

BGer 6B 732/2018 vom 18. September 2018

Bundesgericht, 2018-09-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_732_2018

FR: TF 6B 732/2018 du 18 septembre 2018

IT: TF 6B 732/2018 del 18 settembre 2018

Regeste

Ordonnance de non-entrée en matière (actes d'ordre sexuel avec des enfants) | Procédure pénale

Erwägungen

E. 1

La recourante s'en prend à la décision de la cour cantonale par laquelle celle-ci a annulé l'ordonnance de non-entrée en matière du ministère public et lui a retourné la cause pour qu'il procède à un complément d'enquête. Cette décision est de nature incidente (cf. art. 93 LTF), dès lors qu'elle ne met pas fin à la procédure pénale et aboutit au renvoi de la cause au ministère public pour un complément d'enquête.

E. 1.1

La décision attaquée ne porte pas sur la compétence ni sur une demande de récusation (cf. art. 92 LTF), et ne peut donc faire l'objet d'un recours en matière pénale - au sens des art. 78 ss LTF - qu'aux conditions de l'art. 93 al. 1 LTF, soit si elle peut causer un préjudice irréparable à son destinataire (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). A moins que ces conditions ne sautent aux yeux, il appartient au recourant d'en démontrer la réalisation, sous peine d'irrecevabilité (ATF 136 IV 92 consid. 4 p. 95; arrêt 6B_703/2018 du 8 août 2018 consid. 1.1). Dans la procédure de recours en matière pénale, un préjudice irréparable se rapporte à un dommage de nature juridique qui ne puisse pas être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant (ATF 141 IV 284 consid. 2.2 p. 287; 137 IV 172 consid. 2.1 p. 173), ce qui est en particulier le cas quand la décision incidente contestée ne peut plus être attaquée avec la décision finale, en rendant ainsi impossible le contrôle par le Tribunal fédéral. En revanche, un dommage de pur fait, comme la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, n'est pas considéré comme irréparable (ATF 143 IV 175 consid. 2.4 p. 178; 138 III 190 consid. 6 p. 192; 133 IV 139 consid. 4 p. 141 et les références citées).

E. 1.2

La recourante soutient qu'en refusant d'ordonner au ministère public d'ouvrir une instruction, la cour cantonale lui dénie son droit au débat contradictoire et fait échec à son droit de partie de participer, par l'entremise de son curateur de représentation, à l'administration des preuves. En particulier, son curateur ne pourra pas assister à sa seconde audition par la police ordonnée par la cour cantonale. Il s'agit selon elle d'un préjudice de nature juridique, par ailleurs irréparable dès lors que le nombre d'auditions d'un enfant au sens de l'art. 154 CPP est en principe limité à deux, cela dans le but de préserver sa santé

psychique.

E. 1.3

Conformément à l'art. 154 al. 4 let. b et c CPP, il y a lieu de limiter au maximum les auditions des enfants victimes. Aussi, lorsque l'enfant s'oppose à la décision consistant à ordonner sa réaudition, ou encore lorsqu'il conteste la nomination de l'expert désigné pour procéder à son audition, il peut se prévaloir d'un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF (arrêts 1B_495/2011 du 18 octobre 2011 consid. 1.2; 1B_36/2010 du 19 avril 2010 consid. 1.2.2). La situation d'espèce se distingue de celle qui prévalait dans les décisions citées. En effet, la recourante ne s'oppose pas à sa nouvelle audition. Elle critique la décision de la cour cantonale uniquement dans la mesure où elle n'ordonne pas au ministère public d'ouvrir immédiatement l'instruction. Elle ne saurait dès lors invoquer un préjudice juridique de nature irréparable en invoquant l' art. 154 CPP , qui ne règle pas la question de savoir à quel moment l'instruction doit être ouverte. Par ailleurs, en tant que la recourante fait valoir qu'elle ne sera pas entendue conformément à l' art. 154 CPP , elle se borne à émettre une hypothèse, les conditions de son audition n'étant pas encore fixées. La décision par laquelle la cour cantonale exhorte le ministère public à administrer des actes d'enquête, sans toutefois lui faire ordre d'ouvrir une instruction, ne fait que prolonger la procédure préliminaire. Le cas échéant, la recourante pourra faire valoir ses droits à l'issue de l'administration de ces actes, de sorte qu'elle ne subit aucun préjudice irréparable. La décision attaquée ne peut donc pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

E. 1.4

Sur le vu de ce qui précède, le recours est irrecevable. II. Recours de C. _____

E. 2.1

Aux termes de l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF, la partie plaignante qui a participé à la procédure de dernière instance cantonale est habilitée à recourir au Tribunal fédéral si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles. Constituent de telles prétentions celles qui sont fondées sur le droit civil et doivent en conséquence être déduites ordinairement devant les tribunaux civils. Il s'agit principalement des prétentions en réparation du dommage et du tort moral au sens des art. 41 ss CO (ATF 141 IV 1 consid. 1.1 p. 4). En vertu de l' art. 42 al. 1 LTF , il incombe au recourant d'alléguer les faits qu'il considère comme propres à fonder sa qualité pour recourir. Lorsque le recours est dirigé contre une décision de non-entrée en matière ou de classement de l'action pénale, la partie plaignante n'a pas nécessairement déjà pris des conclusions civiles. Quand bien même la partie plaignante aurait déjà déclaré des conclusions civiles (cf. art. 119 al. 2 let. b CPP), il n'en reste pas moins que le procureur qui refuse d'entrer en matière ou prononce un classement n'a pas à statuer sur l'aspect civil (cf. art. 320 al. 3 CPP). Dans tous les cas, il incombe par conséquent à la partie plaignante d'expliquer dans son mémoire au Tribunal fédéral quelles prétentions civiles elle entend faire valoir contre l'intimé. Comme il n'appartient pas à la partie plaignante de se substituer au ministère public ou d'assouvir une soif de vengeance, la jurisprudence entend se montrer restrictive et stricte, de sorte que le Tribunal fédéral n'entre en matière que s'il ressort de façon suffisamment précise de la motivation du recours que les conditions précitées sont réalisées, à moins que l'on puisse le déduire directement et sans ambiguïté compte tenu notamment de la nature de l'infraction alléguée (ATF 141 IV 1 consid. 1.1 p. 4 et les arrêts cités).

E. 2.2

Les comportements dénoncés par la recourante, à savoir des actes d'ordre sexuel avec un enfant (art. 187 CP), sont constitutifs d'infractions graves contre l'intégrité sexuelle. Il apparaît d'emblée que la décision de non-entrée en matière est de nature à influencer négativement le jugement des prétentions civiles en réparation du tort moral qu'elle pourrait faire valoir contre l'intimé en raison des agressions prétendument subies. La recourante remplit ainsi les exigences jurisprudentielles permettant de lui reconnaître la qualité pour recourir en matière pénale (art. 81 al. 1 let. a et b ch. 5 LTF).

E. 3

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir établi les faits de manière arbitraire. Elle invoque également une violation du principe *in dubio pro duriore* .

E. 3.1.1

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 143 IV 500 consid. 1.1 p. 503; 143 IV 241 consid. 2.3.1 p. 244). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des conclusions insoutenables (ATF 143 IV 500 consid. 1.1 p. 503; 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références citées). Le Tribunal fédéral n'entre ainsi pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (ATF 142 III 364 consid. 2.4 p. 368).

E. 3.1.2

Conformément à l' art. 310 al. 1 let. a CPP , le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis. Selon la jurisprudence, cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "*in dubio pro duriore*" (arrêt 6B_1456/2017 du 14 mai 2018 consid. 4.1 et les références citées). Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 1 CPP en relation avec les art. 309 al. 1, 319 al. 1 et 324 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91) et signifie qu'en principe, un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation que le Tribunal fédéral revoit avec retenue. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquiescement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et les références citées). Dans les procédures où

l'accusation repose essentiellement sur les déclarations de la victime, auxquelles s'opposent celles du prévenu et lorsqu'il n'est pas possible d'estimer que certaines dépositions sont plus crédibles que d'autres, le principe " in dubio pro duriore " impose en règle générale, au stade de la clôture de l'instruction, que le prévenu soit mis en accusation (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.2 p. 243 et les arrêts cités; arrêts 6B_179/2018 du 27 juillet 2018 consid. 3.1; 6B_193/2018 du 3 juillet 2018 consid. 2.1). En amont, une telle configuration exclut aussi, en principe, une décision de non-entrée en matière. Cela vaut en particulier lorsqu'il s'agit de délits commis typiquement " entre quatre yeux " pour lesquels il n'existe souvent aucune preuve objective. Il peut toutefois être renoncé à une mise en accusation lorsque la partie plaignante fait des dépositions contradictoires, rendant ses accusations moins crédibles ou encore lorsqu'une condamnation apparaît au vu de l'ensemble des circonstances a priori improbable pour d'autres motifs (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.2 p. 243; arrêt 6B_874/2017 du 18 avril 2018 consid. 5.1). Suivant les circonstances, les mêmes motifs peuvent aussi permettre, en particulier si la crédibilité de la partie plaignante est d'emblée remise en question par des éléments manifestement probants, de rendre une décision de non-entrée en matière.

E. 3.1.3

Aux termes de l' art. 187 al. 1 CP , celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans, celui qui aura entraîné un enfant de cet âge à commettre un acte d'ordre sexuel, celui qui aura mêlé un enfant de cet âge à un acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Constitue un acte d'ordre sexuel au sens de cette disposition 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 (arrêts 6B_180/2018 du 12 juin 2018 consid. 3.1; 6B_35/2017 du 26 février 2018 consid. 4.2). 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, il convient de tenir compte de l'ensemble des éléments d'espèce (cf. ATF 125 IV 58 consid. 3b p. 63 et les références citées). Une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits, constitue un acte d'ordre sexuel (arrêts 6B_180/2018 précité consid. 3.1 et les références citées; 6B_35/2017 précité consid. 4.2).

E. 3.2

La recourante reproche à l'autorité précédente d'avoir retenu que les propos qu'elle avait tenus devant son curateur n'allaient pas au-delà de ce qu'elle avait raconté à l'inspectrice de police. Elle met en exergue que selon le rapport d'entretien rédigé par son curateur, elle a déclaré que son père lui " fait ça " depuis qu'elle a sept ans et qu'il lui touchait les fesses avec les deux mains, tout en faisant un geste de la main vers le bas du dos. Elle réussissait toutefois à partir et allait aux toilettes. Elle avait également indiqué que c'était plus grave en ce qui concernait sa soeur A. _____ car " il enfonçait plus, il descendait plus ". Elle a encore précisé, " de manière un peu confuse " selon les termes employés par son curateur, que quand son père est avec sa mère au tribunal, " il a dit qu'il les met pas sous la couette, mais c'est faux, elle étouffait presque, mais elle a réussi à respirer, mais sous la couette il essayait d'enlever le slip, elle l'a poussé avec son pied, il a pas le droit de faire ça ". S'agissant de cette dernière déclaration, on comprend de l'usage de la troisième personne dans le propos rapporté par son curateur que la recourante ne parlait pas d'elle-même. De

manière générale, les explications que la recourante a données à son curateur portent essentiellement sur des faits visant sa soeur A._____. Pour ce qui la concerne, elle s'est limitée à évoquer des caresses dans le dos jusque vers les fesses, comme elle l'a déclaré devant l'inspectrice de police (arrêt attaqué consid. 2.3, 3ème par. p. 12). En outre, de la même manière que lors de son audition à la police, la recourante a mimé le geste de son père en arrêtant sa main en bas de son dos (idem). Partant, on ne voit pas en quoi il était insoutenable de conclure que, s'agissant des faits qui la concernent, la recourante n'avait rien dit de plus à son curateur que ce qu'elle avait raconté à l'inspectrice. Le grief est infondé.

E. 3.3

Selon la recourante, les éléments du dossier ne permettaient pas d'aboutir, à ce stade des investigations, à la certitude absolue que la situation de fait et de droit était claire et que les comportements imputés à son père n'étaient pas punissables. La cour cantonale aurait dû ordonner l'ouverture d'une instruction, dans le cadre de laquelle la Dresse J._____, l'assistante sociale I._____ et les enfants D._____ et E._____ devraient être entendus.

E. 3.3.1

La cour cantonale a constaté que, tant devant le curateur que l'inspectrice de police, la recourante avait montré un geste qui s'arrêtait en bas de son dos lorsqu'on lui demandait d'imiter les actes de son père. En outre, à teneur de l'attestation de la Dresse J._____, l'enfant lui aurait d'abord dit que son père lui caressait le dos jusque dans la culotte, mais aurait ensuite précisé que son père ne dépassait pas le dos. L'autorité précédente a retenu que la mention des " fesses " dans le discours de la recourante ne paraissait pas spontanée mais plutôt venir d'une contamination de l'entourage, en particulier de la mère au vu de la discussion relatée avec cette dernière. En effet, selon les explications de A._____, après que leur mère a vu leur audition filmée à la police, il avait été question du fait qu'il était écrit " le dos " alors que la recourante, au cours de son audition, avait touché ses fesses. Selon A._____, leur mère avait dit: " si vous ne dites [sic] pas ça, ça va pas se régler, vous allez retourner chez votre père, et il va refaire ça, et notre papa va être fâché contre nous " (arrêt attaqué, consid. D.b.). La cour cantonale a également considéré qu'il n'existait aucun élément ne permettant de retenir ne serait-ce qu'une tentative d'acte d'ordre sexuel, dès lors que, interrogée sur les raisons qui lui faisaient penser que son père voulait la caresser plus bas que le dos, la recourante avait répondu qu'elle pensait cela car il avait " déjà fait ça à A._____ ", à qui il avait même fait plus - sans pouvoir expliquer quoi - et que, du coup, elle se méfiait de lui (arrêt attaqué, consid. 2.3 p. 12). Il n'y avait dès lors pas lieu de revenir, s'agissant de la recourante, sur la décision du ministère public, au vu de l'absence de prévention pénale suffisante.

E. 3.3.2

Lors de son audition selon le protocole du National Institute of Child Health and Human Development (NICHD), la recourante, entendue par une inspectrice de police, a répété à plusieurs reprises que son père la touchait " là " en montrant le bas de son dos et qu'elle se méfiait de lui, notamment lorsqu'ils jouaient à la pieuvre, car " à chaque fois il essaie d'enfoncer et moi je pars ". Invitée à préciser l'endroit concerné, la recourante s'est levée du canapé et a montré le bas du dos, précisant qu'il la touchait " vers le cou ", puis descendait de plus en plus, vers les " fesses ". En mimant le geste, debout, l'enfant avait fait un

mouvement depuis sous ses omoplates, jusqu'au bas de son dos. Elle a précisé, à nouveau, qu'il essayait " de plus en plus d'enfoncer ", c'est-à-dire de " descendre ". Lorsque l'inspectrice lui a demandé de montrer où il s'était arrêté la dernière fois que cela était arrivé, elle a montré son dos, au niveau de la taille. L'inspectrice lui a demandé si son père avait fait autre chose, ce à quoi elle a répondu par la négative. Invitée à expliquer ce qui la dérangeait, lorsque son père la touchait " là ", la recourante a répondu que c'était qu'il veuille " enfoncer là " et c'était " bizarre aussi un peu ". Invitée à expliquer pourquoi elle pensait qu'il allait " enfoncer " plus, elle a répondu qu'il avait déjà fait ça à A. _____ et " il lui a même fait plus que moi ", du coup elle savait qu'il voulait lui faire à elle aussi et elle se méfiait de lui. A la question de savoir ce que A. _____ lui avait dit, la recourante avait répondu que sa soeur lui avait dit " moi il me fait plus " mais ne lui avait toutefois rien raconté (arrêt attaqué, consid. f.a. p. 4). Des déclarations de la recourante lors de son audition selon le protocole NICHHD, la cour cantonale pouvait déduire que la recourante ne dénonçait aucun acte d'ordre sexuel. En effet, si elle a mentionné le fait que son père, en la caressant dans le dos, descendait sa main jusque vers les " fesses ", il s'avère cependant que, invitée à plusieurs reprises à mimer le geste de son père et à montrer spécifiquement jusqu'où il descendait sa main, la recourante s'est toujours arrêtée en bas de son dos et n'a jamais désigné ses fesses. Comme vu plus haut, la cour cantonale pouvait retenir que les propos que la recourante avait tenus à son curateur n'allaient pas au-delà de ce qu'elle avait raconté à l'inspectrice (consid. 3.2 supra). De même, devant la Dresse J. _____, la recourante a dit que son père lui caressait le dos jusque dans la culotte, mais a ensuite précisé que son père ne dépassait pas le dos. Les propos rapportés par ces personnes ne permettent ainsi pas davantage de déceler des indices de la commission d'une infraction. L'appréciation de la cour cantonale selon laquelle la mention des " fesses " proviendrait plutôt d'une contamination de l'entourage n'est pas insoutenable. Enfin, la recourante se limite à supposer que son père avait l'intention de descendre sa main plus bas, mais n'indique pas avoir dû l'en empêcher. Au regard des différents actes d'enquête administrés qui n'ont pas révélé d'indice de la commission d'une infraction, la cour cantonale pouvait retenir que les éléments constitutifs de l' art. 187 CP n'étaient manifestement pas réunis. Partant, la cour cantonale n'a pas violé le principe in dubio pro duriore en concluant au bien-fondé de l'ordonnance querellée.

E. 4

Sur le vu de ce qui précède, le recours de C. _____ est rejeté. Par ailleurs, comme vu ci-dessus, le recours de A. _____ est irrecevable (consid. 1 supra). L'assistance judiciaire est refusée, les conclusions des recourantes étant d'emblée dénuées de chances de succès. Elles supporteront les frais judiciaires, qui seront fixés en tenant compte de leur situation financière, laquelle n'apparaît pas favorable (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF).