

# **GE\_GERICHTE AARP/275/2013 vom 30. Mai 2013**

GE Cour de justice, 2013-05-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AARP\\_275\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_275_2013)

FR: GE\_GERICHTE AARP/275/2013 du 30 mai 2013

IT: GE\_GERICHTE AARP/275/2013 del 30 maggio 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel et appels joints sont recevables pour avoir été interjetés et motivés selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 du Code de procédure pénale, du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0)).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'elles (let. d) ; les

- 11/23 - P/1440/2009 conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

### **E. 2**

2.1.1 Le principe in dubio pro reo, qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 CEDH et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 Cst. et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves. En tant que règle sur le fardeau de la preuve, ce principe signifie qu'il incombe à l'accusation d'établir la culpabilité de l'accusé, et non à ce dernier de démontrer son innocence. Il est violé lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que l'accusé n'a pas prouvé son innocence, mais aussi lorsqu'il résulte du jugement que, pour être parti de la fausse prémisse qu'il incombait à l'accusé de prouver son innocence, le juge l'a condamné parce qu'il n'avait pas apporté cette preuve (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40 et les arrêts cités). Comme règle de l'appréciation des preuves, le principe in dubio pro reo interdit au juge de se déclarer convaincu d'un état de fait défavorable à l'accusé, lorsqu'une appréciation objective des éléments de preuve recueillis laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à l'existence de cet état de fait. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent certes pas à exclure une condamnation. La présomption d'innocence n'est invoquée avec succès que si le recourant démontre qu'à l'issue d'une appréciation exempte d'arbitraire de l'ensemble des preuves, le juge aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles sur sa culpabilité (ATF 120 Ia 31 consid. 2 p. 33 ss, ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 87 ss). 2.1.2 Le juge du fait dispose d'un large pouvoir dans l'appréciation des preuves (ATF 120 Ia 31 consid. 4b p. 40). Confronté à des versions contradictoires, il forge sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents. L'appréciation des preuves doit être opérée dans son ensemble et l'état de fait déduit du rapprochement de divers éléments ou indices. Un ou plusieurs arguments corroboratifs peuvent demeurer fragiles si la solution retenue peut être

justifiée de façon soutenable par un ou plusieurs arguments de nature à emporter la conviction (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_623/2012 du 6 février 2013 consid. 2.1 et 6B\_642/2012 du 22 janvier 2013 consid. 1.1).

### **E. 2.2**

Si les dispositions de procédure applicable lors de l'audition de l'appelant par la police ne consacraient pas de droit à l'assistance d'un avocat à ce stade de l'enquête, il reste que selon la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, par. 55) il faut, en règle générale, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101) demeure suffisamment « concret et effectif », que l'accès à un

- 12/23 - P/1440/2009 avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque de telles raisons peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment porter préjudice aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 CEDH. Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation. Dans une affaire *Gezer c. Turquie* du 1er décembre 2009, la Cour a considéré que les aveux faits lors d'une garde à vue d'une durée de quatre jours ne pouvaient fonder une condamnation, même si, à teneur d'un formulaire, le prévenu avait renoncé à l'assistance d'un avocat, sauf à violer les garanties de l'article 6 par. 1 CEDH. Il convient toutefois de garder présent à l'esprit que le recourant avait été maltraité par la police, ainsi que cela ressortait d'un constat médical, de telle sorte que la Cour a retenu également une violation de l'article 3 CEDH, qui prohibe la torture. Se fondant sur cette jurisprudence, la Chambre pénale avait jugé sous l'empire de l'ancien code déjà qu'une condamnation ne saurait être fondée sur les seuls aveux faits lors d'un interrogatoire de police en l'absence d'un avocat, s'ils ne sont pas corroborés par d'autres éléments du dossier (ACJP/137/2010 du 27 juin 2010 consid. 2.1 et 2.3).

### **E. 2.3**

L'art. 187 ch. 1 al. 1 CP réprime le comportement de celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de seize ans. Cette disposition a pour but de permettre aux enfants un développement sexuel non perturbé. Elle 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 (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3ème éd., 2010, p. 785 n. 4 ad art. 187 CP; A. DONATSCH, *Strafrecht III*, 9ème éd., 2008, p. 458; G. JENNY, *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch*, Bes. Teil., vol. 4, 1997, p. 24, n. 6 ad art. 187 CP). 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 (B. CORBOZ, *op. cit.*, p. 785 n. 6 ad art. 187 CP; A. DONATSCH, *op. cit.*, p. 459). 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 ou de la signification que le comportement a pour celui-ci ou pour la victime (arrêt 6B\_7/2011 du 15 février 2011 consid. 1.2; 6B\_777/2009 du 25 mars 2010 consid. 4.3; 6S.355/2006 du 7 décembre 2006 consid. 3.1, non publié à l'ATF 133 IV 31). Dans les cas équivoques, qui n'apparaissent extérieurement ni neutres, ni

- 13/23 - P/1440/2009 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). 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 (B. CORBOZ, op. cit., p. 786 n. 7 ad art. 187 CP). Un baiser sur la bouche ou une tape sur les fesses sont des actes insignifiants qui ne sont pas des actes d'ordre sexuel. En revanche, un baiser lingual ou des baisers insistants sur la bouche revêtent indiscutablement un caractère sexuel (ATF 125 IV 58 consid. 3b p. 63; arrêt 6B\_7/2011 du 15 février 2011 consid. 1.4). Il en va de même d'une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits (TRECHSEL/BERTOSSA, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, n. 6 ad art. 187 CP). 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 (B. CORBOZ, op. cit., p. 786 n. 7 ad art. 187 CP). L'art. 187 protège le développement des mineurs mais non leur libre détermination en matière sexuelle. En conséquence, cette disposition est appliquée en concours avec l'art. 189 à 194 CP (B. CORBOZ, op. cit., n° 60 ad art. 187 CP).

#### **E. 2.4**

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 de la réclusion pour dix ans au plus ou de l'emprisonnement. 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 p. 196). 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. 2.5.1 Indépendamment de la question de date à laquelle les deux premières occurrences reprochées à l'appelant sont intervenues, le seul élément à charge consiste dans les observations faites par C\_\_\_\_\_ qui a très brièvement aperçu l'appelant tenant l'enfant B\_\_\_\_\_ d'une main alors qu'il avait glissé l'autre dans son pantalon pour l'en retirer aussitôt. Pour ambigu qu'il soit compte tenu des autres éléments du dossier, ce comportement n'est pas nécessairement constitutif d'un acte d'ordre sexuel. Rien ne permet de tenir pour établi que l'appelant était en train de se masturber, comme décrit dans l'acte d'accusation. Peut-être était-il sur le point de se livrer à un tel geste, ce qui relèverait de la tentative ; peut-être en était-il encore à un

- 14/23 - P/1440/2009 stade précédent, envisageant cette éventualité, sans avoir encore pris la décision de le faire, ce qui ne serait alors pas punissable. La situation était d'ailleurs si

peu claire que C\_\_\_\_\_, une femme adulte, a éprouvé des doutes sur la connotation sexuelle de ce qu'elle avait observé, se demandant notamment si son beau-père s'était gratté. Dans de telles circonstances, il n'est pas possible de tenir pour établi que l'appelant a commis un acte d'ordre sexuel, ni même une tentative, en présence de la partie plaignante dans les hypothèses visées sous ch. 1 et 2 de l'acte d'accusation. L'appel doit être admis, le jugement réformé sur ces points et l'appelant acquitté. 2.5.2.1 En ce qui concerne les faits du 18 janvier 2009 en revanche, le comportement observé par C\_\_\_\_\_ consiste bien en un acte de masturbation, celle-ci ayant vu l'appelant tenir son sexe dans sa main, le poing fermé, devant l'enfant qu'il tenait par un bras. 2.5.2.2 Les déclarations de la mère de l'enfant dans la procédure sont constantes, extrêmement précises, confirmées par les éléments du dossier s'agissant des circonstances entourant les actes (dates approximatives, lieux, occasions) et frappent par leur retenue, C\_\_\_\_\_ ayant décrit ce qu'elle avait vu, sans hésiter à évoquer ses doutes et faisant clairement la distinction entre ce qui relevait de l'observation et ce qui relevait de l'appréciation. Elle n'avait aucune raison de mentir, ayant œuvré depuis le début de sa relation avec le père de l'enfant pour recréer les liens familiaux avec l'appelant et faute du moindre contentieux. La prudence dont elle a fait preuve durant les mois où elle a nourri des soupçons qu'elle a tenté d'étouffer démontre l'absence de volonté de nuire. Supposé avéré, le passé douloureux de l'intéressée, évoqué pour la première fois en appel, pourrait éventuellement créer un doute sur la justesse de ses interprétations voire, si la question s'était posée en ces termes, sur des comportements ou dires de sa fille qu'elle aurait pu induire, involontairement. En revanche, un tel passé ne permet pas de taxer la mère de la partie plaignante de fausseté, ni de penser qu'elle aurait pu être victime d'hallucinations ou autres pertes de contact avec la réalité. Cela est d'ailleurs d'autant moins envisageable que l'appelant a admis à la police puis encore devant l'Officier de police avoir brièvement sorti son sexe de son pantalon et qu'il reconnaît encore l'avoir au moins déplacé, dans son pantalon, parce qu'il éprouvait une gêne, confirmant ainsi partiellement les dires de sa belle-fille. Les déclarations de C\_\_\_\_\_ sont partant fortement crédibles. 2.5.2.3 Au regard de la jurisprudence précitée, les aveux de l'appelant à la police peuvent être retenus à son encontre, quand bien même ils ont été commis en l'absence d'un avocat, dans la mesure où ils ne constituent pas le seul élément à charge, ni même l'élément prépondérant, lequel tient aux déclarations de C\_\_\_\_\_. Ces aveux sont détaillés et précis. Le procès-verbal d'audition permet de suivre le cheminement, très cohérent, de l'appelant, qui a commencé par tout nier, puis a peu à peu concédé avoir sorti son sexe et avoir été mû par une pulsion de s'exhiber devant l'enfant, même s'il ne qualifiait pas l'acte de masturbation parce qu'il n'était pas en

- 15/23 - P/1440/2009 érection. Les allégations d'excès de la police n'ont été formulées que tardivement, sont vagues et guère compatibles avec la précision des déclarations prétendument extorquées. Les dénégations ultérieures de l'appelant sont pour leur part peu crédibles, celui-ci ayant varié sur sa position (face à l'enfant ou non), sur la question de savoir si son pantalon était ouvert et sur sa volonté d'explorer la question du déni. Il a fait des déclarations dont l'inexactitude a pu être établie lors des débats de première instance, s'agissant de la configuration de l'appartement. L'existence d'une précédente condamnation, définitive et en force, pour des faits similaires constitue également un indice à charge qui vient s'ajouter aux autres éléments, même s'il faut l'apprécier avec une certaine circonspection, vu les protestations de l'appelant qui se dit victime d'une erreur judiciaire. 2.5.2.4 En revanche, le comportement de l'enfant considéré suspect par ses parents n'est pas un indice d'abus, de multiples explications pouvant être envisagées. En

particulier, l'acte d'une fillette qui écarte les lèvres de son vagin alors que sa mère la lave n'a pas nécessairement une connotation sexuelle ; même si c'était le cas en l'occurrence, il est fréquent que des enfants en bas âge s'exhibent sans que cela ne soit une indication d'abus. Il n'est pas établi qu'il y ait un lien entre les mots « maman fais » et le geste de l'enfant. Au demeurant, il est pour le moins hasardeux de tenter d'interpréter des mots aussi elliptiques, qui plus est prononcés par un enfant sachant à peine parler. 2.5.2.5 Sur la base des éléments retenus comme pertinents, constituant un faisceau d'indices fort, il est établi au-delà de tout doute raisonnable que l'appelant s'est masturbé, le 18 janvier 2009, devant la partie plaignante, alors âgée de trois ans et quatre mois, dans l'appartement de la famille de l'enfant, sis 7 rue des Feuillasses, comme indiqué dans l'acte d'accusation tel que corrigé le 6 février 2013, pour les motifs développés dans l'OARP/30/2013 et à l'audience d'appel. 2.5.2.6 S'agissant des baisers en l'air mimés par l'appelant, la CPAR considère que leur portée telle que décrite dans l'acte d'accusation relève d'une interprétation possible mais pas exclusive. Une autre explication plausible peut être que l'appelant, qui revêtait une fonction de grand-père de la partie plaignante, a mimé des bisous pour la tranquilliser et éviter ainsi qu'elle ne donne l'alerte. Il n'est en tout cas pas établi que le but recherché était de conduire l'enfant à embrasser le sexe de l'appelant. Aussi, ces derniers faits ne seront pas retenus à son encontre. 2.5.3 Les faits retenus sont constitutifs d'actes d'ordre sexuel avec un enfant et d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance, vu l'âge de la partie plaignante, ce que l'appelant ne conteste d'ailleurs pas. Il sera par conséquent reconnu coupable d'infraction aux art. 187 ch. 1 et 191 CP et le jugement réformé en ce sens.

- 16/23 - P/1440/2009

### **E. 3.1**

Le Ministère public conclut au prononcé d'une peine plus sévère. L'appelant n'a pas formellement pris de conclusions dans sa déclaration d'appel au sujet de la quotité de la peine. Dans la mesure où il est en définitive acquitté des infractions dont le premier juge l'avait reconnu coupable mais condamné de celle dont il avait été acquitté, il convient de revoir entièrement cette question, soit aussi bien en sa défaveur, dans les limites des conclusions du Ministère public, qu'en sa faveur. 3.2.1 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). Comme sous l'ancien droit, le facteur essentiel est celui de la faute. Les critères énumérés, de manière non exhaustive, par cette disposition légale correspondent à ceux fixés par l'art. 63 aCP et la jurisprudence élaborée en application de cette ancienne disposition conserve toute sa valeur, de sorte que l'on peut continuer à s'y référer (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_992/2008 du 5 mars 2009 consid. 5.1). 3.2.2 Le juge atténue la peine en application de l'art. 19 al. 2 CP 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. Les principes qui gouvernent l'application de cette disposition sont développés notamment dans un arrêt du Tribunal fédéral du 8 mars 2010 (ATF 136 IV 55). Le juge doit apprécier la culpabilité subjective de l'auteur à partir de la gravité objective de l'acte. Dans le cadre de cette

appréciation, il doit aussi tenir compte de la diminution de responsabilité de l'auteur et doit indiquer dans quelle mesure celle-ci exerce un effet atténuant sur la culpabilité. Une diminution de la responsabilité au sens de l'art. 19 CP ne constitue qu'un critère parmi d'autres pour déterminer la faute liée à l'acte, et non plus un facteur qui interfère directement sur la peine. La réduction de la peine n'est que la conséquence de la faute plus légère (ATF 136 IV 55 consid. 5.5, 5.6 et 6.1 p. 59 et suivantes, arrêt du Tribunal fédéral 6B\_741/2010 du 9 novembre 2010 consid. 3.1.2). En bref, le juge doit procéder comme suit en cas de diminution de la responsabilité pénale : dans un premier temps, il doit décider, sur la base des constatations de fait de l'expertise, dans quelle mesure la responsabilité pénale de l'auteur doit être restreinte sur le plan juridique et comment cette diminution de la responsabilité se répercute sur l'appréciation de la faute. La faute globale doit être qualifiée et désignée expressément dans le jugement (art. 50 CP). Dans un second temps, il convient de déterminer la peine hypothétique, qui correspond à cette faute. La peine ainsi fixée peut enfin être modifiée en raison de facteurs liés à l'auteur (Täterkomponente) ainsi qu'en raison d'une éventuelle tentative

- 17/23 - P/1440/2009 selon l'art. 22 al. 1 CP (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_741/2010 du 9 novembre 2010 consid. 3.1.2 et 6B\_1092/2009 du 22 juin 2010 consid. 2.2.2).

3.2.3 D'après la conception des nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité (ATF 134 IV 97 consid. 4 p. 100 ss). Conformément au principe de la proportionnalité, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement (ATF 134 IV 97 consid. 4.2.2 p. 101, 82 consid. 4.1 p. 85). A cet égard, une peine pécuniaire, qui atteint l'intéressé dans son patrimoine, constitue une sanction plus clémentaire qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle. La priorité à donner à une peine pécuniaire correspond au demeurant à la volonté du législateur, dont l'un des principaux buts dans le domaine des sanctions a été d'éviter les courtes peines privatives de liberté, qui entravent la resocialisation de l'auteur (ATF 134 IV 97 consid. 4.2.2 p. 101/102, 60 consid. 4.3 p. 65). Le choix du type de sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention (ATF 134 IV 97 consid. 4.2 p. 100, 82 consid. 4.1 p. 84/85). La situation économique de l'auteur ou le fait que son insolvabilité apparaît prévisible ne constituent en revanche pas des critères pertinents pour choisir la nature de la sanction (ATF 134 IV 97 consid. 5.2.3 p. 104).

S'il est admis par la doctrine que la courte peine privative de liberté (jusqu'à six mois) est reléguée au rang de peine dite de "substitution" (art. 41 al. 1 et 2 CP), il n'en est pas de même des peines supérieures jusqu'à une année. Il est établi en effet que l'art. 40 al. 1 CP conçoit la peine privative de liberté comme une peine principale, aux côtés de la possibilité de prononcer une peine pécuniaire (art. 34 al. 1 CP ; P. VENTURA, "La peine privative de liberté", in A. KUHN / L. MOREILLON / B. VIREDAZ / A. BICHOVSKY (éds), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Berne 2006, ch. II lit. B p. 201). Pour les peines de six mois à une année, la loi prévoit une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire (art. 34 al. 1 et 40 1<sup>ère</sup> phrase CP). Le juge doit donner la préférence à la peine pécuniaire. En effet, le principe de la proportionnalité commande, en cas de sanctions

alternatives, de choisir celle qui porte le moins atteinte à la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement celle qui le frappe le moins durement. Pour choisir la nature de la peine, le juge doit prendre en considération l'opportunité de la sanction déterminée, ses effets sur l'auteur et son milieu social, ainsi que son efficacité préventive (ATF 134 IV 82 consid. 4.1 p. 84).

- 18/23 - P/1440/2009 3.2.4 Conformément à l'art. 34 CP, la peine pécuniaire est fixée en jours-amende dont le tribunal fixe le nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Un jour-amende est de 3'000 francs au plus. Le juge en arrête le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (al. 2). La fixation de la peine intervient en deux phases différentes. Le Tribunal détermine d'abord le nombre des jours-amende en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Il doit ensuite arrêter le montant du jour-amende en fonction de la situation personnelle et économique de l'auteur (al. 2). Le montant total de la peine pécuniaire résulte de la seule multiplication du nombre par le montant des jours-amende. Les deux facteurs doivent être fixés séparément dans le jugement (al. 4). La peine pécuniaire doit remplacer dans le domaine des sanctions les moins graves en particulier, les peines privatives de liberté de courte durée. Elle ne se confond pas avec une simple amende (ATF 134 IV 1 consid. 5 et 6 p. 9 et 15 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 5 et 6).

### **E. 3.3**

En l'espèce, l'appelant s'en est pris à deux biens importants de l'ordre juridique, soit le développement des enfants et la libre détermination en matière sexuelle. Il a violé la confiance placée en lui par les parents de la partie plaignante, alors même que la mère avait œuvré pour tisser à nouveau les liens familiaux. Il a agi au mépris de l'avertissement très sérieux que constituait la précédente condamnation prononcée en 1999 et n'a pas non plus tenu compte des signaux d'alerte qu'aurait dû constituer le fait d'être surpris à deux reprises dans une situation pour le moins ambiguë. Ses mobiles étaient nécessairement égoïstes, s'agissant de satisfaire ses pulsions sexuelles, sans égard pour sa très jeune victime. À sa décharge, il s'agit d'un acte isolé, bref, d'une gravité relative eu égard à la large palette d'actes envisagés par les art. 187 et 191 CP, et qui ne semble pas avoir eu de conséquences importantes sur l'enfant. En outre, la responsabilité de l'appelant était très légèrement diminuée, ce qui influe sur la faute.

Celle-ci doit partant être qualifiée de moyenne.

La collaboration de l'appelant a été médiocre, celui-ci ayant rapidement rétracté les aveux consentis à la police. La prise de conscience est inexistante, l'intéressé se réfugiant dans le déni.

L'appelant a un antécédent, spécifique, mais ancien, au demeurant radié de son casier judiciaire qui est vierge en l'état.

Les faits eux-mêmes sont relativement anciens et l'appelant semble s'être bien comporté depuis lors, ce qui tend à confirmer les conclusions de l'expert selon

- 19/23 - P/1440/2009 lesquelles la dangerosité et le risque de récidive sont faibles ; ils ont dû encore diminuer avec le temps, l'appelant avançant dans l'âge.

La situation personnelle de l'appelant était favorable, celui-ci étant entouré d'une famille aimante, en particulier son épouse, qui n'a cessé de le soutenir et de tenter de le protéger, ce qui rend le passage à l'acte encore plus difficile à comprendre.

Eu égard à l'ensemble de ces circonstances une peine de six mois paraît adéquate.

Conformément au postulat posé par les nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal, cette peine doit revêtir la forme d'une peine pécuniaire, aucune circonstance n'imposant une privation de liberté.

Le montant du jour amende sera arrêté à CHF 50.-, le montant disponible de l'appelant étant estimé à CHF 1'562.- par mois après couverture des charges indispensables du couple, y compris un poste d'env. CHF 1'000.- pour la couverture de base en assurance-maladie.

Le jugement entrepris sera réformé sur ce point également.

#### **E. 4**

Vu l'absence d'antécédent au casier judiciaire et la quotité de la peine, l'appelant remplit les conditions du sursis au sens de l'art. 42 CP. Il les remplissait également dans le cadre du prononcé de première instance de sorte que la décision de ne lui octroyer que le sursis partiel est illégale, au sens de l'art. 404 al. 2 CPP et doit être revue d'office.

L'appelant sera partant mis au bénéficiaire du sursis et la durée du délai d'épreuve fixée à quatre ans, le déni et l'existence d'une précédente condamnation justifiant que l'on s'approche du maximum légal (art. 44 al. 1 CP).

#### **E. 5**

L'appelant n'a pas contesté la quotité du tort moral pour l'hypothèse où une condamnation serait prononcée. Il n'y a par conséquent pas lieu de revenir d'office sur cette question ; toutefois, les intérêts alloués par le premier juge ne courront que du 18 janvier 2009, s'agissant de la date des faits en définitive retenus.

#### **E. 6.1**

Aux termes de l'art. 429 al. 1 CPP, le prévenu a un droit à une indemnisation et à la réparation de son tort moral s'il est acquitté totalement ou en partie ou s'il bénéficie d'une ordonnance de classement. En présence d'un abandon partiel de la procédure pénale, il faut identifier quels actes d'instruction ont été rendus inutiles et les dommages qu'ils ont causés. Il convient de vérifier si c'est bien au titre des infractions abandonnées par classement ou acquittement que le prévenu a droit à une indemnité. En cas d'acquittement partiel, l'indemnité est due si les infractions abandonnées par le Tribunal « revêtent, globalement considéré, une certaine importance et que le canton a ordonné des actes de procédure en relation avec les accusations correspondantes ». En cas d'acte à

- 20/23 - P/1440/2009 « double utilité », il y a lieu de procéder à une répartition équitable (C. GENTON / C. PERRIER, « Les prétentions du prévenu en indemnités et en réparation du tort moral, Art. 429 & ss CPP », in Jusletter du 13 février 2012 ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 27 ad art. 429). Le prévenu peut être astreint à chiffrer et justifier ses prétentions (art. 429 al. 2 CPP).

#### **E. 6.2**

En l'occurrence, il faut admettre que les actes d'instruction et le dommage qui a pu s'ensuivre ont été occasionnés par le reproche de s'être masturbé devant l'enfant, indépendamment du nombre d'occasions en définitive retenu. En d'autres termes, l'instruction se serait déroulée de la même façon et avec les mêmes conséquences si l'appelant n'avait d'entrée de cause été poursuivi que pour les faits du 18 janvier 2009, dont il a en définitive été reconnu coupable. Partant, il n'y a pas lieu à indemnisation.

#### **E. 7.1**

L'appelant succombe pour l'essentiel, le principe de la condamnation étant confirmé, même si c'est pour une autre occurrence que celle retenue en première instance. Ceci étant, il obtient le prononcé d'un acquittement partiel, une réduction de la peine et l'octroi du sursis complet. Dans cette mesure, ce sont le Ministère public et la partie plaignante qui succombent. Partant, les frais de la procédure d'appel seront mis à la charge de l'appelant à concurrence des deux tiers, le solde étant laissé à la charge de l'État (art. 428 CPP). Ces frais comprennent un émolument d'arrêt de CHF 2'100.- (art. 14 art. 14 al. 1 let. e du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, du 22 décembre 2010 [RTFMP ; RS-GE E 4 10.03])

#### **E. 7.2**

La partie plaignante peut prétendre à la couverture de ses frais de défense pour la procédure d'appel, au sens de l'art. 433 al. 1 a CPP dans la mesure où elle obtient gain de cause. La quotité de ces frais, telle qu'elle résulte de la note d'honoraires produite à l'audience, n'est pas été contestée par l'appelant. Celui-ci sera par conséquent condamné à en supporter les deux tiers, soit CHF 3'648.-.

#### **E. 8**

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

\* \* \* \* \*

- 21/23 - P/1440/2009

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