

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/1440/2009

AARP/275/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre pénale d'appel et de révision**

**Arrêt du 30 mai 2013**

Entre

**A**\_\_\_\_\_, comparant par M<sup>e</sup> Philippe CURRAT, avocat, rue Rodolphe-Toepffer 11bis,  
1206 Genève,

appelant et intimé sur appels joints,

contre le jugement JTDP/718/2012 rendu le 1<sup>er</sup> novembre 2012 par le Tribunal de police,

et

**LE MINISTÈRE PUBLIC** de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b,  
case postale 3565, 1211 Genève 3,

**B**\_\_\_\_\_, **représentée par C**\_\_\_\_\_ et **D**\_\_\_\_\_, comparant par M<sup>e</sup> Elisabeth  
GABUS-THORENS, avocate, rue du Général-Dufour 11, 1204 Genève,

intimés sur appel principal,  
appelants joints.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par pli(s) recommandé(s) du 13 juin 2013 et à l'autorité inférieure.

---

**EN FAIT :**

**A. a.** Par annonce faite à l'audience, A\_\_\_\_\_ appelle du jugement du Tribunal de police du 13 novembre 2012, dont les motifs lui ont été notifiés le 21 novembre suivant, par lequel il a été reconnu coupable d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 187 al. 1 et 191 du Code pénal du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0]), acquitté des faits visés sous ch. 3 de l'acte d'accusation, condamné à une peine privative de liberté de 12 mois, sous déduction de la détention subie avant jugement, avec sursis partiel, la partie ferme de la peine étant arrêtée à 6 mois et la durée du délai d'épreuve à 5 ans, ainsi qu'à payer à D\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ la somme de CHF 3'000.- plus intérêts à 5% du 1<sup>er</sup> août 2008, au titre de réparation du tort moral, et celle de CHF 24'018,35 en couverture de leurs frais de défense, les frais de la procédure par CHF 6'817,90, y compris un émolument de jugement de CHF 300.-, étant mis à sa charge ;

**b.a** Au terme de sa déclaration d'appel du 26 novembre 2012, l'appelant conclut à son acquittement et persiste dans les conclusions civiles prises en première instance sous réserve de l'actualisation des frais de défense pour la procédure d'appel ; au titre de réquisition de preuves, il demandait qu'il soit procédé à une expertise pédopsychiatrique de l'enfant B\_\_\_\_\_ ainsi qu'à une expertise du groupe familial.

**b.b** Le 6 décembre 2012, le Ministère public a formé appel joint, concluant à ce que A\_\_\_\_\_ soit reconnu coupable d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement pour tous les faits visés dans l'acte d'accusation et à ce que la peine soit fixée à deux ans, subsidiairement au renvoi de l'acte d'accusation pour correction. Le Ministère public s'est opposé aux réquisitions de preuves de A\_\_\_\_\_.

**b.c** L'enfant B\_\_\_\_\_ forme également appel joint sur la question de la culpabilité, par acte du 17 décembre 2012, et s'est opposée aux réquisitions de preuves.

**c.** Selon l'acte d'accusation du 28 septembre 2011, les faits suivants sont reprochés à l'appelant :

**1)** un dimanche du mois d'août 2008, à son domicile, s'étant trouvé seul avec l'enfant B\_\_\_\_\_, née le 9 septembre 2006, il l'a tenue par un bras lui faisant face et s'est masturbé devant elle ;

**2)** un soir du mois de septembre 2008, au domicile de la famille B,C,D, s'étant trouvé seul avec l'enfant, il l'a tenue par un bras lui faisant face et s'est masturbé devant elle ;

**3)** le 18 janvier 2009, à son domicile, s'étant trouvé seul avec l'enfant, il l'a tenue par un bras lui faisant face et s'est masturbé devant elle ; il a également fait le geste

d'embrasser en l'air en direction de l'enfant, dans le but de l'inciter à embrasser son sexe et a interrompu son geste à ce moment, ayant été surpris par la mère C\_\_\_\_\_,

étant précisé que selon l'acte d'accusation corrigé le 6 février 2013, les faits du 18 janvier 2009 se sont déroulés au domicile de la famille B, C, D.

**B.** Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

**a.a** Le 23 janvier 2009, C\_\_\_\_\_ s'est présentée à la Brigade des mœurs afin de déposer plainte contre A\_\_\_\_\_, l'époux de sa belle-mère, E\_\_\_\_\_. Quelques années auparavant, son futur mari, D\_\_\_\_\_, lui avait dit avoir pris des distances d'avec sa mère en raison d'abus commis par A\_\_\_\_\_ sur la fille du frère de D\_\_\_\_\_, faits ayant donné lieu à une condamnation. La notion de famille étant importante pour elle, C\_\_\_\_\_ avait œuvré en faveur d'un rapprochement de sorte que son mari et elle avaient recommencé de fréquenter sa belle-mère et A\_\_\_\_\_. Son beau-frère avait fait de même. Elle avait progressivement confié sa fille B\_\_\_\_\_ à sa belle-mère, tout en éprouvant des angoisses à ce sujet. Depuis le début de l'année 2007, E\_\_\_\_\_ gardait l'enfant en moyenne une fois par mois. Durant la semaine du 18 au 22 août 2008, elle avait laissé B\_\_\_\_\_ à ses grands-parents durant environ deux heures trente. Le soir, alors que C\_\_\_\_\_ changeait sa fille, celle-ci avait écarté les lèvres de son vagin tout en disant « *maman fais* » et en sortant sa langue, comme pour lécher une glace. Choquée, C\_\_\_\_\_ avait tenté d'interroger sa fille, en vain vu sa maîtrise encore très faible du langage, puis s'était demandée si A\_\_\_\_\_ ne lui avait pas fait quelque chose, tout en essayant de se convaincre du contraire. Le même incident était survenu la semaine suivante, alors que l'enfant avait de nouveau été confiée aux époux A et E, puis un samedi, en présence de son père. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ étaient alors convenus de ne plus faire garder l'enfant par ses grands-parents.

Un dimanche à midi, vraisemblablement à la fin du mois d'août, avant le départ des grands-parents pour des vacances, la famille B, C, D, avait pris un repas à leur domicile. Observant A\_\_\_\_\_ qui se tenait juste derrière l'enfant alors que celle-ci se rendait dans la chambre à coucher, C\_\_\_\_\_ avait attendu quelques instants puis s'y était rendue. Elle avait vu A\_\_\_\_\_, de dos, debout, tenant la fillette d'une main alors que l'autre se trouvait dans son pantalon. Il avait sorti sa main, par la ceinture du pantalon, et lâché celle de B\_\_\_\_\_ dès l'arrivée de C\_\_\_\_\_. Celle-ci s'était demandé si son beau-père s'était gratté et celui-ci était tranquillement sorti de la pièce.

A la fin du mois de septembre, de retour de vacances, ce sont les époux A et E qui étaient venus dîner un samedi chez C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, ainsi que le frère de ce dernier et sa femme. Comme à son habitude, A\_\_\_\_\_ suivait B\_\_\_\_\_ partout. Ne les voyant plus, C\_\_\_\_\_ était passée devant la salle de jeux, appelant sa fille, et avait vu A\_\_\_\_\_ dans la même position que la précédente fois. Elle l'avait distinctement vu enlever sa main de sa braguette ouverte et la refermer aussitôt.

Après cet incident, son époux et elle avait décidé de ne plus voir les A et E, mais, par amour de la famille, elle avait tenté d'expliquer les gestes de son beau-père, voulant lui faire confiance et croire qu'il avait changé.

Le 18 janvier 2009, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ avaient invité une dernière fois les A et E dans leur nouvel appartement. Après le repas, alors que D\_\_\_\_\_ était sorti sur le balcon fumer une cigarette et que E\_\_\_\_\_ était aux toilettes, C\_\_\_\_\_, inquiète de n'entendre aucun bruit, était allée dans la chambre de sa fille et avait vu A\_\_\_\_\_ la tenant de l'une de ses mains au niveau du biceps et, de l'autre, se caressant le sexe qui était sorti de la braguette. Il se masturbait mais elle ne pouvait dire s'il était en érection. A\_\_\_\_\_ regardait l'enfant et mimait des « *mimis* » ce qui avait convaincu C\_\_\_\_\_ qu'il voulait faire comprendre à l'enfant qu'elle devait embrasser son sexe. C\_\_\_\_\_ avait clairement vu cela, car son angle de vue le lui permettait. Elle avait regardé A\_\_\_\_\_, lequel avait remis son sexe dans son pantalon, refermé sa braguette et quitté la chambre tout naturellement, sans rien dire. Craignant la réaction de D\_\_\_\_\_, elle ne lui en avait parlé qu'après le départ de ses beaux-parents. Ils avaient tenté de les joindre et E\_\_\_\_\_ avait dit à D\_\_\_\_\_ qu'elle ne mettait pas en doute ce que C\_\_\_\_\_ avait vu. A\_\_\_\_\_ pour sa part avait tenté de la faire passer pour une menteuse, demandant ce qu'elle avait vu et disant calmement que ce n'était pas vrai. Quelques jours plus tard, elle avait contacté E\_\_\_\_\_ qui lui avait dit qu'elle n'avait jamais laissé A\_\_\_\_\_ seul avec l'enfant et lui avait fait comprendre qu'elle tenait davantage à son mari qu'à sa petite fille. C\_\_\_\_\_ a remis à la police une note résumant les événements, dans laquelle elle situait le deuxième en septembre ou en octobre, et a annoncé tenir à disposition un courriel de sa belle-mère disant que celle-ci la croyait.

**a.b** Lors de l'audience de confrontation devant le juge d'instruction, C\_\_\_\_\_ a maintenu ses déclarations, précisant que le 18 janvier 2009, A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ étaient tous deux de profil devant elle et qu'elle avait clairement tout vu. A\_\_\_\_\_ tenait son sexe dans la main droite, le poing enfoncé sur sa verge.

**a.c** D\_\_\_\_\_ s'est constitué partie civile aux côtés de son épouse. Après le comportement suspect de B\_\_\_\_\_, sa femme et lui n'avaient pas aussitôt coupé les ponts avec A\_\_\_\_\_ car ils ne voulaient pas faire de la paranoïa ; il avait des doutes et ne voulait pas accuser à tort. B\_\_\_\_\_ allait bien ; il n'y avait pas de séquelle apparente.

**b.a** Entendu par la police le 23 janvier 2009, A\_\_\_\_\_ estimait avoir été à tort accusé en 1999 d'avoir commis des attouchements sexuels sur la fille de son beau-fils F\_\_\_\_\_ et condamné à une peine d'emprisonnement de 18 mois avec sursis. Suite à cela, il avait perdu tout contact avec les fils de son épouse jusqu'à ce que D\_\_\_\_\_ se mette en ménage avec C\_\_\_\_\_, laquelle avait voulu resserrer les liens familiaux. Il avait toujours eu de très bons contacts avec elle et tout se passait très bien. Depuis six mois, C\_\_\_\_\_ confiait B\_\_\_\_\_ à son épouse, mais ce n'était que rarement. Il ne lui était jamais arrivé de la garder seul, ni même d'être seul avec elle dans une autre

pièce, si ce n'est au salon, sa femme se trouvant dans la cuisine. Il ne jouait pas avec l'enfant, n'en sentant pas le besoin. Il contestait les faits dénoncés par sa belle-fille. Elle avait peut-être vu un geste qu'elle avait mal interprété.

Il était bien allé déjeuner, avec son épouse, chez les B, C et D le dimanche précédent. Après le repas, vers 16 heures, D\_\_\_\_\_ fumait une cigarette sur le balcon alors que sa femme finissait de ranger. E\_\_\_\_\_ se trouvait derrière lui. Il s'était dirigé vers la chambre de B\_\_\_\_\_, celle-ci l'ayant pris par la main, et E\_\_\_\_\_ l'avait suivi. Dans la chambre, l'enfant était allé vers son lit, où se trouvaient ses poupées. E\_\_\_\_\_ avait dit à son époux de venir, car elle allait aux toilettes, et il était sorti de la pièce mais l'enfant était revenue vers lui et l'avait repris par la main et conduit de nouveau dans sa chambre. Il avait regardé la télévision puis s'était baissé pour ramasser un livre. Il avait dû le frotter sur son pantalon en se relevant. Il s'était à nouveau baissé pour ramasser une écharpe puis avait posé les deux objets sur une étagère. Sa femme l'avait appelé, il était sorti de la chambre et avait pris son manteau. Ils étaient partis après avoir salué C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_. C\_\_\_\_\_ n'était pas venue alors qu'il se trouvait dans la chambre avec B\_\_\_\_\_ ; il ne l'avait en tout cas ni vue ni entendue.

En fait, alors qu'il se trouvait face à l'enfant, il avait ouvert sa braguette, dans le but de remettre « *ses affaires* » en place. Il avait sorti son sexe du slip en le tirant mais il ne s'était ni masturbé ni caressé. Il avait refermé sa braguette. Il aurait certes pu se retourner, afin que l'enfant ne l'observe pas, mais dans ce cas, c'est la mère qui l'aurait vu. Celle-ci devait se tenir à proximité puisqu'elle l'avait vu. Il avait fait un mouvement de la main, pour remettre son sexe dans son slip et remonter sa braguette.

En fait, il devait admettre que lorsqu'il s'était trouvé face à la gamine, il avait sorti son sexe de son pantalon, sans le baisser, simplement en ouvrant la braguette. Il avait secoué son sexe et n'était pas en érection. Il avait agi de la sorte parce qu'il avait eu une soudaine pulsion. L'enfant l'avait regardé sans rien dire. Cela avait duré 15 à 30 secondes mais il ne pouvait pas parler de masturbation puisqu'il n'avait pas d'érection. En revanche, il ressentait le besoin de se montrer devant l'enfant. Celle-ci se trouvait à environ 1,5 m devant lui. Il n'avait rien fait avec sa bouche. Il n'y avait jamais eu d'autres épisodes semblables. Il n'aimait pas le terme de pédophilie mais il devait avoir un problème, puisqu'il avait commis une fois un tel acte.

**b.b** Lors de son interrogatoire par l'officier de police, A\_\_\_\_\_ a dit contester les faits reprochés ; il avait été surpris avec le sexe sorti de son pantalon ; il avait eu une sorte de pulsions ou plus particulièrement une gêne.

**b.c** Devant le juge d'instruction, A\_\_\_\_\_ a dit avoir senti une gêne car son sexe était collé ; il s'était alors tourné de trois quarts, pour se cacher de l'enfant, faisant presque face à la porte, et avait baissé sa braguette pour mettre de l'ordre dans ses parties intimes. Il avait remonté la braguette et s'était penché pour ramasser un petit foulard et un livre. Ultérieurement, il a affirmé avoir pris conscience qu'il avait un

problème de déni ; c'était comme s'il avait un voile qui l'empêchait de voir les choses et il travaillait ce problème avec le psychiatre qui le suivait à la prison.

c. Lors de son audition par la police, puis par le premier juge, E\_\_\_\_\_ a expliqué qu'il lui était très pénible d'évoquer la condamnation de son époux ; elle pouvait uniquement dire n'avoir jamais rien constaté elle-même, sinon elle ne l'aurait pas soutenu. Suite à cela, elle avait gardé le contact avec ses deux fils mais ceux-ci refusaient de rencontrer son mari, lequel en avait été anéanti, les considérant comme ses propres enfants. Lorsqu'elle était arrivée dans la vie de son fils, C\_\_\_\_\_ avait eu la volonté de réunir la famille et y était parvenue. Ceci étant, en deux ans, son époux et elle n'avaient guère eu l'occasion de garder B\_\_\_\_\_ qu'à quatre ou cinq reprises, pour quelques heures seulement. Elle ne voulait en effet pas trop s'investir, après avoir été beaucoup déçue par ce qui était arrivé précédemment et elle ne voulait pas trop d'obligations.

Le 18 janvier 2009, son mari et elle s'étaient rendus au domicile de D\_\_\_\_\_. Après le déjeuner, ils avaient joué avec B\_\_\_\_\_, se rendant dans sa chambre, alors que D\_\_\_\_\_ était au salon ou sur le balcon et que C\_\_\_\_\_ vaquait à ses occupations. A\_\_\_\_\_ n'était pas resté seul avec la petite. Au moment de partir, son mari était dans le hall d'entrée alors qu'elle allait aux toilettes ; lorsqu'elle en était sortie, son époux revenait de la chambre de la petite, accompagné de C\_\_\_\_\_ qui les avait embrassés tous deux, sans faire aucune allusion à quoi que ce soit. Elle avait dit qu'elle aurait peut-être besoin de l'aide de sa belle-mère pour garder l'enfant le mardi suivant, d'une voix tout à fait normale.

E\_\_\_\_\_ ne croyait pas son mari capable de faire ce qu'on lui reprochait. Il n'était d'ailleurs jamais seul avec la petite. Elle avait bien envoyé un courriel à C\_\_\_\_\_ pour lui dire qu'elle était honteuse s'il s'était passé quelque chose. Elle avait dit « *surveiller* » son mari, car il y avait eu une telle psychose après les événements ayant abouti à la précédente condamnation qu'elle n'avait pas voulu donner à ses enfants l'opportunité de penser que son mari pouvait faire quelque chose, de sorte qu'elle restait tout le temps avec lui. Ce n'était pas parce qu'elle n'avait pas confiance en lui mais pour les protéger tous deux.

E\_\_\_\_\_ ne pouvait se prononcer sur les faits du mois d'août, n'ayant aucun souvenir ; son mari et elle étaient bien allés dans le précédent domicile à Morges de B, C, D à la fin du mois de septembre.

**d.a** L'analyse du matériel informatique saisi au domicile des époux A et E n'a pas révélé de faits utiles à l'enquête.

**d.b** Les agendas de E\_\_\_\_\_ pour les années 2007 et 2008, saisis le 23 janvier 2009, ont été versés à la procédure. Outre que la fréquence des visites de B\_\_\_\_\_ à ses grands-parents était plus grande qu'évoqué par les parties, il en résulte qu'en 2008, les époux A et E ont pris un repas chez D\_\_\_\_\_ le 3 août, étaient à la maison le

week end du 16-18 août, sont partis pour G\_\_\_\_\_ le 30 août pour en rentrer le 13 septembre suivant, et ont soupé chez D\_\_\_\_\_ le 4 octobre.

e. Selon le rapport intermédiaire d'expertise psychiatrique du 10 mars 2009 et le rapport final du 5 mai 2009, A\_\_\_\_\_ ne présentait aucun trouble mental au moment des faits si ce n'est un trouble de pédophilie d'intensité faible à moyenne, s'il les avait commis. Sa responsabilité était légèrement diminuée, en raison d'une altération, causée par le trouble, de la faculté à se déterminer d'après son appréciation, correcte, du caractère illicite des actes. La dangerosité et le risque de récurrence étaient faibles. Vu le déni de l'intéressé, aucun traitement ne pouvait être envisagé pour diminuer encore ce risque. Certes, A\_\_\_\_\_ avait demandé un suivi psychiatrique pour « *tenter de comprendre sa situation* » mais l'authenticité de cette démarche pouvait être discutée, vu le bénéfice secondaire envisageable dans le cadre de la procédure pénale. À l'instruction, l'expert a précisé que le déni de A\_\_\_\_\_ ne constituait pas une pathologie psychiatrique et s'inscrivait plutôt dans un mécanisme de défense lui permettant de ne pas se remettre en cause et de faire porter la responsabilité de ses actes par les autres. Les accusations de A\_\_\_\_\_ selon lesquelles sa belle-fille avait un amant et concernant une confusion entre lui et un autre proche dans le cadre de la précédente procédure à son encontre relevaient de ce mécanisme.

**f.a** Lors des débats de première instance, l'appelant a soutenu, s'agissant des faits survenus le 18 janvier 2009, que tout le monde pouvait l'apercevoir lorsqu'il était dans la chambre de l'enfant, celle-ci se situant face à la salle à manger et la porte étant restée ouverte. Le premier juge a partant ordonné un transport sur place, lors duquel il a été constaté que la chambre occupée par B\_\_\_\_\_ à l'époque n'était pas celle sise en face de la salle à manger ; depuis la chambre de l'enfant, il n'y avait aucune vue sur une autre pièce, celle-ci donnant sur des armoires situées dans un petit couloir.

**f.b.a** C\_\_\_\_\_ a confirmé ses précédentes déclarations. Elle n'avait pas réagi après le premier épisode, ne voulant y croire. À cette occasion, comme lors de la suivante, elle n'était pas sûre car son beau-père n'avait pas vraiment sorti son sexe de son pantalon. Après les événements du 18 janvier 2009, elle s'était sentie coupable et trahie par A\_\_\_\_\_, qui avait toute sa confiance.

Pour D\_\_\_\_\_, il n'était pas exact qu'il ne supportait pas son beau-père. Alors même qu'il était adulte, il était d'ailleurs parti à plusieurs reprises en vacances avec sa mère et ce dernier. La reprise de contact après la condamnation de 1999 avait été rendue possible par ce que son épouse avait besoin d'avoir une famille et que le temps avait fait son chemin.

**f.b.b** L'appelant a contesté ses aveux à la police. Trois inspecteurs s'étaient présentés à son domicile tôt le matin, avaient fouillé partout, l'avaient conduit, menotté, à son bateau puis à sa caravane avant de le placer dans une cellule à l'Hôtel de police sans qu'il sache vraiment pourquoi. Un inspecteur « *fou furieux* » lui avait hurlé dessus

pendant dix minutes avant d'être remplacé par un autre, beaucoup plus calme. Il était totalement déboussolé et ne se souvenait pas du tout de ce qu'il avait dit. Il n'était pas non plus assisté d'un avocat lors de sa première audition par le juge d'instruction. Contrairement à ce qui avait été protocolé lors de cette première audience, il n'avait pas baissé sa braguette le 18 janvier 2009 mais simplement fait un mouvement de « remise en place ». D'une façon générale, il n'avait jamais été seul avec B\_\_\_\_\_, avec laquelle il n'avait pas d'affinité particulière. Il évitait les enfants, en ayant déjà eu deux, ce qui était suffisant. Il n'avait aucune attirance pour eux et n'avait de pulsions qu'à l'égard des adultes, pulsions qu'il savait contenir. Il n'avait pas de suivi psychiatrique et précisait qu'il n'était allé consulter un médecin à la prison que pour sortir de la routine représentée par la seule compagnie d'un codétenu. Il n'avait pas fait de travail sur le soi-disant déni relevé par l'expert. Il ne pouvait expliquer pourquoi C\_\_\_\_\_ aurait menti. Ses relations avec D\_\_\_\_\_ avaient toujours été tendues, celui-ci ayant eu un problème d'obéissance lorsqu'il était enfant. En revanche, il y avait une bonne entente avec les parents de B\_\_\_\_\_ après la reprise des contacts suscitée, paraît-il, par C\_\_\_\_\_.

**f.c** Outre le transport sur place, les débats de première instance ont occupé deux audiences. A teneur des procès-verbaux, à aucun moment les parties ou le tribunal n'ont évoqué un possible défaut de l'acte d'accusation concernant le lieu de déroulement des actes reprochés sous chiffre 3.

**C. a.** Par ordonnance présidentielle motivée du 28 janvier 2013, la Chambre pénale d'appel et de révision (CPAR) a imparti au Ministère public un délai de 10 jours pour corriger l'acte d'accusation s'agissant du lieu où s'étaient déroulés les derniers faits reprochés, a rejeté les réquisitions de preuve de A\_\_\_\_\_, lui a fixé un délai pour le dépôt de ses conclusions en indemnisation et a fixé la date des débats.

**b.** Un recours de A\_\_\_\_\_ contre cette ordonnance a été déclaré irrecevable par arrêt du Tribunal fédéral du 12 mars 2013.

**c.** Par acte du 9 avril 2013, l'appelant conclut à l'octroi d'une indemnité de CHF 30'000.- et CHF 10'000.- au titre du tort moral et de CHF 30'058.- et CHF 1'510.- en couverture de ses frais de défense et de procédure.

**d.a** A l'ouverture des débats, au titre de questions préjudicielles, A\_\_\_\_\_ a réitéré ses réquisitions de preuves et s'est opposé à ce que les débats aient lieu sur la base de l'acte d'accusation corrigé.

Ouï les parties, et après en avoir délibéré, la CPAR a rejeté les questions préjudicielles soulevées, motivant ainsi sa décision :

*« La Cour fait sienne la motivation de l'ordonnance du 28 janvier 2013 sur l'intégralité des questions préjudicielles soulevées, observant au surplus, s'agissant de la question de la correction de l'acte d'accusation qu'il était si clair pour toutes*

*les parties qu'il ne s'agissait que d'une erreur de plume que les débats n'ont jamais porté, ni lors de l'instruction de la cause ni devant le premier juge sur des faits commis au domicile des époux A et E pas plus qu'il n'y a eu d'objection avant la communication de la décision, surprenante, du premier juge. Les droits de la défense n'ont ainsi pas été atteints. »*

**d.b** A\_\_\_\_\_ a été autorisé à produire des pièces nouvelles, attestant que son épouse et lui avaient loué un appartement à G\_\_\_\_\_ du 30 août au 13 septembre 2008.

La partie plaignante a produit une note d'honoraires de son avocate pour l'activité déployée depuis le 25 septembre 2012, d'un montant de CHF 5'472.- (TVA comprise) pour près de 13 heures d'activité.

**d.c** A\_\_\_\_\_ ne poursuivait pas la thérapie initiée durant sa détention. Le psychiatre qui le suivait attendait uniquement de lui qu'il reconnaisse les faits, raison pour laquelle le praticien avait fini par interrompre la thérapie, évoquant une impasse, et lui-même n'avait pas ressenti le besoin de voir un autre médecin. Il ne voyait d'ailleurs pas l'utilité d'un suivi même pour une personne qui aurait commis les actes reprochés. Il avait voulu expliquer qu'il avait eu besoin de se confier à une personne compétente lorsqu'il avait dit au premier juge qu'il avait consulté pour sortir de la routine. Son procès-verbal d'audition à la police ne reproduisait pas ses propos et il l'avait signé « *comme un âne* ». Il avait été pris dans un système inadéquat, désarçonné par un policier qui l'invectivait, hurlait et disait qu'il finirait bien par avouer, raison pour laquelle il revenait sur toutes ses déclarations. En réalité, il s'était uniquement touché au niveau des parties génitales, par-dessus son pantalon, pour les remettre en place. Il était vrai que C\_\_\_\_\_ s'était employée à permettre une réconciliation de la famille. Il comprenait aujourd'hui pourquoi elle avait ensuite détruit ses liens familiaux, et demandait à son conseil de livrer cette explication.

**d.d.a** Le Ministère public persiste dans les termes de sa déclaration d'appel joint. Les dépositions de C\_\_\_\_\_ étaient crédibles. Celle-ci n'avait aucun bénéfice secondaire à attendre d'accusations qui avaient détruit les liens qu'elle s'était évertuée à reconstruire et qui la privaient d'une solution pour faire garder sa fille. L'audition à la police s'était déroulée dans les règles. Les déclarations ultérieures de l'appelant étaient contradictoires. S'agissant de la peine, il fallait tenir compte, à décharge, de l'âge de l'intéressé, de sa responsabilité très légèrement restreinte et de ce que les faits étaient relativement anciens.

**d.d.b** La partie plaignante, persistant également dans ses conclusions sur appel joint et demandant la prise en charge de ses frais de défense pour la procédure de seconde instance, a souligné que C\_\_\_\_\_ avait été très prudente dans ses accusations. Les aveux de l'appelant étaient détaillés et crédibles alors que ses déclarations ultérieures étaient contradictoires.

**d.d.c** Pour l'hypothèse où la condamnation serait confirmée, l'appelant rappelait que les conditions du sursis étaient réalisées.

S'agissant des deux premières occurrences, la mère de la partie plaignante n'avait en réalité rien vu et avait proposé des interprétations. Les faits n'avaient pu avoir lieu le dernier week-end du mois d'août, puisque les époux A et E étaient partis en vacances. Le dîner au précédent domicile des B, C, D n'avait pas eu lieu un soir du mois de septembre 2008, comme décrit dans l'acte d'accusation, mais le 4 octobre suivant. L'appelant ne pouvait être condamné sur la seule base de son antécédent. Il pensait que les accusations de C\_\_\_\_\_ pouvaient trouver leur source dans un passé traumatique. Elle avait en effet découvert que ceux qui l'avaient élevée et qu'elle croyait être ses parents était en réalité ses grands-parents, sa supposée sœur étant sa mère. Elle avait ensuite subi un mariage forcé et perdu un bébé deux mois après sa naissance.

**d.d.d** Le Ministère public et la partie plaignante ont répliqué.

- D.** Originaire de Genève, A\_\_\_\_\_ est né le 20 décembre 1938. Il était enfant unique et dit avoir vécu une enfance heureuse ; au terme de sa scolarité obligatoire, il a obtenu un CFC de ferblantier plombier et a intégré les H\_\_\_\_\_ où il a été employé en qualité d'installateur sanitaire jusqu'à sa retraite. Il s'est marié à deux reprises. Deux enfants sont issus de sa première union, qu'il a élevés avec les deux fils de sa seconde épouse.

Au plan financier, selon les indications fournies par l'appelant, les revenus du couple A et E sont de CHF 8'493.- (retraite et rentes AVS) pour un loyer de CHF 2'169.-, des primes d'assurance maladie de CHF 781.- et 833.-, et une charge fiscale de l'ordre de CHF 500.-, outre le montant de base de CHF 1'700.- selon les normes d'insaisissabilité 2013 (E 3 ;60.04).

Le casier judiciaire de l'appelant est actuellement vierge, la condamnation à une peine d'emprisonnement de 18 mois pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, avec sursis, délai d'épreuve de cinq ans, prononcée le 12 mai 1999 par la Cour correctionnelle avec jury ayant été radiée.

### **EN DROIT :**

- 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

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).

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).

**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

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 irréversible 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).

**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

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).

**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

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

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.

3. **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

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 clémente 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).

**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).

**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

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 reformé sur ce point également.

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 bénéfice 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).

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.
6. **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

« 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).

**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 retenues. 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.

- 7. 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 [RTFMF ; RS-GE E 4 10.03])

**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.-.

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

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR :**

Reçoit l'appel et les appels joints formés par A\_\_\_\_\_, le Ministère public et l'enfant B\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu le 1<sup>er</sup> novembre 2012 par le Tribunal de police dans la procédure P/1440/2009.

Annule ce jugement.

**Et statuant à nouveau :**

Acquitte A\_\_\_\_\_ d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 187 ch. 1 et 191 CP ; points 1 et 2 de l'acte d'accusation).

Le reconnaît coupable d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 187 ch. 1 et 191 CP ; point 3 de l'acte d'accusation, partiellement).

Le condamne à une peine pécuniaire de 180 jours-amende, sous déduction de 60 jours de détention avant jugement.

Fixe la quotité du jour amende à CHF 50.- l'unité.

Met A\_\_\_\_\_ au bénéfice du sursis et fixe la durée du délai d'épreuve à quatre ans.

Avertit A\_\_\_\_\_ que s'il devait commettre de nouvelles infractions durant la durée du délai d'épreuve, le sursis pourra être révoqué et la peine prononcée exécutée, sans préjudice d'une nouvelle peine.

Le condamne à payer à l'enfant B\_\_\_\_\_, soit pour elle C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, la somme de CHF 3'000.- plus intérêt au taux de 5 % du 18 janvier 2009 au titre de la réparation du tort moral.

Le condamne à payer à l'enfant B\_\_\_\_\_, soit pour elle C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, la somme de CHF 24'018,35 en couverture des frais de défense de première instance.

Le condamne au frais de la procédure de première instance, s'élevant à CHF 6'817,90, y compris un émoulement de jugement de CHF 300.-.

Le condamne à payer à l'enfant B\_\_\_\_\_, soit pour elle C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, la somme de CHF 3'648.- en couverture des deux tiers des frais de défense pour la procédure d'appel.

Condamne A\_\_\_\_\_ aux deux tiers des frais de la procédure d'appel, qui comprennent un émoulement de CHF 2'100.-.

Laisse le solde des frais de la procédure d'appel à la charge de l'État.

**Siégeant :**

Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, présidente; Monsieur Jacques DELIEUTRAZ et Madame Pauline ERARD, juges, Madame Kristina DE LUCIA, greffière-juriste.

La greffière :

Joëlle BOTTALLO

La présidente :

Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE

**Indication des voies de recours :**

*Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière pénale.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*

P/1440/2009

**ÉTAT DE FRAIS**

AARP/275/2013

**COUR DE JUSTICE**

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais et dépens en matière pénale (E 4 10.03).

**Total des frais de procédure du Tribunal de police :** CHF 6'817.90

Condamne A \_\_\_\_\_ aux frais de la procédure de première instance.

**Bordereau de frais de la Chambre pénale d'appel et de révision**

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 0.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 240.00

Procès-verbal (let. f) CHF 60.00

État de frais CHF 75.00

Émolument de décision CHF 2'100.00

---

**Total des frais de la procédure d'appel :** CHF 2'475.00

Condamne A \_\_\_\_\_ aux deux tiers des frais de la procédure d'appel.

---

---