

## **NE\_GERICHTE CPEN.2018.31 vom 29. Juli 2019**

NE Tribunal cantonal, 2019-07-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CPEN.2018.31](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CPEN.2018.31)

FR: NE\_GERICHTE CPEN.2018.31 du 29 juillet 2019

IT: NE\_GERICHTE CPEN.2018.31 del 29 luglio 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 5**

a) L'appelante reproche à la première juge de ne pas avoir retenu l'infraction de violation du devoir d'assistance ou d'éducation. Éléments constitutifs objectifs b) Sous le titre marginal « violation du devoir d'assistance ou d'éducation », l'article 219 CP punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura violé son devoir d'assister ou d'élever une personne mineure dont il aura ainsi mis en danger le développement physique ou psychique, ou qui aura manqué à ce devoir (al. 1). Si le délinquant a agi par négligence, la peine pourra être l'amende au lieu d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire (al. 2). aa) Cette disposition protège le développement physique et psychique du mineur, à savoir d'une personne âgée de moins de 18 ans ( ATF 126 IV 136 cons. 1b p. 138 ; 125 IV 64 cons. 1 p. 68). bb) L'auteur doit avoir envers une personne mineure un devoir d'assistance, c'est-à-dire de protection, ou un devoir d'éducation, c'est-à-dire d'assurer le développement – sur les plans corporel, spirituel et psychique – du mineur ( ATF 125 IV 64 cons. 1a). Il doit s'agir d'une relation d'une certaine durée, principalement en ce qui concerne le devoir d'éducation ( Dupuis/Moreillon et al. , PC CP, 2 e édition, n. 5 ad art. 219 CP ; Trechsel , PK StGB, n. 1 ad art. 219). La position de garant de l'auteur peut être fondée sur la loi, sur une décision de l'autorité ou sur un contrat, voire sur une situation de fait. Sont notamment considérés comme des garants les parents naturels ou adoptifs, le tuteur, le maître d'école, le responsable d'une institution, le directeur d'un home ou d'un internat, l'employeur, la gardienne de jour, la jardinière d'enfants, le personnel soignant dans un hôpital ou une clinique ( ATF 125 IV 64 cons. 1a ; cf. également Dolivo-Bonvin , CR CP II, n.4 ad art. 219). cc) L'auteur doit avoir violé son devoir d'assistance ou d'éducation ou manqué à ce devoir. Le comportement délictueux peut donc consister en une action ou en une omission. Dans le premier cas, l'auteur viole positivement son devoir, par exemple en maltraitant le mineur ou en l'exploitant par un travail excessif ou épuisant. Dans le second cas, il manque passivement à son obligation, par exemple en abandonnant l'enfant, en négligeant de lui donner des soins ou en ne prenant pas, face à un danger, les mesures de sécurité qui s'imposent ( ATF 125 IV 64 cons. 1a). L'infraction peut être commise par la violation de l'obligation de signaler des abus sexuels ( Trechsel , PK StGB, n. 3 ad art. 219). dd) Les actes reprochés doivent mettre en danger le développement physique ou psychique du mineur. Définissant un délit de mise en danger, l'article 219 CP n'exige pas une atteinte à l'intégrité corporelle ou psychique du mineur ; une mise en danger suffit, celle-ci devant toutefois être concrète, c'est-à-dire qu'elle doit apparaître vraisemblable dans le cas d'espèce ( ATF 126 IV 136 cons. 1a ; ATF 125 IV 64 cons. 1a). En pratique, il sera souvent difficile de déterminer quand il y aura un risque pour le développement du mineur. Il sera en particulier difficile de distinguer les atteintes qui devront relever de l'article 219 CP des traumatismes qui font partie de la vie de tout enfant. Vu l'imprécision de la disposition, la doctrine recommande de l'interpréter de manière

restrictive et d'en limiter l'application aux cas manifestes. Des séquelles durables, d'ordre physique ou psychique, devront apparaître vraisemblables, de telle sorte que le développement du mineur sera mis en danger. Pour provoquer un tel résultat, il faudra normalement que l'auteur agisse de façon répétée ou viole durablement son devoir ; par exemple, une transgression du droit de punir de peu d'importance ne saurait déjà tomber sous le coup de l'article 219 CP (arrêt du TF du 12.11.2003 [6S.339/2003] cons. 2.3 ; Dolivo-Bonvin , op. cit., n. 13 ad art. 219). Éléments constitutifs subjectifs c) Sur le plan subjectif, l'auteur peut avoir agi intentionnellement – dans ce cas, le dol éventuel suffit – ou par négligence ( ATF 125 IV 64 cons. 1a ; Dolivo-Bonvin , op. cit., n. 16 ad art. 219). aa) L'infraction par négligence est réalisée lorsque l'auteur aurait pu prévoir que son comportement illicite provoquerait une mise en danger du développement du mineur ( Favre/Pellet/Stoudmann , CP annoté, n. 2.1 ad art. 219 CP). La négligence peut résulter aussi bien d'un comportement actif que d'une omission improprement dite, lorsque l'auteur, en situation de garant, reste passif, alors qu'il est tenu d'agir pour protéger le bien juridique, en vertu par exemple de la loi ou d'un contrat (art. 11 CP ; Dupuis/Moreillon et al. , op. cit., n. 14 ad art. 117 CP par renvoi du n. 22 ad art. 219 CP). bb) Agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas utilisé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle (art. 12 al. 3 CP). Selon la jurisprudence (arrêt du TF du 10.04.2019 [6B\_244/2019] cons. 2.2 ; du 16.04.2019 [6B\_1341/2018] cons. 3.1 ; ATF 143 IV 143 cons. 2.1 ), deux conditions doivent être remplies pour qu'il y ait négligence. En premier lieu, il faut que l'auteur viole les règles de la prudence, c'est-à-dire le devoir général de diligence institué par la loi pénale, qui interdit de mettre en danger les biens d'autrui pénalement protégés contre les atteintes involontaires. Un comportement dépassant les limites du risque admissible viole le devoir de prudence s'il apparaît qu'au moment des faits, son auteur aurait dû, compte tenu de ses connaissances et de ses capacités, se rendre compte de la mise en danger d'autrui. Pour déterminer le contenu du devoir de prudence, il faut donc se demander si une personne raisonnable, dans la même situation et avec les mêmes aptitudes que l'auteur, aurait pu prévoir, dans les grandes lignes, le déroulement des événements et, le cas échéant, quelles mesures elle pouvait prendre pour éviter la survenance du résultat dommageable. S'il y a eu violation des règles de la prudence, encore faut-il que celle-ci puisse être imputée à faute, c'est-à-dire que l'on puisse reprocher à l'auteur, compte tenu de ses circonstances personnelles, d'avoir fait preuve d'un manque d'effort blâmable. Il faut ensuite qu'il existe un rapport de causalité entre la violation fautive du devoir de prudence et l'atteinte au bien juridique protégé. La condition essentielle pour qu'il y ait une violation du devoir de prudence et par là responsabilité par négligence est la prévisibilité du résultat (arrêt du TF du 28.11.2017 [6B\_403/2016] cons. 1.2). Les phases du déroulement menant au résultat doivent pour l'essentiel être prévisibles pour l'auteur. Dans un premier temps, il faut se demander si l'auteur pouvait prévoir ou aurait pu ou dû prévoir la mise en danger de biens juridiquement protégés d'autrui. Pour répondre à cette question, il faut examiner le rapport de causalité, qui doit être adéquat. Il y a causalité adéquate si le comportement était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à produire ou à favoriser un résultat dans le genre de celui qui s'est produit. Il n'y aura rupture du lien de causalité adéquate que si des circonstances extraordinaires imprévisibles, comme la faute concomitante de la victime ou d'un tiers ou un défaut matériel ou de construction surviennent. Ces circonstances doivent en outre être si graves qu'elles

apparaissent comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à les amener et notamment le comportement de l'auteur (arrêt du TF du 28.11.2017 [6B\_403/2016] cons. 1.2 ; ATF 135 IV 56 cons. 2.1). La prévisibilité d'un acte ne suffit pas pour que le résultat puisse être imputé au comportement imprudent de l'auteur. Il faut encore regarder si le résultat aurait pu être évité. Dans ce contexte, on analyse un déroulement causal hypothétique et on examine si, dans l'hypothèse où l'auteur aurait agi conformément à son devoir de diligence, le résultat ne se serait pas produit. Pour que le résultat soit imputé à l'auteur, il suffit que le comportement de ce dernier ait, selon toute vraisemblance, été la cause du résultat ( ATF 135 IV 56 cons. 2.1).

## E. 6

Éléments constitutifs objectifs a) En l'espèce, on doit admettre l'existence d'un devoir d'assistance ou d'éducation du prévenu à l'égard de B. \_\_\_\_\_, avec lequel il vivait jusqu'à peu après les faits litigieux. L'intimé disposait de l'autorité parentale conjointe sur son enfant et était également son parent gardien. On peut également retenir l'existence d'un tel devoir s'agissant de sa compagne et co-prévenue, qui faisait ménage commun avec lui. Cela s'impose d'autant plus que sa présence au domicile de B. \_\_\_\_\_ n'était pas qu'épisodique. b) S'agissant de la violation du devoir d'assistance, la Cour retient que les prévenus avaient un devoir de surveillance particulier. Ils savaient, en avril 2016, lorsque D. \_\_\_\_\_ a réintégré le domicile familial, qu'il avait commis des actes d'ordre sexuel sur B. \_\_\_\_\_. Ce dernier avait déclaré, devant la police, que D. \_\_\_\_\_ lui avait demandé à de nombreuses reprises de « faire des bébés avec lui » soit « de lui mettre son zizi vers ses fesses » et lui avait mis une fois « son zizi dans la bouche ». Questionné par le prévenu, D. \_\_\_\_\_ avait admis que cela s'était produit une fois. L'adolescent avait ensuite reconnu, devant la police, avoir agi à deux reprises. Devant le juge des mineurs, et en présence de sa mère, D. \_\_\_\_\_ avait confirmé que les faits s'étaient produits à deux reprises. Ces agissements s'étaient donc produits à deux reprises entre septembre et octobre 2015, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'un épisode isolé et d'une unique erreur de parcours. A la fin du placement de D. \_\_\_\_\_, début avril 2016, les faits étaient encore récents puisque moins de six mois s'étaient écoulés depuis la commission des infractions. L'intervalle de temps était réduit, ce qui aurait dû conduire les prévenus à redoubler de vigilance dans la surveillance des enfants. Si, dans un premier temps, les prévenus ont contrôlé les deux garçons de façon plus attentive, ne les laissant plus seuls, les autorisant à jouer dans la chambre mais avec la porte ouverte et leur interdisant notamment de prendre leur bain ensemble, par la suite, ils ont assoupli leur surveillance. Les enfants ont été autorisés à promener le chien ensemble alors que le prévenu les suivait discrètement. Mais néanmoins, rapidement, les intimés ont laissé les enfants aller en forêt et à la piscine sans accompagnement, endroits où l'on peut facilement se retirer à l'abri des regards. Les prévenus ont, au vu de la gravité des faits reprochés à D. \_\_\_\_\_, manqué à leur obligation d'assistance en ne prenant pas, face au danger de réitération, les mesures de sécurité qui s'imposaient. c) Les actes d'ordre sexuels commis par D. \_\_\_\_\_ ont porté atteinte à l'intégrité physique de B. \_\_\_\_\_ et mis en danger son intégrité psychique. Si les abus ne semblent pas avoir péjoré considérablement le développement de B. \_\_\_\_\_, il ne faut néanmoins pas minimiser les conséquences que ceux-ci ont pu avoir sur cet enfant. Les agressions sexuelles peuvent de manière générale conduire à un état de confusion, avec un mélange de sentiments et d'émotions contradictoires tels que la honte, la colère, la culpabilité, la peur et aussi l'attachement, l'amour et la loyauté (cf. Centre LAVI du canton

de Genève, Abus sexuels sur personnes mineures, p. 19). A cet égard, la justice de paix de l'arrondissement de la Broye constatait dans une décision du 1<sup>er</sup> décembre 2016 que, selon les observations faites par le curateur de B. \_\_\_\_\_, celui-ci semblait tracassé et que les causes de son malaise étaient difficiles à déterminer. Le prévenu indiquait également que, durant la période où les abus se sont reproduits, B. \_\_\_\_\_ était agressif. Il est également généralement reconnu que le fait d'avoir subi une infraction d'ordre sexuel, qui se caractérise par une effraction de la sphère corporelle et psychique, peut également modifier la représentation que la victime a de son propre corps et de celui des autres ; chez les jeunes enfants, il est possible d'observer l'implication d'autres mineur-e-s dans des jeux sexuels ( ibidem , p. 21). En l'espèce, la Cour relève que, selon les déclarations du prévenu, B. \_\_\_\_\_ avait déjà pensé à reproduire les abus subis avec la petite-fille de C. \_\_\_\_\_, sa cadette de quelques années. Il faut donc retenir que, s'il n'apparaît pas que les abus ont eu des répercussions majeures sur le développement de B. \_\_\_\_\_, ceux-ci constituent néanmoins chez cet enfant une cause de mal-être qui se traduit par plusieurs sortes de manifestations de souffrance. Éléments constitutifs subjectifs d) Sur le plan subjectif, on ne peut pas considérer que les prévenus auraient commis intentionnellement (même par dol éventuel) l'infraction qui leur est reprochée. Il convient d'examiner, sous l'angle de la négligence, si les prévenus, qui occupaient une position de garant vis-à-vis de B. \_\_\_\_\_, ont manqué à leur devoir de prudence à l'occasion de la prise en charge et de la surveillance de leurs deux enfants. aa) En l'absence de normes de sécurité spécifiques et de règles légales ou administratives, on se référera aux directives émanant des spécialistes de l'enfance. Ainsi, pour résoudre la question de savoir si les mesures de surveillance prises en faveur de B. \_\_\_\_\_, mais également à l'égard de D. \_\_\_\_\_, étaient adéquates, il faut se fonder sur les rapports du thérapeute et de la curatrice de D. \_\_\_\_\_, complétés par les déclarations, devant le procureur, des différents intervenants sociaux qui entouraient la famille. A cet égard, la curatrice de D. \_\_\_\_\_ préconisait la réintégration de l'adolescent dans le système familial, en maintenant un suivi thérapeutique avec le psychothérapeute. Dans son rapport, du 17 mai 2016, alors que D. \_\_\_\_\_ était déjà rentré au domicile familial, son psychothérapeute considérait que l'évolution de l'adolescent était bonne, que le retour au sein de sa famille se passait bien et qu'il fallait poursuivre le suivi à raison d'un rendez-vous toutes les trois semaines. Les autres intervenants sociaux, qui étaient également impliqués dans le soutien apporté à la famille (éducateurs et AEMO), posaient apparemment tous le constat d'une évolution favorable de D. \_\_\_\_\_. S'il résulte des auditions des professionnels que la précaution de base, dans une situation telle que celle vécue par les prévenus avec leurs enfants, résidait dans une surveillance, ces spécialistes se montraient plus mesurés, si ce n'est muets, quant au type de surveillance à exercer concrètement. A l'exception des remarques faites par le juge des mineurs, qui avait insisté auprès de la mère pour que toutes les mesures utiles soient prises afin d'éviter tout incident, et du juge du divorce, qui avait rendu attentifs les prévenus à la nécessité de ne plus laisser B. \_\_\_\_\_ seul avec D. \_\_\_\_\_, il ne ressort pas du dossier que les intervenants sociaux auraient adressé des recommandations ou directives concrètes aux prévenus quant aux mesures de surveillance à adopter. S'agissant toujours de cette question de surveillance, l'éducatrice spécialisée de l'institution V. \_\_\_\_\_ relevait d'ailleurs qu'au sein de cette institution, alors que D. \_\_\_\_\_ séjournait dans un secteur comprenant des enfants âgés de 6 à 18 ans et que les responsables n'ignoraient pas que celui-ci avait commis des abus, aucune mesure de surveillance spécifique n'avait été mise en place à l'égard de l'adolescent. Ainsi les spécialistes eux-mêmes n'étaient guère catégoriques quant à la

surveillance préconisée, en l'absence d'une séparation effective des deux enfants empêchant de fait tout contact entre eux. L'éducatrice de l'institution V. \_\_\_\_\_ avait également déclaré que l'adolescent avait lui-même demandé son placement tant la surveillance (des prévenus), dont il faisait l'objet suite aux premiers abus qu'il avait commis, était devenue insupportable. Les prévenus n'étaient donc pas restés inactifs, suite aux premiers abus, et avaient instauré seuls, compte tenu de leurs connaissances et de leurs capacités, des mesures de surveillance. Ces mesures s'étaient émoussées au fil du temps – et notamment suite au placement dont D. \_\_\_\_\_ avait fait l'objet – les prévenus ayant manifestement cru pouvoir retrouver une vie de famille normale. bb) Si l'on se place sur le terrain de la prévisibilité de la récidive de D. \_\_\_\_\_, on peut constater que les prévenus ont mal évalué la situation puisqu'ils ont considéré qu'il n'y avait pas ou plus de risque de réitération et que réitération il y a eu. Il faut toutefois se replacer dans la situation concrète au moment où les décisions ont été prises. Pour le psychothérapeute chargé d'accompagner D. \_\_\_\_\_ afin d'évaluer la situation et déterminer quelles mesures devaient être prises, la récidive de D. \_\_\_\_\_ n'était pas prévisible. Le rapport de l'assistante sociale de l'office de protection de l'enfant – devenue par la suite la curatrice de D. \_\_\_\_\_ – daté du 6 avril 2016, relatait que l'adolescent regrettait ses actes, qu'il avait honte et qu'il était triste d'avoir fait de la peine à B. \_\_\_\_\_ ; le jeune garçon ne banalisait pas les gestes commis à l'encontre de B. \_\_\_\_\_ ; il se rendait compte de leur inadéquation et du mal qu'il avait pu faire ; il déclarait que ces gestes ne se reproduiraient plus. La curatrice se déclarerait surprise par la récidive. L'éducatrice spécialisée de l'institution V. \_\_\_\_\_ indiquait, s'agissant de la récidive, qu'elle n'avait rien vu ni ressenti qui aurait pu lui faire penser que B. \_\_\_\_\_ était en danger. Au regard de ces éléments, il convient d'admettre qu'un tiers observateur, même spécialiste en la matière, n'aurait pas pu prévoir que D. \_\_\_\_\_ reprendrait ses agissements délictueux. cc) En outre, s'agissant du rapport de causalité entre l'omission que l'on reproche aux prévenus et la mise en danger du développement de B. \_\_\_\_\_, il faut admettre qu'une surveillance accrue exercée par les intimés aurait pu diminuer le risque de récidive, mais ne l'aurait pas supprimé. En effet, des mesures de surveillance, aussi intensives soient-elles, n'auraient probablement pas pu empêcher l'adolescent à renouveler ses agissements délictueux à un moment ou à un autre, à moins d'exiger des prévenus qu'ils ne dorment plus et qu'ils restent vigilants vingt-quatre heures sur vingt-quatre tant que les enfants étaient sous le même toit. e) Au vu de ce qui précède, les prévenus n'ont pas violé l'article 219 CP, faute d'avoir réalisé l'élément constitutif subjectif.

## **E. 7**

Selon l'article 126 al. 1 CPP, le tribunal statue sur les conclusions civiles présentées lorsqu'il rend un verdict de culpabilité à l'encontre du prévenu (let. a) ou lorsqu'il acquitte le prévenu et que l'état de fait est suffisamment établi (let. b). En l'espèce, les prévenus sont libérés du chef d'accusation en lien avec les faits et préventions qui leur étaient reprochés. L'appelante ne soutient pas que les conditions de l'article 126 al. 1 let. b CPP seraient réalisées et que le tribunal de police aurait violé le droit en ne statuant pas sur les conclusions civiles, qu'il a implicitement considérées comme mal fondées.

## **E. 8**

a) Vu ce qui précède, l'appel doit être rejeté. b) Il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais et indemnités de première instance. L'appelante succombant sur ses conclusions, les frais de la procédure d'appel seront mis à sa charge (art. 428 al. 1 CPP). Elle ne peut

prétendre à une indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure, d'autant qu'elle plaide également au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 433 a contrario CPP). c) L'appelante a plaidé au bénéfice de l'assistance judiciaire en procédure d'appel. Son mandataire d'office a produit un mémoire se chiffrant à 3'454.60 francs (dont à déduire l'acompte intermédiaire de 1'500 francs déjà versé) pour cette procédure (D. 516ss). L'activité alléguée, qui s'élève à 16h12, est raisonnable, en fonction de l'importance de la cause et des questions à examiner. L'indemnité d'avocat d'office sera donc fixée au montant indiqué dans le mémoire. L'appelante sera toutefois tenue de rembourser ces frais quand sa situation financière le lui permettra (art. 135 al. 4 et 138 al. 1 CPP). d) Les deux prévenus plaident au bénéfice de l'assistance judiciaire, ils n'ont pas droit à une indemnité au sens de l'article 429 CPP et l'indemnité de leurs défenseurs d'offices ne peut pas être déclarée remboursable en tout ou partie par l'appelante (arrêt du TF du 07.02.2019 [6B\_369/2018] cons. 5.2). e) L'activité alléguée par les mandataires des prévenus s'élève à plus de 22 heures pour le mandataire de C. \_\_\_\_\_ et à 27 heures pour le mandataire de A. \_\_\_\_\_. S'agissant certes d'un dossier d'une certaine ampleur, l'activité alléguée par les deux mandataires paraît excessive au regard de l'activité du mandataire de la plaignante. Les deux mémoires d'honoraires comprennent des postes « reçu / réception de courrier » qui relèvent du pur travail de secrétariat et qui n'ont donc pas à être comptabilisés. Concernant l'activité de Me H. \_\_\_\_\_ il faut considérer notamment qu'une durée de 7h30 s'agissant de la demande de non-entrée en matière (soit 1h30 à titre de recherches juridiques, 1h30 pour la rédaction, 3h pour la rédaction, 50 minutes pour les finitions et 40 minutes pour la lecture de la demande de non-entrée en matière de la co-prévenue) et la facturation systématique de 10 à 15 minutes pour la rédaction de mails avec son client est excessive. L'activité alléguée par Me I. \_\_\_\_\_, soit 3h05 à titre d'entretien avec sa cliente, plus de 1h30 pour la rédaction de sa correspondance avec celle-ci, 2h pour l'étude du dossier, 2h pour les recherches juridiques, 6h pour la rédaction d'un mémoire de réponse précédée de 2h d'étude de dossier et 2h de recherches juridiques (soit de 10h au total pour la rédaction du mémoire de réponse, même facturées au tarif de stagiaire) et complétée par 1h de relecture et de correction est également excessive. Vu la connaissance du dossier de première instance par les mandataires, le nombre et l'ampleur des écritures, on admettra pour chacun d'eux une activité globale de 17h consacrée à la procédure de deuxième instance. Au tarif horaire de 180 francs, cela conduit à une indemnité totale de 3'625 francs (frais par 306 francs et TVA de 7.7% par 259 francs compris).

## **E. 9**

Il convient enfin de classer la procédure en ce qui concerne l'annonce d'appel du ministère public du 15 janvier 2018, qui a renoncé, par courrier du 20 mars 2018, à déposer une déclaration d'appel.

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