

# BGer 1B\_128/2011 vom 19. Mai 2011

Bundesgericht, 2011-05-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1B\\_128\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1B_128_2011)

FR: TF 1B\_128/2011 du 19 mai 2011

IT: TF 1B\_128/2011 del 19 maggio 2011

## Erwägungen

### E. 1

Par arrêt du 3 septembre 1997, la Cour correctionnelle avec jury de la République et canton de Genève a condamné A.\_\_\_\_\_ à la peine de cinq ans de réclusion pour séquestration aggravée, enlèvement de mineurs, lésions corporelles simples, dommages à la propriété et violation de domicile. Il a été reconnu coupable d'avoir enlevé et séquestré pendant plusieurs années ses deux filles, B.\_\_\_\_\_, née le 10 février 1991, et C.\_\_\_\_\_, née le 7 août 1992, dans un lieu qu'il n'avait jamais voulu révéler mais vraisemblablement en Malaisie, lesquelles avaient ainsi été privées de toute relation avec leur mère, D.\_\_\_\_\_, domiciliée à Genève, qui en avait alors la garde exclusive.

En mai 1997, le juge d'instruction en charge de cette affaire a été amené à instruire une nouvelle procédure contre inconnu des chefs d'enlèvement et de séquestration afin de déterminer les personnes qui détenaient indûment les enfants. Il a adressé sans succès en date du 22 mars 2001 une commission rogatoire en Malaisie, visant à localiser les deux fillettes, en raison d'indices donnant à penser qu'elles étaient retenues dans ce pays.

En automne 2003, D.\_\_\_\_\_ est finalement parvenue à retrouver ses filles et les a ramenées en Suisse. Au début 2004, ces dernières ont révélé à leur mère qu'elles avaient été excisées lors de leur séjour en Malaisie. L'examen clinique auquel elles se sont soumises auprès du Département de pédiatrie des Hôpitaux Universitaires de Genève a confirmé une absence complète de clitoris chez B.\_\_\_\_\_ et une absence partielle chez la cadette selon un certificat médical établi le 11 février 2004.

Forte de ce constat, D.\_\_\_\_\_ a déposé le 16 février 2004 une plainte pénale contre son ex-mari et contre toute personne se trouvant en Malaisie susceptible d'être impliquée dans l'excision de ses filles. Le 10 juin 2004, A.\_\_\_\_\_ a été inculpé de coactivité de lésions corporelles graves et de violation du devoir d'assistance ou d'éducation pour avoir laissé exciser ses filles.

Afin de déterminer l'étendue des lésions corporelles subies par les fillettes, le juge d'instruction a ordonné, le 8 juin 2005, une expertise médicale qu'il a confiée aux doctoresses X.\_\_\_\_\_, médecin adjointe à l'Institut Universitaire de Médecine Légale, et Y.\_\_\_\_\_, médecin cheffe de clinique au Service de gynécologie des Hôpitaux Universitaires de Genève. Ces dernières ont rendu leur rapport le 17 novembre 2005. L'examen gynécologique a montré une excision ancienne du capuchon clitoridien chez B.\_\_\_\_\_, une excision ancienne partielle du même organe chez sa soeur cadette et une excision partielle de l'organe du clitoris de type I auprès des deux fillettes. Les expertes ont confirmé leur rapport à l'audience du 29 mars 2006.

Suite à la production de plusieurs certificats médicaux, qui attestent une absence de mutilation génitale sur la cadette des filles, le juge d'instruction a mandaté, en date du 24

juillet 2008, la doctoresse E. \_\_\_\_\_, de l'Institut de radiologie de la Clinique des Grangettes, à Chêne-Bougeries, afin de procéder à un nouvel examen des jeunes filles. L'experte a rendu son rapport le 9 septembre 2008. L'examen clinique et échographique de C. \_\_\_\_\_ et de sa soeur B. \_\_\_\_\_ a mis en évidence, pour la première, l'absence de toute lésion de la vulve et du clitoris et, pour la seconde, une excision partielle du capuchon clitoridien, d'environ un tiers, avec préservation complète des piliers et de la vascularisation de l'organe. L'experte a confirmé son rapport en audience contradictoire du 4 décembre 2008.

Le 27 janvier 2009, A. \_\_\_\_\_ a contesté la valeur probante de cette expertise en se fondant sur un avis de la doctoresse F. \_\_\_\_\_, du Centre d'imagerie Rive Droite SA, à Genève, pour qui, s'agissant d'une excision, l'examen clinique serait le plus performant et, en cas de doute, devrait primer sur un examen échographique. Il sollicitait en conséquence la mise en oeuvre d'une contre-expertise clinique avec la participation d'un expert de nationalité libyenne ou malaisienne.

Le 12 février 2010, A. \_\_\_\_\_ a recouru à la Chambre d'accusation de la République et canton de Genève contre le silence prolongé du juge d'instruction constitutif d'un refus de statuer sur les demandes d'acte d'instruction de la défense. Il concluait à que ce magistrat soit invité à demander deux avis de droit auprès de l'Institut suisse de droit comparé, à inculper les médecins ayant faussement allégué la présence de lésions génitales sur la cadette de ses filles et à ordonner une nouvelle contre-expertise gynécologique sur la personne de sa fille aînée en désignant un ou deux experts sur proposition de la défense. La Chambre d'accusation a rejeté le recours par ordonnance du 5 mai 2010.

Le 17 mai 2010, B. \_\_\_\_\_ et sa soeur cadette ont requis l'inculpation des complices malais présumés de leur séquestration en Malaisie de 1996 à 2001, dont elles indiquaient les coordonnées. Elles ont demandé au magistrat instructeur de mandater l'Institut suisse de droit comparé pour établir le principe de la double incrimination visant les charges d'enlèvement et de séquestration au cas d'espèce.

Le 10 juin 2010, A. \_\_\_\_\_ a produit un certificat médical établi deux jours plus tôt par la gynécologue G. \_\_\_\_\_, à Lutry, qui atteste de l'absence d'excision partielle clitoridienne sur B. \_\_\_\_\_, la seule particularité anatomique constatée étant un accolement de la partie inférieure de la petite lèvre droite à la grande lèvre. Il a requis la mise en oeuvre d'une contre-expertise.

Dans une écriture conjointe du 9 juillet 2010, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont recouru auprès de la Chambre d'accusation contre le silence prolongé du juge d'instruction qu'ils assimilent à un refus arbitraire de statuer sur leur demande d'actes d'instruction.

Par ordonnance du 15 juillet 2010, le juge d'instruction a communiqué la procédure au Procureur général de la République et canton de Genève sans avoir procédé aux actes d'instruction et à l'inculpation requis. A. \_\_\_\_\_, en son nom et en celui de sa fille cadette, et B. \_\_\_\_\_ ont contesté cette décision devant la Chambre d'accusation.

Cette juridiction a rejeté, dans la mesure de leur recevabilité, les recours dont elle était saisie après les avoir joints au terme d'une ordonnance rendue le 28 février 2011.

Agissant par la voie du recours en matière pénale et du recours constitutionnel subsidiaire, B. \_\_\_\_\_ demande au Tribunal fédéral d'annuler cette décision et d'ordonner le renvoi de la procédure pénale à la procédure préliminaire afin que les actes d'instruction sollicités

soient réalisés. Elle requiert l'assistance judiciaire gratuite et la désignation d'un avocat qui pourrait, dans un délai supplémentaire, remédier aux défauts et lacunes de ses écritures.

Le Ministère public de la République et canton de Genève conclut au rejet du recours pour autant qu'il soit recevable. La Chambre pénale de recours de la République et canton de Genève n'a pas déposé d'observations.

## **E. 2**

L'ordonnance attaquée est une décision rendue en matière pénale, au sens de l'art. 78 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), puisqu'elle se rapporte à la conduite de l'instruction pénale. La voie ordinaire du recours en matière pénale est donc ouverte à l'exclusion du recours constitutionnel subsidiaire ( art. 113 LTF ).

### **E. 2.1**

La décision par laquelle la Chambre d'accusation confirme en dernière instance cantonale la transmission du dossier de la procédure pénale au Procureur général sans avoir procédé aux actes d'instruction et à l'inculpation requis ne constitue qu'une simple étape avant le jugement et revêt un caractère incident (cf. ATF 122 IV 45 consid. 1c p. 46/47). Le fait qu'à cette occasion, la cour cantonale aurait commis un déni de justice formel, comme le prétend la recourante, en ne statuant pas sur l'un des griefs invoqués ou violé son droit d'être entendue, ne change rien au caractère incident de la décision en question (cf. arrêt 1P.269/2002 du 18 juillet 2002 consid. 1.2). Le recours en matière pénale contre une décision incidente n'est recevable qu'aux conditions de l' art. 93 al. 1 LTF dès lors qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de l' art. 92 LTF . Une telle décision ne peut être examinée par le Tribunal fédéral que si elle peut causer un préjudice irréparable ( art. 93 al. 1 let. a LTF ) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse ( art. 93 al. 1 let. b LTF ). Cette dernière hypothèse n'entre pas en considération en l'espèce, à ce stade d'une procédure pénale ( ATF 133 IV 288 consid. 3.2 p. 292). Quant à l' art. 93 al. 1 let. a LTF , il suppose, en matière pénale, que la partie recourante soit exposée à un dommage de nature juridique, qui ne puisse pas être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision qui lui serait favorable ( ATF 136 IV 92 consid. 4 p. 95).

### **E. 2.2**

Selon la jurisprudence, le recours au Tribunal fédéral n'est en principe pas recevable contre une ordonnance de renvoi, car le renvoi en jugement au terme d'une instruction pénale ne cause pas un dommage de nature juridique ( ATF 133 IV 139 consid. 4 p. 141). Il en va de même lorsque la contestation porte sur une ordonnance de soit-communiqué au sens de l'art. 185 du Code de procédure pénale genevois (CPP-GE) de même nature (cf. arrêt 1B\_174/2008 du 3 juillet 2008 consid. 3). La recourante, à qui il incombait d'établir l'existence d'un tel préjudice ( ATF 134 III 426 consid. 1.2 p. 429), ne s'exprime nullement sur cette question. Il n'y a pas lieu de lui désigner un défenseur d'office pour compléter son recours sur ce point car l'existence d'un dommage irréparable n'est pas manifeste au vu du dossier et des griefs soulevés contre la décision attaquée, sous réserve du reproche adressé à la cour cantonale d'avoir statué sans lui avoir accordé l'assistance d'un avocat selon l' art. 28 CPP -GE (arrêts 8C\_224/2011 du 11 avril 2011 et 1B\_235/2008 du 2 septembre 2008 consid. 7.1). Sur tous ces points, l'ordonnance attaquée ne peut faire l'objet d'un recours immédiat au Tribunal fédéral en vertu de l' art. 93 al. 1 LTF . Le recours est par conséquent irrecevable en tant qu'il porte sur le refus d'ordonner une contre-expertise gynécologique,

sur le refus d'inculper les complices malais de la séquestration de la recourante, sur la reconnaissance de la qualité de partie civile de sa mère ou encore sur les frais de justice mis à sa charge conjointement et solidairement avec son père (cf. ATF 134 III 188 consid. 2.3 p. 191; 133 V 645 consid. 2.2 p. 648; 128 I 215 consid. 2.1 p. 216).

Le grief tiré de la violation du droit à l'assistance d'un avocat d'office est pour le surplus infondé. L'art. 28 CPP -GE auquel se réfère la recourante se borne en effet à prévoir que la partie civile peut se faire assister ou représenter par un ou plusieurs avocats autorisés à représenter les parties en matière civile devant les tribunaux genevois. Elle ne lui confère en revanche aucun droit à se voir désigner un conseil d'office aux fins de déposer un recours et ne saurait dès lors avoir été violée. Il ressort au demeurant de la pièce n° 13 produite en annexe au recours que la recourante s'est vue accorder, par décision du 8 octobre 2010, l'assistance juridique d'un avocat pour la conseiller dans la procédure pénale pendante avec effet rétroactif au 25 août 2010, pour une activité limitée à 5 heures au maximum. Elle ne prétend pas qu'elle aurait recouru contre cette décision au motif qu'elle estimait l'assistance qui lui a été accordée insuffisante à sauvegarder efficacement ses droits, ou qu'elle aurait sollicité sans succès la désignation d'un autre avocat en lieu et place de celui qui lui a été désigné sous prétexte qu'il aurait, comme elle l'affirme, refusé de l'assister dans la procédure de recours pendante devant la Chambre d'accusation. Dans ces conditions, les critiques adressées sur ce point à la décision attaquée sont infondées.

### **E. 3**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Les conclusions du recours étant d'emblée vouées à l'échec, la désignation d'un avocat d'office ne s'imposait pas et la demande d'assistance judiciaire doit être écartée ( art. 64 LTF ). Etant donné les circonstances, l'arrêt sera rendu sans frais (art. 66 al. 1, 2ème phrase, LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.