

# GE\_GERICHTE P/16271/2016 vom 15. Juli 2019

GE Cour de justice, 2019-07-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_16271\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_16271_2016)

FR: GE\_GERICHTE P/16271/2016 du 15 juillet 2019

IT: GE\_GERICHTE P/16271/2016 del 15 luglio 2019

## Regeste

ACTE D'ORDRE SEXUEL AVEC UN ENFANT ; CONTRAINTE SEXUELLE ; DIRECTIVE(INJONCTION) ; TORT MORAL ; EXEMPTION DE PEINE | CP.187; CP.189; CP.44.al2; CP.52; CO.49

## Erwägungen

### E. 1

Les appels sont recevables pour avoir été interjetés et motivés selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP). La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel, sauf en cas de décisions illégales ou inéquitable (art. 404 CPP).

### E. 2

2.1.1. Le principe in dubio pro reo découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 10 al. 3 CPP. Il concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.1 ; 127 I 28 consid. 2a). Ce principe signifie, au stade du jugement, que le fardeau de la preuve incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_519/2018 du 29 août 2018 consid. 3.1). Ainsi, il appartient à l'accusation d'établir la culpabilité du prévenu, et non à ce dernier de démontrer qu'il n'est pas coupable. Le doute doit profiter au prévenu (ATF 143 IV 500 consid. 1.1). Le principe est violé lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que l'accusé n'a pas prouvé son innocence (ATF 127 I 38 consid. 2a et les références) ou encore lorsqu'il le condamne au seul motif que sa culpabilité est plus vraisemblable que son innocence (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1145/2014 du 26 novembre 2015 consid. 1.2). Le juge ne doit en effet pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective. En revanche, l'absence de doute à l'issue de l'appréciation des preuves exclut la violation de la présomption d'innocence en tant que règle sur le fardeau de la preuve (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3 ; 138 V 74 consid. 7 ; 127 I 38 consid. 2a ; 124 IV 86 consid. 2a). 2.1.2. Le juge du fait dispose d'un large pouvoir dans l'appréciation des preuves (ATF 120 Ia 31 consid. 4b). Confronté à des versions contradictoires, il forge sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents. Les preuves doivent être examinées dans leur 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 (ATF 129 I 8 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_324/2017 du 8 mars 2018 consid. 1.1). Les cas de " déclarations contre déclarations ", dans lesquelles celles de la victime en tant que principal élément à charge et celles contradictoires de la personne accusée s'opposent, ne doivent pas nécessairement, sur la base du principe in dubio pro reo , conduire à un acquittement. L'appréciation définitive des déclarations des participants incombe au tribunal du fond (ATF 137 IV 122 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1306/2017 du 17 mai 2018 consid. 2.1.1). De la sorte, le juge doit, dans l'évaluation globale de l'ensemble des éléments probatoires rassemblés au dossier, apprécier librement les déclarations de la victime (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_942/2017 du 5 mars 2018 consid. 2.1.2), sous réserve des cas particuliers où une expertise de la crédibilité des déclarations de la victime s'impose (ATF 129 IV 179 consid. 2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1306/2017 du 17 mai 2018 consid. 2.1.1). 2.1.3. Une telle expertise de crédibilité est exigée notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer les déclarations d'un enfant qui sont fragmentaires ou difficilement interprétables. Elle doit permettre au juge d'apprécier leur valeur, en s'assurant que l'enfant n'est pas suggestible, que son comportement trouve son origine dans un abus sexuel et n'a pas une autre cause, qu'il n'a pas subi l'influence de l'un de ses parents et qu'il ne relève pas de sa pure fantaisie. Pour qu'une telle expertise ait une valeur probante, elle doit répondre aux standards professionnels reconnus par la doctrine et la jurisprudence récentes (ATF 129 I 49 consid. 5). En cas de suspicion d'abus sexuel sur des enfants, il existe des critères spécifiques (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_539/2010 du 30 mai 2011 consid. 2.2.4). L'expert doit examiner si la personne interrogée, compte tenu des circonstances, de ses capacités intellectuelles et des motifs du dévoilement, était capable de faire une telle déposition, même sans un véritable contexte " expérientiel ". Lors de l'expertise de la validité d'un témoignage, il faut toujours avoir à l'esprit que la déclaration peut ne pas être fondée sur la réalité (ATF 128 I 81 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_276/2018 du 24 septembre 2018 consid. 1.2.1). À l'instar des autres moyens de preuve, le juge apprécie librement la force probante d'une expertise et n'est pas lié par ses conclusions (ATF 142 IV 49 consid. 2.1.3 ; 141 IV 369 consid. 6.1 et les références). Toutefois, il ne peut s'en écarter que lorsque des circonstances ou des indices importants et bien établis en ébranlent sérieusement la crédibilité. Il est alors tenu de motiver sa décision (ATF 142 IV 49 consid. 2.1.3 ; 138 III 193 consid. 4.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_289/2016 du 28 décembre 2016 consid. 4.1.3). 2.2.1. L'art. 187 ch. 1 CP punit d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans (al. 1). La notion d'acte d'ordre sexuel ne peut s'étendre qu'à des comportements graves, clairement attentatoires au bien juridique protégé. Seul un comportement propre à mettre en danger le développement harmonieux des mineurs est ainsi répréhensible (ATF 131 IV 100 consid. 7.1 ; 125 IV 58 consid. 3a s.). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1019/2018 du 2 novembre 2018 consid. 3.3 et références citées). Selon la jurisprudence, il faut en particulier 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 du Tribunal fédéral 6B\_1122/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.2 et les références citées). D'un point de

vue subjectif, l'auteur d'un acte d'ordre sexuel doit agir intentionnellement. S'il doit être conscient du caractère sexuel de son comportement, ses motifs ne sont pas déterminants, de sorte qu'il importe peu que l'acte tende ou non à l'excitation ou à la jouissance sexuelle (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_180/2018 du 12 juin 2018 consid. 3.1 et les références).

## **E. 2.2**

.3. Les art. 187 et 189 CP protégeant deux biens juridiques différents, leur concours est admis (ATF 128 IV 97 consid. 2b/cc ; 124 IV 154 , consid. 3a).

## **E. 2.3**

Les déclarations des parties coïncident sur un unique aspect : la présence de l'intimé dans les toilettes avec la victime alléguée avant qu'ils n'en sortent ensemble. L'enfant a déclaré être allée aux toilettes, avec la précision que l'intimé l'y avait portée (audition selon le protocole EVIG et le récit de l'oncle de la fillette) ou qu'il l'avait invitée à le suivre (déclaration de la partie plaignante devant le MP et audition selon le protocole EVIG). Quoiqu'il en soit, il importe de mentionner que la fillette n'avait préalablement pas émis le souhait d'aller aux toilettes mais bien de consulter les tableaux exposés à proximité. Il est d'autre part acquis que tous deux sont sortis ensemble des commodités. Agée de cinq ans, la victime a tout d'abord nié tout fait de nature sexuelle avant d'en révéler la teneur dans des circonstances sur lesquelles il sera revenu infra ( cf. ch. 2.3.2.). Son récit a été constant, avec des descriptions sortant de l'ordinaire (il avait " pété dans [s] a bouche " et fait " une petite goutte de pipi ", etc.) qu'elle a réitérées face à plusieurs interlocuteurs, quoique les termes utilisés aient pu varier, tandis que l'intimé a expliqué sa présence dans les toilettes par sa volonté de vérifier la propreté des lieux. Les actes reprochés reposent donc exclusivement sur les déclarations de la fillette (à sa maman, à la police selon le protocole EVIG, à l'infirmier scolaire et aux enseignants, à sa psychologue, à ses tante et oncle) dont la crédibilité est par conséquent déterminante vu l'âge de l'enfant. Il était donc justifié qu'une expertise fût ordonnée.

### **E. 2.3.1**

L'experte atteste que la fillette est crédible en ce qu'elle a fait notamment plusieurs références à des souvenirs sensoriels, notamment à son dégoût et à sa colère. Les expressions et mots utilisés témoignent par ailleurs d'une spontanéité probante. Son jeune âge doit aussi être pris en compte. La CPAR est d'avis, qu'exprimés par une enfant, les propos tenus n'ont pour l'essentiel rien d'in vraisemblable ni d'exagéré. Ils tendent au contraire à démontrer qu'elle ne récitait pas une histoire enseignée par un adulte. Le seul mot spécifique verbalisé (" pédophile ") a été spontanément attribué par la fillette à sa mère. La précision selon laquelle " tout ça " était sorti du sexe de l'auteur renforce l'adéquation des dires de l'enfant avec les actes décrits. De la même manière, l'injonction faite de ne rien révéler au parent adulte n'est ni incongru ni surprenant dans la bouche d'un individu dénoncé comme abuseur. La manière qu'a eue l'enfant de raconter les événements permet de saisir ce qui s'est chronologiquement produit à son souvenir, au-delà du rapprochement temporel des actes. Certes, la victime a dans un deuxième temps affirmé à la police que son agresseur aurait agi à deux reprises. A cet égard, les séquences d'abus ont pu être subjectivement ressenties comme doubles vu leur nature différenciée (baiser lingual et fellation), ce au-delà de leur chronologie rapprochée. Ce point ne saurait donc constituer un obstacle à la crédibilité de la fillette, tant il est vrai que les contradictions sont habituelles chez une enfant si jeune et qu'une parfaite cohérence logique ne peut en être attendue. In

casu , cette contradiction peut aussi s'expliquer par un déficit d'attention dû à la fatigue clairement exprimée au cours de son interrogatoire, ainsi que l'a souligné l'experte. Les formulations utilisées par la fillette se retrouvent quasiment mot pour mot dans le récit fait à la psychologue intervenue à la rentrée scolaire. Sa propension à s'exprimer déjà dans la salle d'attente, comme si elle avait à faire face à un trop-plein à vider de toute urgence, témoigne de sa spontanéité, sans qu'il puisse être argué d'une induction de la part de la psychologue. Seule réserve, l'expression rapportée émanant de l'intimé ("tu es une imbécile") dont on voit mal le fondement quoiqu'elle ressorte également de son audition EVIG. Cela étant, la psychologue a établi une corrélation probante entre les faits rapportés et l'état traumatique de la fillette, ce qui ne fait que renforcer la crédibilité des dires de l'enfant. L'utilisation de termes ou d'expressions peu compréhensibles, tels les "cacaboutchi", "pipiboutchi" ou encore "mon singe boutchi", qui ne trouvent pas appui dans une explication rationnelle, peut toutefois représenter le ressenti de la fillette avec son propre vocabulaire, à l'instar du "zéro" devant avantageusement remplacer le terme usuel de "tonton" désignant un adulte. Dans la même veine, il faut plutôt voir dans la référence à du "caca" une manière d'exprimer son dégoût, la fillette faisant d'ailleurs référence au "caca pourri" en désignant son agresseur présumé qu'elle assimile en d'autres circonstances au "diable". En revanche, le motif invoqué par l'experte lié au changement de comportement de la fillette doit être relativisé. S'il est vrai que les instituteurs ont pu observer un changement notable, d'autres interlocuteurs n'ont rien perçu, tels le témoin O\_\_\_\_\_ et l'oncle de la fillette. Ainsi, se fonder sur le changement d'attitude de la fillette pour asseoir la crédibilité de son récit ne saurait être pleinement partagé, encore qu'on doive nuancer cette conclusion au vu des caractéristiques du lien tissé entre mère et fille entre fin mai et la rentrée scolaire 2016 ( cf. infra, ch. 2.3.2.1. et 2.). Au regard de ce qui précède, l'expertise de crédibilité n'est pas affligée d'incohérence ou d'in vraisemblance qui rendrait sa conclusion sujette à caution, ce nonobstant un taux chiffré qui est en soi relativement limité. Le résultat n'en est pas pour autant affecté.

2.3.2.1. Pour le premier juge, le dévoilement des faits et son contexte font écho à un questionnement répété et à un désarroi visible de la partie plaignante, ce qui en altérerait la force. Il y a lieu dans un premier temps de souligner l'origine de l'attitude de la mère. L'enquête qu'elle a menée ne relevait pas du hasard et prenait sa source dans le fait incontesté d'avoir vu son enfant sortir des toilettes avec un homme, ce qu'elle a toujours expliqué. Il est vrai que la partie plaignante, toute choquée par ce qu'elle avait observé, s'est montrée très insistante. D'abord sur la terrasse et ensuite à domicile, elle n'a eu de cesse de questionner sa fille, sa présence aux toilettes pour uriner lui paraissant incongrue au vu des habitudes de l'enfant. Sa motivation à connaître la vérité tenait aussi au fait que sa fille ne témoignait pas de la vivacité habituelle, le changement observable ayant été instantané, déjà sur la terrasse de l'établissement public (sa fille n'était plus celle "qu'elle connaissait", "elle était devenue calme et ne parlait plus", "elle avait un comportement hagard"). Mais, même dans son insistance, la mère n'a pas ouvertement suggéré la nature des actes qu'elle craignait même si elle n'a pas caché avoir été inquiète et triste. Elle n'a pas induit le récit de la fillette qui, après une demi-heure, est revenue vers elle en évoquant, avec son langage à elle, la nature des abus allégués. La partie plaignante n'a pas non plus dissimulé avoir ultérieurement posé des questions plus précises, mais cela après que son enfant lui eut tout raconté. Déjà à ce stade, la fillette a su faire la différence en en restant à son récit initial.

2.3.2.2. Le Tribunal a également pointé l'influence néfaste des échanges intervenus entre mère et fille, voire avec d'autres proches, au cours des mois précédant l'audition EVIG. Il y a lieu à ce stade de revenir sur la confusion engendrée par le revirement de la partie

plaignante lors de son audition par le MP. De la manière dont les faits allégués ont été rapportés par la mère à la police, la CPAR tient pour fondée la version d'un récit en une fois, le soir du 27 mai 2016. La référence à des faits rapportés sur deux ou trois mois peut s'expliquer par des réminiscences de la fillette au contact de celui désigné comme son agresseur. Les faits initialement rapportés en un seul bloc ont été répétés à chaque contact, y compris visuel depuis le logement familial. La partie plaignante parle d'ailleurs de la répétition des dires de sa fille ( "Elle reprenait souvent les mêmes mots [le pipi dans la bouche et la langue dans sa langue"]) ce qui conforte la Cour dans son appréciation. La déclaration du témoin O\_\_\_\_\_ va dans le même sens, lui qui a su "avant la fin mai 2016 " que le monsieur "avait mis son zizi dans sa bouche et qu'il lui avait fait pipi dedans". La révélation des faits s'est donc faite en une fois, étant précisé que la fillette les a répétés au cours des semaines suivantes auprès des différentes personnes avec lesquelles elle était en contact. Se pose dès lors la question de savoir pourquoi et comment mère et fille ont attendu la rentrée scolaire pour faire émerger les abus dénoncés trois mois auparavant. La réponse tient dans l'attitude de déni de la mère et son refus de prêter attention aux paroles de sa fille, allant même jusqu'à lui intimer l'ordre d'arrêter de raconter toujours la même histoire. La partie plaignante s'est enfermée dans le déni pour faire face, ne se confiant que tardivement à sa soeur et son frère, desquels elle est pourtant proche. La partie plaignante a adopté la même attitude face à l'agresseur désigné le jour des promotions, ne prenant pas en compte les propos de sa fille ([...] il n'a pas fait des trucs gentils "). Dès lors, la fillette, très proche de sa mère, a simplement suivi son exemple en ne s'exprimant que par allusions. Elle dissimulait toutefois mal sa colère, en qualifiant notamment l'intimé de " diable " ou de " caca pourri " à sa vue. Elle s'est obstinée à reprendre les mêmes formulations, ne cessant de réagir spontanément lorsqu'elle voyait l'intimé depuis sa chambre (c'est le " méchant qui [lui avait] fait des choses pas gentilles [et lui avait] mis le zizi dans [l] a bouche ") ou dans la rue. La fillette a réitéré son comportement en présence de son oncle qui lui avait aussi demandé de ne pas rester figée devant la fenêtre de sa chambre, le regard fixé sur le restaurant de l'intimé. Le déni n'est donc pas une construction théorique destinée à masquer le défaut de réaction de la partie plaignante. En raison de l'omerta implicite imposée par sa mère vis-à-vis du monde extérieur, la fillette n'a pas eu d'autre interlocuteur que cette dernière, laquelle a fini par ne plus supporter ce fardeau et s'est confiée à ses proches. Sa soeur n'a pas caché que le déni avait perduré jusqu'à ce que la partie plaignante lui avoue être perdue et ne pas savoir comment s'en sortir. Ce comportement a eu pour effet de libérer la parole chez sa fille. A partir de ce moment, le barrage a commencé à céder. La partie plaignante a été tenue à l'écart de sa fille par l'infirmier scolaire, pour éviter toute contamination par son discours. Le processus de dévoilement n'en a que plus de poids. La fillette n'en pouvait manifestement plus de devoir se taire ou de constater que ses propos n'étaient suivis d'aucun effet. Cela explique certainement l'empressement dont elle a fait ensuite preuve, comme si sa parole explosait sans limitation. C'est ainsi qu'elle s'est exprimée rapidement le jour de la rentrée scolaire, qu'elle en a parlé spontanément à ses camarades de classe (de manière totalement inadaptée) et qu'elle n'a pas pu attendre d'être dans le cabinet de la psychologue pour formuler les mêmes accusations. En outre, les personnes auxquelles la fillette s'est confiée, à savoir ses proches, ses instituteurs, l'infirmier scolaire et sa psychologue, ont tous restitué une version des faits globalement conforme à celle livrée par la victime lors de son audition. Le sentiment de dégoût et de répugnance a été rapporté par le témoin O\_\_\_\_\_, ce qui fait écho aux conclusions de l'experte. Les personnes précitées ne se connaissaient pas toutes et entretenaient des contacts avec la

victime dans des environnements sociaux différents. Elles ne pouvaient donc pas se concerter. De plus, la fillette a été mise face à des professionnels capables de déceler une manipulation par un adulte ou de discerner une contradiction. Or, ceux-ci n'ont rien rapporté en ce sens. Dès lors, si toute pollution des propos de la petite fille par un adulte ne peut pas être exclue, aucun élément à la procédure ne laisse envisager que cette dernière se serait exprimé sous influence.

### **E. 2.3.3**

Dans quelle mesure les changements dans le comportement de la victime renforcent-ils sa crédibilité ? Est probant son changement d'attitude instantané perçu par sa maman, déjà sur la terrasse de l'établissement public, la fillette n'hésitant pas à l'exprimer en croisant ses bras pour témoigner de sa colère. Etre tétanisée et hagarde ne peut être le reflet d'une réaction normale dans une telle situation. Par la suite, elle ne dormait plus seule, était très tendue et angoissée, ce que la psychologue a encore pu constater quelques mois plus tard. Son comportement n'a donc pas attendu la rentrée scolaire pour changer. Certes, les observations qui précèdent émanent de la mère. Celle-ci, personnellement choquée, peut avoir observé l'attitude de sa fille sous le prisme de son déni et de sa colère. La description des changements observés tranche avec les déclarations de proches, tels l'enseignante remplaçante en fin de 1P, l'oncle et le témoin O\_\_\_\_\_. Il est probable que la partie plaignante ait interprété des comportements changeants et qu'elle les a surévalués au vu de son propre désarroi. La fillette a aussi pu donner le change vis-à-vis de l'extérieur dès lors qu'elle sentait le malaise ressenti par sa mère et sa volonté de ne pas s'en ouvrir à d'autres, fussent-ils proches, ce qui était à ses yeux un moyen de la protéger. A la rentrée scolaire, plus rien ne retenait la fillette, sa mère ayant finalement accepté d'en parler. Celle-là a ainsi raconté à son institutrice, spontanément et naturellement, ce qui lui était arrivé et réalisé un dessin avant de le recouvrir de gribouillages. Elle arrivait " sur la pointe des pieds " et ne sautait plus dans les bras de son instituteur, ce qui corrobore le constat psychologique de méfiance envers la gente masculine. Il n'est d'ailleurs pas surprenant qu'une fois dans la classe, entourée d'autres enfants, elle soit parvenue à reprendre son attitude habituelle, son esprit étant alors occupé par d'autres sollicitations. Le changement de comportement de la petite fille est donc avéré. Il ne saurait être la conséquence d'une "idée" mise dans sa tête car si une mère peut à la limite induire un récit, elle ne peut guère avoir d'influence sur un comportement témoignant d'un malaise induit par un vécu.

### **E. 2.3.4**

Le Tribunal a encore fondé l'acquittement de l'intimé sur le manque de temps à disposition et sur l'absence de preuves matérielles. La CPAR est d'avis que le temps à disposition pour accomplir les actes reprochés n'était pas aussi limité que prétendu, l'expression " moins d'une minute " étant légitimée par la culpabilisation d'une mère en raison des conséquences tragiques résultant de son inattention. En s'exprimant de la sorte, la partie plaignante a signifié qu'elle n'avait plus eu sa fille en point de mire l'espace d'un moment assurément bref mais qu'on ne saurait précisément mesurer. En tous les cas, l'intimé a reconnu s'être retrouvé seul dans les toilettes en présence de la fillette pendant un temps qui, même court, était suffisant pour assouvir une pulsion sexuelle. Le "rapide comme l'éclair" décrit par la fillette prend ici tout son sens. Dans ces conditions, la présence d'une vingtaine de clients dans une salle relativement éloignée ne saurait représenter un obstacle insurmontable, surtout que le lien clos que constituent les toilettes était éloigné de tout regard. L'intimé fait grand cas d'un défaut d'odeur. Il sied de relever que le "petit pipi" pourrait correspondre à la

sécrétion du seul liquide préséminal. Y aurait-il eu éjaculation qu'une odeur n'était pas nécessairement détectable, ce d'autant qu'une mère n'a pas pour réflexe de renifler son enfant, même en pareilles circonstances, surtout quand elle se dit choquée. De plus, l'absence de tache sur le vêtement porté par la fillette peut résulter, comme l'a souligné le MP, des précautions prises par l'auteur, qui ont pu se matérialiser quand il a actionné la chasse d'eau. C'est sans compter qu'aucune analyse de traces de sperme sur la cuvette ou le sol des WC n'a été initiée au vu des circonstances du dévoilement. En tout état, quand bien même ces éléments seraient des preuves à décharge, ils ne suffiraient pas pour induire un doute raisonnable en faveur de l'intimé, pas plus que les interrogations de l'oncle de la fillette qui ne sont le reflet objectif que de sa propre appréciation et ne sont étayées par aucun élément probant.

#### **E. 2.3.5**

En définitive, aucun élément au dossier ne permet d'ébranler sérieusement la crédibilité attribuée aux propos de la victime par l'expertise. La manière que l'enfant a eue de raconter les faits et l'absence de toute influence pernicieuse donnent au contraire une force probante supplémentaire. La présence de l'intimé à ses côtés à la sortie des toilettes ne laisse pas de place à un autre événement générateur des changements de comportement et du stress post traumatique constatés.

#### **E. 2.4**

A l'inverse, même si les déclarations de l'intimé ont été globalement constantes, elles n'en ont pas moins subi des variations significatives. Après avoir nié toute observation d'une fillette à proximité des toilettes, il a subitement pu imaginer avoir tiré la chasse d'eau, s'accrochant ainsi à la réponse suggérée par la police. Le lendemain, la mémoire lui étant revenue, il a été capable de donner des détails sur la fillette, dont il aurait enfin compris qu'il s'agissait d'une enfant d'origine africaine. Il a tour à tour donné trois versions de leur rencontre, la fillette étant dans les toilettes, en train de se lever de la cuvette quand il l'avait vue et à la sortie des commodités quand il l'avait croisée. Une telle variation pour un souvenir somme toute basique ne manque pas d'étonner. La réaction de l'intimé ne saurait être liée au souci d'un restaurateur de conserver ses toilettes propres et/ou de protéger un enfant en le raccompagnant vers sa mère. Tout individu ne se permet pas d'entrer dans un espace aussi restreint et connoté en présence d'une fillette, étrangère de surcroît à sa famille, ce que l'intimé a implicitement admis en révélant qu'une telle démarche ne relevait pas de ses habitudes. Dans sa mission d'aide, il lui eût été possible d'attendre que la fillette soit sortie et d'observer à distance qu'elle rejoigne sa mère sur la terrasse avant de s'assurer de la propreté des lieux. L'explication fournie n'est guère probante dans ces circonstances. La version de l'intimé est en outre incompatible avec l'intention exprimée par l'enfant d'aller admirer les tableaux exposés plutôt que de satisfaire une envie. L'exposition jouxtant les toilettes, il était aisé de l'y conduire d'une façon ou d'une autre. Comme l'a relevé la partie plaignante, l'attitude de l'intimé après les faits est également sujette à caution, même s'il n'y a pas lieu de lui accorder une importance déterminante. Son comportement est en tout état éloigné de celui d'un commerçant qui accomplit un acte de routine pour l'accomplissement duquel il peut aisément fournir des explications à une mère inquiète qu'il connaît vaguement. On peut certes comprendre que son rôle n'est pas de saluer tout le monde, il reste que de fournir une explication à une mère à tout le moins surprise semble relever du bon sens. Son défaut d'explication ne peut que cacher dans ces circonstances un comportement inadéquat. Enfin, le premier juge a souligné, à juste titre, que les troubles

relevés par l'expert psychiatre ne constitueraient que de " rares hypothèses " permettant d'expliquer une telle pulsion. Toutefois, un acte inexpliqué n'est pas encore inexistant. L'expert a d'ailleurs relevé l'existence d'un terrain propice de façon contextuelle, notamment par l'usage répandu de la consommation de cannabis. Donner un poids dirimant à l'argument du bon père de famille qui ne peut se muer en prédateur sexuel est inopérant. L'expert n'a pas décrit l'intimé comme tel mais bien comme un individu dont la personnalité fragile pouvait, en certaines circonstances isolées, conduire à une désinhibition propice à un passage à l'acte, le tout sous couvert d'une responsabilité restreinte. Le déni de l'intimé, qui dit ne pas savoir à quoi peut servir le traitement psychologique auquel il a été astreint, est le miroir de son incapacité à reconnaître la réalité des faits dénoncés. Au de ce qui précède, les déclarations et l'attitude de l'intimé ne sont pas de nature à discréditer la crédibilité du récit de la fille de la partie plaignante.

### **E. 2.5**

Au vu de ce qui précède, la CPAR a acquis la conviction que les déclarations de E\_\_\_\_\_, outre leur crédibilité établie scientifiquement, rapportaient des événements qu'elle a réellement subis. Aucun doute sérieux ne subsiste quant aux faits que l'intimé l'a forcée à subir un baiser lingual et à lui prodiguer une fellation. Le ressenti par l'enfant de la sécrétion d'un liquide émanant du sexe de l'intimé témoigne de l'excitation de l'auteur, fût-ce pour un court laps de temps. La connotation sexuelle du comportement décrit est incontestable. Lorsqu'un homme conduit une si jeune enfant dans les toilettes qu'il verrouille et qu'il lui ouvre la bouche pour y mettre son sexe tout en lui fermant les yeux, il exploite nécessairement sa supériorité cognitive et use de sa force physique pour annihiler toute éventuelle résistance. E\_\_\_\_\_ n'était assurément pas de taille à s'opposer à lui. D'ailleurs, à sa demande de cesser ses agissements, il a répondu par la négative selon les dires de l'enfant (" jamais ").

### **E. 2.6**

L'intimé sera donc reconnu coupable d'actes d'ordre sexuel avec un enfant en concours avec une contrainte sexuelle. Les appels sont donc acceptés et le jugement entrepris annulé.

### **E. 3.1**

Selon l'art. 19a ch. 1 LStup, celui qui, sans droit, aura consommé intentionnellement des stupéfiants est passible de l'amende.

### **E. 3.2**

La consommation de haschich est établie par les aveux du prévenu. Seule l'exemption de peine par le premier juge est remise en cause en appel, ce qui sera examiné infra (cf . ch. 4.6.2.).

### **E. 4**

4.1.1. A l'aune de l'art. 2 CP, la réforme du droit des sanctions entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018 marque un durcissement de ce droit et est ainsi, en principe, moins favorable à la personne condamnée (M. DUPUIS et al., Code pénal - Petit commentaire , 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2017, n. 6 ad art. 34 à 41). 4.1.2. En l'espèce, les deux droits engendrent des conséquences équivalentes pour l'intimé. Dès lors, comme les faits sont intervenus sous l'ancien droit, celui-ci sera appliqué.

### **E. 4.2**

Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Celle-ci doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution ( objektive Tatkomponente ), ainsi que la mesure dans laquelle l'auteur aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle, ainsi que les motivations et les buts de l'auteur ( subjektive Tatkomponente ). Le juge prend également en considération des facteurs liés à l'auteur lui-même ( Täterkomponente ), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 142 IV 137 consid. 9.1 ; 141 IV 61 consid. 6.1.1), ainsi que l'effet de la peine sur son avenir. 4.3.1. Aux termes de l'art. 42 al. 1 a CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits. 4.3.2. En application de l'art. 44 al. 2 CP, le juge peut ordonner une assistance de probation et imposer des règles de conduite pour la durée du délai d'épreuve. La loi prévoit expressément que la règle de conduite peut porter sur des soins médicaux ou psychologiques (art. 94 CP), sans qu'il soit nécessaire que le condamné souffre d'un grave trouble mental, soit toxicomane dépendant ou souffre d'une autre addiction. Les règles de conduite imposées en même temps que le sursis et visant à prévenir un risque de récidive peuvent s'avérer déterminantes dans l'établissement du pronostic (ATF 128 IV 193 consid. 3c ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1339/2016 du 23 mars 2017 consid. 1.1.2). La règle de conduite doit être adaptée au but du sursis, qui est l'amendement durable du condamné. Elle ne doit pas avoir un rôle exclusivement punitif et son but ne saurait être de lui porter préjudice. Conçue en premier lieu dans l'intérêt du condamné et de manière à ce qu'il puisse la respecter, elle doit par ailleurs avoir un effet éducatif limitant le danger de récidive (ATF 130 IV 1 consid. 2.1). Le choix et le contenu de la règle de conduite s'inspirent ainsi de considérations pédagogiques, sociologiques et médicales (ATF 107 IV 88 consid. 3a). Le principe de la proportionnalité commande qu'une règle de conduite raisonnable en soi n'impose pas au condamné, au vu de sa situation, un sacrifice excessif, tout en tenant compte de la nature de l'infraction commise et de potentielles nouvelles infractions, de leur gravité, ainsi que de l'importance du risque de récidive (ATF 130 IV 1 consid. 2.2).

#### **E. 4.4**

D'après l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il y a plusieurs peines identiques lorsque le tribunal prononce dans le cas d'espèce, pour chaque norme violée, des peines du même genre (méthode concrète ; ATF 138 IV 120 consid. 5.2). Pour satisfaire à cette règle, le juge, dans un premier temps, fixe la peine pour l'infraction la plus grave, en tenant compte de tous les éléments pertinents, parmi lesquels les circonstances aggravantes ou atténuantes. Dans un second temps, il augmente la peine de base pour tenir compte des autres infractions en application du principe de l'aggravation ( Asperationsprinzip ) (ATF 127 IV 101 consid. 2b ; 144 IV 217 consid. 3.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1216/2017 du 11 juin 2018 consid. 1.1.1), en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_1175/2017 du 11 avril 2018 consid. 2.1 in medio ;

6B\_688/2014 du 22 décembre 2017 consid. 27.2.1). Le prononcé d'une peine unique dans le sens d'un examen global de tous les délits à juger n'est pas possible (ATF 144 IV 217 consid. 3.5.4 ; 144 IV 313 consid. 1.1.2). 4.5.1. La faute de l'appelant est lourde. Il s'en est pris à l'intégrité sexuelle d'une fillette en la contraignant, dans les toilettes de son établissement public, à lui prodiguer une fellation. La victime en a été traumatisée, ainsi qu'en a attesté sa psychologue. Elle a rencontré des troubles du sommeil, a ressenti de l'angoisse et du dégoût, s'est réfugiée dans une relation fusionnelle avec sa mère et a exprimé une violente colère à l'encontre de l'intimé. Pour reprendre l'expression de sa psychologue, sa manière de raconter l'événement était comme " une plaie ouverte ". L'amélioration progressive de son état ne change rien au constat qui précède. S'en prendre à une enfant si jeune démontre une forte volonté délictuelle, bien que sur un temps très court, et un mépris total de son intégrité. L'intimé a agi avec le mobile égoïste consistant à assouvir une pulsion sexuelle. A décharge, il sera tenu compte de la responsabilité pénale très légèrement restreinte du prévenu, retenue par l'expertise psychiatrique, dont il n'y a pas lieu de s'écarter, et qui a un effet atténuant sur la faute (art. 19 al. 2 CP). Sa situation familiale n'explique pas un tel comportement. Sa collaboration à la procédure a été médiocre dans la mesure où il a toujours nié les faits, sous réserve de sa consommation de haschich. Il s'est adapté aux faits de la cause pour tenter de construire une version compatible avec les faits tels que révélés. L'intimé a affirmé certes être malheureux de ce qui arrivait à l'enfant, mais tout en s'en distançant. D'ailleurs, s'il a suivi pendant quelques temps un traitement psychothérapeutique, il n'a toujours pas compris ce qu'il était censé y travailler, ce qui rend sa prise de conscience douteuse. Dans ces circonstances, son engagement sur le plan thérapeutique prend plutôt les apparences de l'opportunisme. 4.5.2. Les infractions d'actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP) et de contrainte sexuelle (art. 189 CP) sont punissables d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. Ces infractions entrent en concours, ce qui impose d'aggraver la peine. Vu les éléments développés supra, la quotité de la peine excède le plafond autorisé pour prononcer une peine pécuniaire, surtout dans le nouveau droit des sanctions. En conséquence, le principe d'une peine privative de liberté telle que requise par le MP sera confirmée. En relation avec l'acte abstraitement le plus grave que constitue la contrainte sexuelle et eu égard aux différents aspects susmentionnés, y compris la responsabilité faiblement restreinte, la CPAR juge appropriée une peine privative de liberté de 18 mois, auxquels s'ajoutent six mois afin de tenir compte du concours avec les actes d'ordre sexuel avec un enfant. Il en découle que la quotité de la peine sollicitée par le MP est adéquate. Le sursis auquel le MP a conclu n'a pas de motif d'être refusé à l'intimé. Certes, l'expert a relevé un risque de récurrence faible à modéré et induit qu'une peine ne peut pas, à elle seule, écarter tout danger. Le moyen consistant à instaurer une règle de conduite, durant tout le délai d'épreuve, paraît apte à limiter ce risque. Assortie d'une assistance de probation, elle s'avère même déterminante dans l'établissement du pronostic. Outre permettre à l'intimé de conserver son enracinement social et professionnel, un tel encadrement crée en effet les garde-fous nécessaires à la protection de la collectivité, sans imposer de sacrifices excessifs. Un délai d'épreuve de trois ans est de nature à dissuader l'intimé de commettre de nouvelles infractions. L'appel du MP sera par conséquent admis, sous réserve du rythme de remise des attestations du suivi au SPI, une temporalité fixée à trois mois étant plus adéquate eu égard aux circonstances. 4.6.1. Selon l'art. 52 CP, si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte - conditions cumulatives - sont peu importantes, l'autorité compétente doit renoncer à lui infliger une peine (ATF 135 IV 130 consid. 5.3.2). L'importance de la

culpabilité et celle du résultat dans le cas particulier doivent être évaluées par comparaison avec celle de la culpabilité et celle du résultat dans les cas typiques de faits punissables revêtant la même qualification ; il ne s'agit pas d'annuler, par une disposition générale, toutes les peines mineures prévues par la loi (Message concernant la modification du code pénal suisse [dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal] et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 p. 1871). 4.6.2. L'intimé a reconnu une consommation de haschich sur plusieurs mois à une dizaine de reprises. Comme ce comportement illicite était occasionnel et que l'intimé sera soumis à un suivi addictologique dans le cadre de son sursis, aucune raison ne commande de revenir sur l'exemption de peine prononcée par le premier juge. En conséquence, l'appel du MP sera rejeté sur ce point.

## **E. 5**

5.1. Conformément à l'art. 49 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations ; RS 220), celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. L'ampleur de cette réparation dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques et psychiques consécutives à l'atteinte subie et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte. En raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral, qui est destinée à réparer un dommage ne pouvant que difficilement être réduit à une simple somme d'argent, échappe à toute fixation selon les critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites. L'indemnité allouée doit toutefois être équitable (ATF 143 IV 339 consid. 3.1). Sa détermination relève du pouvoir d'appréciation du juge, lequel adaptera le montant à la gravité de l'atteinte subie et évitera que la somme accordée n'apparaisse dérisoire à la victime (ATF 141 III 97 consid. 11.2 ; 130 III 699 consid. 5.1). Si une comparaison du montant à allouer avec d'autres affaires n'interviendra qu'avec circonspection, le tort moral ressenti dépendant de l'ensemble des circonstances, elle peut toutefois se révéler un élément utile d'orientation (ATF 138 III 337 consid. 6.3.3 ; 130 III 699 consid. 5.1). A titre d'exemples, le Tribunal fédéral a fixé ou confirmé les indemnités suivantes en faveur de mineures victimes d'actes d'ordre sexuel : · CHF 10'000.- à une enfant âgée de dix ans au moment des faits, sur laquelle son beau-père avait, durant une période de six mois au moins, commis des attouchements en la caressant et l'embrassant sur les seins et le pubis (ATF 118 II 410 consid. 2b) ; · CHF 10'000.- à une fillette âgée de six ans au moment des faits, contrainte de subir un acte sexuel complet par son demi-frère, personne en laquelle elle avait entièrement confiance, la mineure ayant été durablement traumatisée par cet agissement (arrêt du Tribunal fédéral 6S.320/2005 du 10 janvier 2006 consid. 10.4) ; · CHF 20'000.- à une jeune fille âgée de 14 ans, que le prévenu avait caressée sur le sexe, amenée à le masturber, pénétrée à au moins quatre reprises, incitée à lui faire des fellations à au moins deux reprises, dont une où il avait éjaculé dans sa bouche, et sodomisée une fois (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_705/2010 du 2 décembre 2010 consid. 6.3) ; · CHF 4'000.- à une jeune fille de 15 ans, victime, à une reprise, en pleine nuit, de caresse sur son sein et son pubis, ainsi que de suçons, par un homme qu'elle considérait comme son oncle (AARP/336/2018 du 17 octobre 2018).

## **E. 5.2**

E\_\_\_\_\_ a été gravement atteinte dans sa personnalité en raison de l'abus subi. Sans rien ôter à sa souffrance, cet acte a été isolé et sa durée a été brève ( "rapide comme l'éclair" ). Il a été commis par un tiers, ce qui induit un traumatisme sans commune mesure avec celui découlant du comportement d'un proche ou d'un familial. Enfin, l'état psychologique de cette fillette tend progressivement à s'améliorer, même s'il faudra encore du temps pour effacer les traces du traumatisme. En conséquence, le montant du tort moral sera fixé à CHF 5'000.-, avec intérêts à 5% dès le 27 mai 2016. L'appel de la partie plaignante sera donc admis dans cette mesure.

## **E. 6**

6.1. Selon les art. 426 al. 1 et 428 al. 1 CPP, les frais de la procédure de première instance - que la CPAR est tenue de revoir lorsqu'elle rend une nouvelle décision (art. 428 al. 3 CPP) - et d'appel sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles succombent. Selon l'art. 426 al. 1 CPP, le prévenu supporte les frais de la procédure s'il est condamné. 6.2.1. Les appels étant admis dans leur quasi intégralité, les frais de première instance seront entièrement mis à la charge de l'intimé. 6.2.2. Vu l'issue de la procédure en appel, la qualité du MP et les considérants qui précèdent, les frais y relatifs, comprenant un émolument de CHF 4'000.- (art. 14 al. 1 let. e règlement fixant le tarif des frais en matière pénale du 22 décembre 2010 [RTFMP - E 410.03]), seront mis pour 9/10 ème à la charge de l'intimé, le solde étant laissé à la charge de l'Etat au regard des circonstances.

## **E. 7**

7.1. Conformément à l'art. 433 al. 1 CPP, la partie plaignante peut demander au prévenu une juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure, si elle obtient gain de cause (let. a) ou que le prévenu est astreint au paiement des frais conformément à l'art. 426 al. 2 CPP (let. b). La partie plaignante obtient gain de cause au sens de cette disposition si ses prétentions civiles sont admises et/ou que le prévenu est condamné. Dans ce dernier cas, elle peut être indemnisée pour les frais de défense privée en relation avec la plainte pénale. La juste indemnité, notion qui laisse un large pouvoir d'appréciation au juge, couvre les dépenses et les frais nécessaires pour faire valoir le point de vue de la partie plaignante dans la procédure pénale. Il s'agit en premier lieu de ses frais d'avocat (ATF 139 IV 102 consid. 4.1 et 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_549/2015 du 16 mars 2016 consid. 2.3). Les démarches doivent apparaître nécessaires et adéquates pour la défense du point de vue de la partie plaignante raisonnable (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_864/2015 du 1 er novembre 2016 consid. 3.2). La Cour de justice applique au chef d'étude un tarif horaire compris entre CHF 400.- et CHF 450.- (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_725/2010 du 31 octobre 2011 consid. 3 ; AARP/412/2018 du 20 décembre 2018 consid. 8.1).

### **E. 7.2**

En l'espèce, l'appelante prétend à une indemnité de CHF 16'208.80, représentant 36h25 d'activité pour son avocate, cheffe d'étude, en première instance, au tarif horaire de CHF 400.-, avant que cette dernière ne soit nommée en qualité de conseil juridique gratuit. Le montant articulé apparaît adéquat dans sa globalité. Cette prétention sera par conséquent admise et mise à la charge de l'intimé, sous réserve de son montant qui doit être rectifié à CHF 16'787.20 en raison du versement d'une indemnité moindre que celle estimée par l'avocate (CHF 1'144.80 au lieu de CHF 1'723.20).

## **E. 8**

.3. L'indemnisation requise par M e B \_\_\_\_\_ paraît raisonnable, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'en reprendre le détail. En revanche, le taux forfaitaire doit être abaissé à 10% afin de tenir compte des 36h25 effectuées avant l'octroi de l'assistance judiciaire. S'y ajoutent 30 minutes supplémentaires pour la participation aux débats d'appel. L'indemnité due sera ainsi arrêtée à CHF 2'114.- correspondant à 8h30 d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 1'700.-), plus la majoration forfaitaire de 10% (CHF 170.-), ainsi que la TVA au taux de 7.7% (CHF 144.-) et la vacation de CHF 100.-. \* \* \* \* \*

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