

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

Parties
X. _____,
recourant, représenté par Me Patrick Fontana, avocat,

contre

Procureur général du canton du Valais,
case postale 2282, 1950 Sion 2,
Tribunal cantonal du Valais, Cour pénale II,
case postale, 1950 Sion 2.

Objet
6P.237/2006
Art. 9 Cst. et 6 CEDH (procédure pénale; arbitraire; droit d'être entendu)

6S.556/2006
Actes d'ordre sexuel avec des enfants; exhibitionnisme,

recours de droit public (6P.237/2006) et pourvoi en nullité (6S.556/2006) contre l'arrêt du Tribunal cantonal du Valais, Cour pénale II, du 10 novembre 2006.

Faits :

A.

Le 23 janvier 2004, la police a appréhendé X. _____, ressortissant macédonien âgé de 26 ans, qui a indiqué qu'il avait déjà eu des problèmes liés à l'exhibitionnisme et que, le soir du 23 janvier 2004, il avait à nouveau ressenti des pulsions qu'il n'avait pu contrôler. En passant devant un centre scolaire, il a constaté qu'il y avait de la lumière. Il a parké sa voiture devant le centre et fait le tour du bâtiment pour se rendre à pied à l'extérieur de la salle de gymnastique. Il a constaté que des jeunes personnes et même des enfants dansaient et la vue de ces jeunes gens l'a excité. Il a baissé son pantalon, sorti sa verge et commencé à se masturber. Il a remarqué que les personnes présentes dans la salle regardaient dans sa direction. Il a remonté ses pantalons et est parti en courant. Il a toutefois été interpellé par un responsable de la salle de gymnastique. Il a reconnu avoir déjà agi de la même manière au même endroit en février 2003, où il s'est masturbé, pantalon baissé, appuyé contre la baie vitrée de la salle du centre scolaire ainsi qu'en février 2002, date à laquelle il avait baissé son pantalon « à la vue » de jeunes gens qui dansaient dans la salle et s'était masturbé.

L'expert judiciaire a exclu une maladie mentale et considéré que la responsabilité pénale de X. _____ était entière et que celui-ci présentait un risque important de récidive d'infractions en lien avec l'exhibitionnisme. Il a préconisé une mesure consistant en un traitement ambulatoire au sens de l'art. 43 CP.

Les antécédents de X. _____ sont très mauvais. Depuis 1997, il a fait l'objet d'une dizaine de condamnations à des peines allant de 5 jours à 6 mois d'emprisonnement, certaines assorties du sursis et d'autres fermes, ainsi qu'à des amendes pour des infractions contre l'intégrité sexuelle, notamment de l'exhibitionnisme, contre le patrimoine ainsi que des violations de la LCR.

B.

Le 3 mai 2005, le Juge I du district de Monthey a reconnu X. _____ coupable d'actes d'ordre

sexuel avec des mineurs (art. 187 al. 1 CP), d'exhibitionnisme (art. 194 CP) et de violation grave des règles de la circulation routière (art. 90 ch. 2 LCR), l'a condamné à huit mois d'emprisonnement et l'a soumis à un traitement ambulatoire.

C.

L'appel de X. _____ a été très partiellement admis le 10 novembre 2006 par la Cour pénale II du Tribunal cantonal valaisan et la peine a été ramenée à sept mois et vingt-trois jours d'emprisonnement, peine complémentaire à celle prononcée par le juge d'instruction de Lausanne le 4 mai 2005.

D.

X. _____ forme un recours de droit public et un pourvoi en nullité contre cet arrêt. Dans les deux recours il conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de l'arrêt attaqué. Il sollicite également l'assistance judiciaire pour les deux procédures.

E.

La Cour pénale II du Tribunal cantonal n'a pas formulé d'observations et s'est référée aux considérants de l'arrêt attaqué.

Invité à présenter une réponse au recours de droit public, le Procureur général du canton du Valais a renoncé à se déterminer, s'en remettant à justice.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

L'arrêt attaqué a été rendu avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110). Or, conformément à l'art. 132 al. 1 LTF, cette loi ne s'applique aux procédures de recours que si l'acte attaqué a été rendu après son entrée en vigueur. C'est donc sur la base de l'ancien droit de procédure, en l'espèce les art. 84 ss OJ pour le recours de droit public et 268 ss PPF concernant le pourvoi en nullité, que doit être tranchée la présente cause.

2.

Le recours de droit public au Tribunal fédéral est ouvert contre une décision cantonale pour violation de droits constitutionnels des citoyens (art. 84 al. 1 let. a OJ). Il n'est en revanche pas ouvert pour se plaindre d'une violation du droit fédéral, qui peut donner lieu à un pourvoi en nullité (art. 269 al. 1 PPF). Un tel grief ne peut donc pas être invoqué dans le cadre d'un recours de droit public, qui est subsidiaire (art. 84 al. 2 OJ; art. 269 al. 2 PPF).

Conformément à l'art. 90 al. 1 let. b OJ, l'acte de recours doit, sous peine d'irrecevabilité, contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés et préciser en quoi consiste la violation. Ainsi, le Tribunal fédéral n'a pas à vérifier lui-même si la décision attaquée est en tous points conforme au droit ou à l'équité. Il n'examine que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours. Le recourant ne peut se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux (ATF 129 I 185 consid. 1.6 p. 189, 113 consid. 2.1 p. 120; 125 I 71 consid. 1c p. 76). Le Tribunal fédéral n'entre pas non plus en matière sur les critiques de nature appellatoire (ATF 125 I 492 consid. 1b p. 495).

3.

Le recourant invoque l'arbitraire (art. 9 Cst.) et une violation de la présomption d'innocence (art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH) en tant que règle sur le fardeau de la preuve et sur l'appréciation des preuves.

Consacrée par les art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH, la présomption d'innocence interdit au juge de prononcer une condamnation alors qu'il éprouve des doutes sur la culpabilité de l'accusé. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent cependant pas à exclure une condamnation. Pour invoquer utilement la présomption d'innocence, le condamné doit donc montrer que le juge de la cause pénale, à l'issue d'une appréciation exempte d'arbitraire de l'ensemble des preuves à sa disposition, aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles au sujet de la culpabilité. La notion d'arbitraire a été rappelée dans divers arrêts récents, auxquels on peut donc se référer. En bref, il ne suffit pas, pour qu'il y ait arbitraire, que la décision attaquée apparaisse discutable ou même critiquable. Il faut qu'elle soit manifestement insoutenable et cela non seulement dans sa motivation mais également dans son résultat (ATF 129 I 9 consid. 2.1 p. 9, 173 consid. 3.1 p. 178; 128 I 177 consid. 2.1 p. 182, 273 consid. 2.1 p. 275). En matière d'appréciation des preuves, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur le sens et la portée d'un élément, ou encore lorsqu'elle tire des constatations insoutenables des éléments recueillis (ATF 129 I 8 consid. 2.1; 127 I 38 consid. 2a p. 41).

3.1 Selon le recourant, l'autorité cantonale a fait preuve d'arbitraire en admettant que les personnes qui se trouvaient dans la salle de gymnastique, le 23 janvier 2004, soit avaient vu son pénis, soit avaient perçu qu'il se masturbait, alors que cette constatation ne repose sur aucun élément figurant au dossier. Il en est de même selon le recourant lorsque la cour cantonale admet qu'il voulait être vu des personnes présentes.

3.2 La question de savoir si des personnes de plus de 16 ans et des enfants ont vu le recourant se masturber et celle de savoir si le recourant voulait être vu, particulièrement des enfants, comme l'a admis la cour cantonale, sont des questions de fait déterminantes pour décider de l'application des art. 187 ch. 1 al. 3 et 194 CP, retenus contre le recourant.

En effet, aux termes de l'art. 187 ch. 1 al. 3 CP, celui qui aura mêlé un enfant de moins de 16 ans à un acte d'ordre sexuel sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement. Cela suppose qu'il le rende spectateur d'un acte d'ordre sexuel accompli par l'auteur ou un tiers. Il ne suffit pas que le jeune soit le témoin fortuit de l'acte. Il doit être utilisé comme un élément du jeu sexuel. Tel est le cas lorsque l'auteur se masturbe devant un enfant. Il importe peu que ce dernier ait saisi ou non le caractère sexuel de l'acte et le but poursuivi par l'auteur. Il doit toutefois percevoir directement l'acte par ses sens, en être le spectateur ou l'auditeur (voir FF 1985 II 1082; ATF 129 IV 168 consid. 3.1).

D'un point de vue subjectif, l'auteur commet sciemment l'acte d'ordre sexuel devant l'enfant et veut que celui-ci le perçoive. Le dol éventuel ne suffit pas. Ainsi, contrairement à l'ancien droit, celui qui admet que l'enfant peut percevoir l'acte d'ordre sexuel et qui accepte de courir ce risque, n'est plus punissable (ATF rendu le 20 septembre 2002 dans la cause 6S.241/2002, in Praxis 2003 n° 114 p. 610 consid. 1.2). Déterminer ce que l'auteur d'une infraction a su, cru, voulu ou accepté relève de l'établissement des faits (ATF 125 IV 242 consid. 3c p. 252).

Quant à l'art. 194 al. 1 CP, qui sanctionne le fait de montrer ses organes sexuels ou, pour un homme, de dénuder son membre, à des fins d'excitation ou de de satisfaction sexuelle, il suppose que la victime voie effectivement le sexe nu (Stratenwerth/Jenny, Bes. Teil I, 6e éd., § 10 n° 27).

3.3 L'autorité cantonale a considéré qu'il ne faisait aucun doute que, le 23 janvier 2004, le recourant avait exhibé son sexe et s'était masturbé devant la fenêtre de la salle, qu'il voulait être vu des personnes présentes, y compris des enfants, et avait effectivement été aperçu par elles. Pour admettre ces faits, elle s'est basée sur le rapport de police, qui, pour décrire les actes du 23 janvier 2004, faisait état d'exhibitionnisme ayant suscité l'émoi les enfants spectateurs, sur les déclarations du recourant, qui a admis lui-même avoir voulu satisfaire ses pulsions d'exhibitionnisme, avoir baissé son pantalon et dénudé son sexe, s'être masturbé devant la salle et n'avoir quitté les lieux qu'après que les personnes présentes l'aient remarqué et enfin sur le fait qu'il a reconnu avoir pratiqué, en janvier 2004, de la même manière qu'en février 2003 (moment auquel il se serait masturbé, pantalon baissé, appuyé contre la baie vitrée de la salle du centre scolaire et où des personnes l'auraient vu agir) et février 2002 (date à laquelle il aurait baissé son pantalon « à la vue » des jeunes gens et se serait masturbé).

3.4 Les éléments de preuve cités par la cour cantonale ne permettent manifestement pas d'arriver aux conclusions factuelles qu'elle en tire.

En effet, si, comme l'a admis la cour cantonale, il ressort effectivement du rapport de dénonciation du 2 février 2004 qu'une affaire d'exhibitionnisme aurait généré une certaine panique parmi les enfants présents dans la salle de gymnastique de l'école et s'il est mentionné dans ce rapport, mais la cour cantonale n'en fait pas état, que le recourant a été remarqué par la plupart des participants au cours de danse, ce rapport ne dit rien de ce qu'ont vu exactement les personnes présentes et plus particulièrement les enfants. Or, il est établi que les faits se sont déroulés le 23 janvier 2004 vers 18 h 40 et que la lumière était allumée dans la salle de gymnastique. A l'heure dite, le jour en question, comme le relève le recourant, il faisait certainement nuit. On ne sait rien de l'endroit précis où se trouvait le recourant, notamment de la distance qui le séparait des fenêtres de la salle de gymnastique. On ne sait rien non plus de l'éclairage de cet endroit et de sa visibilité depuis la salle de gymnastique, l'éclairage de cette dernière pouvant, comme le souligne le recourant, se refléter sur les baies vitrées et rendre plus difficile encore une vision vers l'extérieur.

A cela s'ajoute que seul le recourant a été entendu. Les autres témoins ou plaignants, notamment la personne responsable du cours ou de la salle qui l'aurait surpris, n'ont pas été auditionnés et ont uniquement signé un formulaire de plainte et de constitution de partie civile. S'agissant des enfants, le formulaire a été signé par leur représentant légal. Il n'est pas possible non plus de savoir, par le seul biais de ces formulaires, ce que les personnes présentes ont réellement et précisément perçu des actes reprochés au recourant.

Quant au recourant, il a certes admis lors de son audition par la police avoir été excité par la vue de jeunes gens dans la salle de gymnastique, avoir baissé son pantalon et avoir commencé de se masturber, puis, lorsqu'il a remarqué que les personnes présentes dans la salle regardaient dans sa direction, avoir remonté son pantalon, s'être enfui en courant et avoir été interpellé par un responsable de la salle de gymnastique. Néanmoins, lors de son deuxième interrogatoire par la police le 24 janvier 2004, soit le lendemain des faits, il a aussi précisé qu'il se masturbait en pensant que les autres ne le voyaient pas et a précisé que ce n'était pas la vue des enfants qui l'excitait.

Sur la seule base de la « certaine panique » engendrée par cette affaire et mentionnée dans le rapport de police, ainsi que des déclarations du recourant, qui a admis avoir remarqué, avant de prendre la fuite, que les personnes présentes regardaient dans sa direction, la cour cantonale ne pouvait tirer de conclusions sur ce qu'ont réellement vu ces personnes et notamment les enfants présents, en l'absence de toute déclaration de leur part et de toute considération objective sur la visibilité par ces personnes des actes du recourant. Enfin, le fait que le recourant ait admis avoir agi précédemment de la même manière et au même endroit en 2002 et 2003, s'il permet d'admettre que ce n'était pas la première fois que le recourant se dénudait et se masturbait sur les lieux en question, n'est d'aucun secours pour établir les faits incriminés et n'apporte aucun éclairage sur ce que les personnes présentes ont vu.

De même, ni les déclarations du recourant, qui conteste avoir souhaité être vu des participants au cours de gymnastique et qui s'est d'ailleurs rhabillé et a pris la fuite lorsqu'il a remarqué que des personnes regardaient dans sa direction, ni le fait qu'il ait avoué avoir déjà agi à deux reprises précédemment dans les mêmes circonstances et au même endroit, ne permettent de retenir, en l'absence d'autres éléments de preuve (visibilité objective du recourant, auditions de plaignants ou de témoins), qu'il voulait être vu des personnes présentes et surtout qu'il voulait que des enfants perçoivent ses actes.

Au demeurant, s'agissant des affaires de 2002 et 2003, le recourant a été libéré de l'accusation de mise en danger du développement de mineur prétendument commise en 2002, parce que l'enquête n'avait pas permis de déterminer quel était l'âge des victimes. Il a été libéré de la même accusation et de celle d'exhibitionnisme prétendument commises en 2003, alors que le recourant aurait agi, non pas selon ses déclarations, mais selon la responsable du cours qui a été entendue, appuyé contre la baie vitrée de la salle de gymnastique, que le rapport de police mentionnait comme dans le cas d'espèce que le recourant avait été remarqué par les participants au cours et que des déclarations de plainte avaient également été jointes, parce que, faute d'audition des victimes, âgées de plus et de moins de 16 ans, il n'était pas possible de retenir que ces dernières avaient perçu les actes reprochés au recourant. On comprend d'autant moins comment, en l'absence de telles auditions, l'autorité cantonale a pu considérer un tel fait comme établi dans la présente affaire.

Les éléments de preuve figurant au dossier, et sur lesquels la cour cantonale appuie sa décision, ne permettant manifestement pas d'établir les faits retenus, l'arrêt cantonal est entaché d'arbitraire et doit être annulé. Il appartiendra aux juges cantonaux, auxquels la cause est renvoyée, de faire administrer, dans la mesure du possible, les preuves utiles, dans les formes prescrites, en vue de déterminer si le recourant voulait être vu des personnes présentes et s'il a effectivement été vu de celles-ci, notamment de savoir s'il voulait que des enfants perçoivent son comportement et ce que certains enfants ont réellement perçu.

4.

Le recours de droit public est donc admis, l'arrêt cantonal annulé et la cause renvoyée pour nouvelle décision au sens des considérants. Vu l'issue du recours, il ne sera pas prélevé de frais et le canton du Valais versera au recourant une indemnité pour ses dépens arrêtés à 2'000 fr.

Le pourvoi en nullité devient ainsi sans objet. Conformément à la pratique, il n'y a pas lieu de percevoir de frais ni d'allouer d'indemnité pour ce recours.

Enfin, la requête d'assistance judiciaire devient également sans objet s'agissant du recours de droit public et est rejetée pour le pourvoi en nullité qui était inutile.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

I. Concernant le recours de droit public

1.

Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.

2.

La requête d'assistance judiciaire est sans objet.

3.

Il n'est pas perçu de frais.

4.

Une indemnité de 2'000 francs, à la charge du canton du Valais, est allouée au recourant à titre de dépens.

II. Concernant le pourvoi en nullité

5.

Le pourvoi est sans objet.

6.

La requête d'assistance judiciaire est rejetée.

7.

Il n'est pas perçu de frais ni alloué d'indemnité.

III. Communication

8.

Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant, à la Cour pénale II du Tribunal cantonal et au Procureur général du canton du Valais.

Lausanne, le 27 mars 2007

Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse

Le président: La greffière: