

GE_GERICHTE ACPR/86/2021 vom 11. Dezember 2020

GE Cour de justice, 2020-12-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_86_2021

FR: GE_GERICHTE ACPR/86/2021 du 11 décembre 2020

IT: GE_GERICHTE ACPR/86/2021 del 11 dicembre 2020

Erwägungen

E. 1

Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1, 90 al. 2 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la plaignante qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP), a qualité pour agir,

- 7/13 - P/270/2019 ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

E. 2

La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 a contrario CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

E. 3

Dès lors que la Chambre de céans jouit d'un plein pouvoir de cognition en droit et en fait (art. 393 al. 2 CPP) (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_524/2012 du 15 novembre 2012 consid. 2.1.), les éventuelles constatations incomplètes ou inexactes du Ministère public auront été corrigées dans l'état de fait établi ci-devant. Partant, le grief du recourant y relatif sera rejeté.

E. 4

La recourante se plaint du classement de sa plainte par le Ministère public.

E. 4.1

Aux termes de l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de la procédure notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a) ou lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b). Cette décision doit être prise en application du principe « in dubio pro duriore ». Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 al. 1 CPP) et signifie qu'en principe un classement ou une non-entrée en matière ne peut être prononcés par le ministère public 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 dispose, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation. 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 146 IV 68 consid. 2.1 ; 143 IV 241 consid. 2.2.1 ; 138 IV 86 consid. 4.1.2). 4.2.1. L'art. 187 ch. 1 CP punit

celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans (al. 1), celui qui aura entraîné un enfant de cet âge à commettre un acte d'ordre sexuel (al. 2) et celui qui aura mêlé un enfant de cet âge à un acte d'ordre sexuel (al. 3). 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. Il faut d'abord distinguer les actes n'ayant aucune apparence sexuelle, qui ne

- 8/13 - P/270/2019 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 du Tribunal fédéral 6B_1122/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2 et les références citées). Les comportements simplement inconvenants, inappropriés, indécents, de mauvais goût, impudiques ou désagréables, doivent demeurer hors du champ des actes pénalement répréhensibles (ATF 125 IV 58 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 6B_744/2016 du 1er mars 2017 consid. 3.2). Dans les cas équivoques, qui n'apparaissent extérieurement ni neutres, ni clairement connotés sexuellement, une appréciation objective de l'ensemble des circonstances est requise, l'acte incriminé devant porter clairement atteinte au bien juridique protégé par la disposition légale, soit le développement sexuel non perturbé de l'enfant. Il convient alors 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; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1122/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2 et les références citées). L'acte incriminé doit porter clairement atteinte au bien juridique protégé par la disposition légale applicable ; une certaine gravité est ainsi nécessaire (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), Commentaire romand, Code pénal II, vol. II, Partie spéciale : art. 111-392 CP, Bâle 2017, n. 14 ad art. 187). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1122/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2). Un baiser lingual, des baisers insistants sur la bouche, une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits, constituent sur un enfant un acte d'ordre sexuel, alors qu'imposés à un adulte, ils entrent dans le champ d'application de l'art. 198 CP, dont l'application est subsidiaire (arrêts du Tribunal fédéral 6B_180/2018 du 12 juin 2018 consid. 3.1 et 6B_35/2017 du 28 février 2018 consid. 4.2 ; cf. infra ch. 2.4). Caresser les parties génitales d'un enfant (y compris par-dessus les habits) a été qualifié d'actes d'ordre sexuel avec des enfants au sens de l'art. 187 CP (arrêts du Tribunal fédéral 6B_253/2011 du

E. 4.4

En l'espèce, le premier comportement reproché, soit le fait que le père ait nommé « piment » le pénis de son fils et ait mimé le geste de le couper, voire l'ait touché au cours de sa démonstration, peut constituer, conformément à la jurisprudence précitée, un cas équivoque, s'agissant des parties génitales d'un enfant.

- 10/13 - P/270/2019 Cependant, le geste n'avait manifestement pas de connotation sexuelle compte tenu du contexte décrit de façon concordante par le père et les deux enfants, la mère, elle-même l'ayant, à l'époque, soit plus d'un an auparavant, considéré comme un jeu. En conséquence, ce comportement ne tombe pas sous le coup de la loi pénale.

E. 4.5

S'agissant du fait d'immobiliser son enfant au sol ou sur le lit, de se mettre à califourchon sur celui-ci, position dans laquelle les parties génitales de chacun pourraient se toucher, de lui faire des bisous dans le cou et les aisselles et des « chatouilles » sur le ventre, les côtes et les aisselles, entreraient dans la catégorie des cas équivoques. Mais en toute hypothèse, en l'espèce, il apparaît aussi comme un simple jeu. D'ailleurs selon les enfants, le petit garçon rigolait tellement qu'il ne pouvait se débattre. À ce moment-là, tant le père que le fils étaient habillés. Dès lors, le fait que les parties génitales se touchent, semble être une conséquence, non voulue, de la position prise par le père, sans que cela ne constitue, en l'état, un acte d'ordre sexuel. Selon le prévenu, il n'a même pas remarqué ce rapprochement, jouant naturellement avec son fils. Le fait que la sœur, âgée de 12 ans à l'époque, ait jugé ce jeu « pervers » ou « incestueux », ne peut être assimilé à un avis d'un observateur neutre. En effet, elle vit dans un climat d'entente parentale difficile (cf. développement infra) ; entretient, avec son père, une relation parsemée de fréquentes disputes ; et semble être empreinte de jalousie vis-à-vis de la relation entre son père et son frère. Elle s'était d'ailleurs ouverte à sa mère, sur les comportements de son père, après la dispute du week-end du 10-11 novembre 2018. En ce qui concerne le climat familial dans lequel évoluent les enfants, compte tenu des éléments du dossier – à savoir que les parents ne communiquent que pour l'essentiel et par courriel ; durant l'été 2018, de peur que le père les emmène définitivement au Vietnam, A_____ a refusé de lui remettre les passeports des enfants, jusqu'à ce que le Tribunal l'y contraigne; et l'autorité civile a exhorté les parents à entreprendre une médiation –, il peut raisonnablement être qualifié de difficile, voire de belliqueux, contrairement à ce que prétend la recourante. À cet égard, peu importe que ce climat se soit installé dès la séparation parentale ou plus tard, dans la mesure où il dure depuis plusieurs années. En outre, selon le rapport du SPMi du 5 février 2019, c'est la recourante elle-même qui a déclaré que le couple s'était séparé en 2013.

E. 4.6

Pour ce qui est du troisième événement dénoncé, – dormir dans le même lit qu'un enfant –, il n'est nullement allégué, en l'occurrence, que le père ait pu avoir des gestes déplacés à l'égard de son enfant, ni qu'ils aient été nus à ce moment-là. En outre, d'après les déclarations des parents, les enfants dormaient encore avec eux, à tout le moins jusqu'en 2016. Selon le père, dans la culture vietnamienne, il est normal qu'un enfant en bas âge dorme avec ses parents – ce que la plaignante n'a pas démenti –, lui-même considérant encore son fils comme un petit garçon. Ce comportement ne constitue donc pas non plus un acte d'ordre sexuel. Le fait que le

- 11/13 - P/270/2019 père insiste pour dormir avec son fils et que, malgré le refus de ce dernier, il ait pu le rejoindre durant la nuit, ne modifie pas ce constat. Partant, les événements dénoncés ne constituent pas, un acte d'ordre sexuel réprimé par l'art. 187 CP.

E. 4.7

Par ailleurs, les actes dénoncés n'ont pas durablement mis en danger le développement physique ou psychique des enfants. En effet, contrairement à ce qu'allègue la recourante, notamment en relevant que le comportement de D_____, en n'osant plus toucher sa verge depuis les « jeux » paternels, traduirait un trouble comportemental, le psychologue chargé de le suivre, relève que l'enfant va bien et ne présente pas de trouble psycho-affectif. Toujours selon le spécialiste, l'enfant se trouve actuellement dans une situation de crise,

n'ayant pas encore intégré la séparation de ses parents, et dans l'inquiétude de revoir son père dès lors que cela signifie se confronter aux conséquences de ses déclarations et au sentiment de trahison à l'égard dudit parent. Il apparaît dès lors plus vraisemblable que le climat difficile créé par la relation parentale, et dans lequel évolue les enfants depuis plusieurs années, soit à l'origine des difficultés ressenties par ceux-ci, plutôt qu'en raison de prétendues maltraitances paternelles. Ce que corroborent les constatations des enseignants de D_____, qui ont noté une amélioration de l'attention de celui-ci depuis l'interruption du droit de visite du père, soit depuis qu'une possible influence de la mère, sur les enfants, vis-à-vis du père et les différences d'éducation et de mode de vie entre les parents ont disparu. En ce qui concerne le logement du père, les photographies prises de l'appartement du prévenu, par la police, ne le font pas apparaître mal entretenu. En outre, faire participer les enfants aux tâches domestiques n'est pas de nature à mettre en danger leur développement psychique ou physique. Il en va de même des deux repas par jour, étant précisé que selon les déclarations des enfants, ils ont de la nourriture à disposition chez leur père, ce dernier ne leur refusant pas à manger s'ils avaient faim.

E. 4.8

Enfin, la recourante se plaint de la violation du droit d'être entendu des parties en lien avec l'absence de mise en prévention du prévenu pour le chef de l'art. 219 CP. En réalité, par ce grief, la recourante reproche au Ministère public de ne pas avoir donné suite à ses offres de preuves. Au regard de ce qui précède, c'est à juste titre que le Ministère public n'a pas ordonné l'administration des preuves sollicitées, celles-ci n'étant pas de nature à modifier les considérants supra. En effet, celles-ci, en particulier les auditions réclamées, sont, pour l'essentiel, en lien avec l'évolution des enfants, notamment depuis l'interruption du droit de visite. Or, cet aspect est également attesté par les pièces produites par la recourante et n'est nullement contesté.

- 12/13 - P/270/2019 Partant, les comportements dénoncés ne sont pas constitutifs d'une quelconque atteinte à la personnalité des enfants et ne remplissent donc pas les conditions de l'art. 219 CP.

E. 5

Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée et le recours rejeté.

E. 6

La recourante, au bénéfice de l'assistance judiciaire, sera exonérée des frais envers l'État (art. 136 al. 2 let. b CPP).

E. 7

Il ne sera pas entré en matière sur la demande d'indemnisation, non chiffrée, de la recourante, dès lors qu'en sa qualité de partie plaignante, elle était tenue, à peine de forclusion, de chiffrer et justifier ses prétentions (art. 433 al. 2, 2ème phr. CPP).

Représentée par un avocat, elle ne pouvait ignorer ces conditions légales (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1345/2016 du 30 novembre 2017 consid. 7.2; ACPR/442/2018 du 13 août 2018 consid. 11). * * * * *

- 13/13 - P/270/2019