

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/11396/2015

ACPR/21/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 10 janvier 2019

Entre

A _____, domiciliée _____ (GE), comparant par M^e F _____, avocate, _____, _____
(Genève),

recourante,

contre l'ordonnance rendue le 3 octobre 2018 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B,
1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

- A.** Par acte déposé au greffe de la Chambre de céans le 15 octobre 2018, A_____ recourt contre l'ordonnance du 3 octobre 2018, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public a rejeté sa constitution de partie plaignante.

La recourante conclut préalablement à l'octroi de l'assistance judiciaire et, au fond, à l'annulation de cette ordonnance et à la confirmation de sa qualité de partie plaignante, sous suite de frais et dépens.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

ai. Le 22 mai 2015, A_____ (ci-après, A_____) a déposé plainte pénale contre B_____, son ex-concubin et père de ses deux enfants, C_____, né le _____ 2008 et D_____, née le _____ 2010, lui reprochant des comportements inadéquats envers eux, principalement sur la base de déclarations faites par les enfants, relevant de l'art. 187 CP.

aii. Ces comportements étaient parvenus à sa connaissance au début 2015. En février ou mars 2015, D_____ lui avait dit que son père lui avait mis la main au niveau de son sexe, avant d'admettre que ce n'était pas vrai. Le 20 mai 2015, C_____ lui avait également révélé qu'alors qu'il se trouvait aux toilettes du Point de rencontre, son père était entré dans les toilettes, lui avait touché l'épaule sans lui parler et lui avait montré son sexe, qu'il avait secoué devant lui. Elle lui avait alors demandé de répéter ses propos et les avaient enregistrés sur son téléphone.

aiii. Auditionné par la police le 23 mai 2015 (audition LAVI), C_____ a, en résumé, déclaré que son papa lui avait montré son sexe et l'avait secoué très rapidement devant lui, alors qu'il se trouvait dans les toilettes du Point de rencontre, réservées aux enfants. Il lui avait également montré une partie rouge de son sexe "sous la peau quand on tire le zizi, un truc rond comme un escargot", avant de sortir des toilettes sans un mot. Des dires de C_____, ces faits s'étaient déroulés plus d'une fois, son papa ayant également montré ses attributs dans la salle de jeux du Point de rencontre, en baissant son pantalon et en le remontant très vite.

aiv. Auditionnée le même jour, D_____ a déclaré avoir menti à sa maman quand elle lui avait dit que son papa lui avait touché ses parties intimes, car elle voulait que sa maman lui achète des cadeaux. Elle a ajouté que tout se passait très bien avec son papa.

b. Avisé de ces faits, le Service de protection des mineurs les a dénoncés à la police et a suspendu le droit de visite de B_____ avec effet immédiat.

- c. Les auditions des enfants ont été filmées sur CD-ROM figurant à la procédure.
- d. Entendu en juin 2015, B_____ a contesté avoir eu un quelconque geste déplacé envers ses enfants.
- e. Par ordonnance du 17 juin 2015, le Ministère public a décidé de ne pas entrer en matière sur les faits dénoncés, les conditions à l'ouverture de l'action pénale n'étant manifestement pas réunies, dès lors qu'aucun élément objectif ne pouvait être retenu à la charge de B_____ (art. 310 al. 1 let. a CPP).

Cette décision a été confirmée par la Chambre de céans, par arrêt du 20 août 2015 (ACPR/437/2015), et le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours formé par A_____ contre cette décision (arrêt 6B_956/2015 du 17 novembre 2015).

f. Par courrier du 14 mars 2016, A_____ a requis du Ministère public la reprise de la procédure préliminaire, se fondant sur des faits et pièces nouveaux, ce qui lui fut refusé selon ordonnance du 19 avril 2016. Elle a réitéré cette requête le 21 octobre 2016, se fondant sur de nouvelles pièces.

g. Le Ministère public lui a opposé un premier refus le 19 avril 2016 et un second le 2 décembre suivant, chacun confirmé par la Chambre de céans, le 1^{er} septembre 2016, respectivement le 15 juin 2017.

h. A_____ a saisi les deux fois le Tribunal fédéral. Celui-ci, dans son arrêt du 27 novembre 2017 joignant les deux causes, a ordonné la réouverture de l'instruction. Il a cela étant observé ceci : *"En l'espèce, la recourante a participé à la procédure cantonale en tant que partie plaignante et elle a pris des conclusions civiles d'un montant de 30'000 fr. en réparation du tort moral subi par elle-même et ses enfants. Selon la jurisprudence, on ne peut exclure a priori le droit des parents victimes d'abus sexuels à une indemnité pour tort moral, mais seules des atteintes d'une gravité exceptionnelle peuvent en justifier l'allocation (arrêts 6B_707/2014 du 18 décembre 2014 consid. 1.1; 6B_1049/2010 du 10 mai 2011 consid. 2.3.2 et 6S.78/2006 du 31 mai 2006 consid. 1.2). Or, la recourante n'explique d'aucune manière ce qui conférerait, en l'espèce, la gravité exceptionnelle exigée pour justifier l'indemnisation d'un parent. Il s'ensuit que seule sa qualité pour recourir pour ses enfants doit être admise"* (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1135/2016 et 6B_877/2017, consid. 2.).

i. Par ordonnance du 8 janvier 2018, le Tribunal de protection de l'enfant a désigné E_____, avocat, en qualité de curateur des mineurs C_____ et D_____, son mandat étant limité à leur représentation dans la procédure pénale dirigée contre B_____, pendante devant le Ministère public, faisant suite à une requête de ce dernier.

j. Le 9 février 2018, A_____ a formé recours contre cette ordonnance, concluant à son annulation. Elle demandait à être autorisée à représenter seule ses enfants dans le cadre de la procédure pénale et, subsidiairement, à ce qu'un nouveau curateur de représentation lui soit soumis, pour observations, puis à ce qu'un nouveau curateur soit nommé.

k. Statuant le 8 juin 2018, la Chambre de surveillance de la Cour de justice a rejeté le recours de A_____, et celui qu'elle a ensuite déposé devant le Tribunal fédéral a été déclaré irrecevable (5A_598/2018).

l. Par ordonnance du 12 avril 2018, le Procureur en charge de la procédure a accordé l'assistance judiciaire à A_____, avec effet au 5 avril 2018, indiquant qu'elle participait à la procédure en qualité de partie plaignante.

m. Le curateur des enfants a déclaré que les enfants se portaient parties plaignantes en janvier 2018. Il a demandé au Procureur, par courrier du 25 mai 2018, d'interpeller A_____ sur sa qualité de partie plaignante. Celle-ci, dans sa réponse du 29 juin 2018, a fait savoir qu'elle persistait dans sa volonté de maintenir sa qualité de partie plaignante, tant sur le plan civil que pénal, et que ses prétentions en réparation du tort moral s'élevaient à CHF 10'000.-. Sa vie et celle de ses enfants avaient été profondément modifiées depuis les faits reprochés et elle avait été contrainte de soutenir ses enfants au-delà de ce que l'on pouvait considérer comme supportable pour une personne normale dans la même situation.

C. Dans sa décision querellée, le Procureur a relevé que les enfants de la recourante, directement lésés, étaient représentés par un curateur et qu'il paraissait exclu qu'elle puisse obtenir une réparation du tort moral en raison du comportement de son ex-époux [recte : concubin] au regard de l'art. 49 CO. En effet, ses souffrances morales ne pouvaient être comparées à celles qui auraient été les siennes en cas de décès de ses enfants, seuil fixé par la jurisprudence.

D. a. À l'appui de son recours, A_____ relève qu'elle s'est portée partie plaignante dès le 14 mars 2016 et que cette qualité lui a été reconnue durant l'entier de la procédure, devant toutes les instances, y compris le Tribunal fédéral. Elle prétend jouir des mêmes droits que ses enfants et considère, citant l'art. 39a LAVI, avoir le droit de participer à la procédure en qualité de partie plaignante sans même avoir à faire valoir des prétentions financières. Selon elle, l'art. 117 al. 3 CPP ne limite en aucun cas les droits des proches dans le cadre de l'action pénale et elle remet en cause la jurisprudence citée par le Ministère public. Si ses arguments ne devaient l'emporter, elle considère avoir subi un préjudice moral propre de par le caractère exceptionnel des souffrances de ses enfants, appelé à perdurer tant que les enfants n'auront pas réussi à surmonter leur propre douleur, qui justifierait l'octroi de la

qualité qu'elle sollicite. Subsidiairement, et, pour le cas où elle n'y aurait pas eu droit, elle sollicite d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire.

b. À réception du recours, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT :

1. La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement irrecevables ou mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 a contrario CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.
2. Le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) et concerne une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP).
3. La recourante reproche au Ministère public de ne pas lui reconnaître la qualité de partie plaignante, en sa qualité de proche des victimes.

3.1. On entend par partie plaignante, le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (art. 118 al. 1 CPP).

Les victimes au sens de l'art. 116 al. 1 CPP constituent une catégorie particulière (ou un sous-ensemble) des lésés, au sens de l'art. 115 CPP, la seule différence étant que le statut de victime nécessite l'atteinte à l'un au moins des trois biens juridiques que sont l'intégrité physique, psychique ou sexuelle (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 5 ad art. 116). Seule la personne ayant directement subi l'atteinte en question est titulaire du bien juridique protégé. Partant, ses proches – soit son conjoint, ses enfants, ses père et mère et les autres personnes ayant avec elle des liens analogues (art. 116 al. 2 CPP) – ne sont pas des lésés (directs) au sens de l'art. 115 al. 1 CPP, ni des victimes (directes) au sens de l'art. 116 al. 1 CPP. Néanmoins, en vertu de l'art. 117 al. 3 CPP, les proches de la victime jouissent des mêmes droits que celle-ci lorsqu'ils se portent parties civiles contre les prévenus. Il suffit qu'ils rendent vraisemblable l'existence d'une infraction et l'importance des atteintes subies, mais ils n'ont pas à en rapporter la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 1P.124/2002 du 3 juin 2002 consid. 1.2.).

L'autorité se fonde sur les allégués du lésé pour statuer (ATF 125 II 265, consid. 2c/aa; 125 IV 79, consid. 1c; 122 II 315, consid. 3d; 122 II 211, consid. 3c). Si, toutefois, il apparaît d'entrée de cause qu'il n'y a pas infraction ou que l'atteinte est insignifiante, le statut de victime n'est pas reconnu. Le droit du proche de se

constituer partie plaignante implique, en sus, ce que confirme la combinaison des art. 117 al. 3 et 122 al. 2 CPP, qu'il fasse valoir des prétentions civiles propres dans la procédure pénale (arrêt du Tribunal fédéral 6B_591/2012 du 21 décembre 2012 consid. 2.2 ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, Bâle 2011, n. 11 ad art. 115 et n. 6 et 7 ad art. 117). Cette exigence est spécifique au proche de la victime. Les prétentions avancées doivent, de surcroît, apparaître crédibles, une preuve stricte, laquelle est l'objet du procès au fond, n'étant pas nécessaire; cependant, il ne suffit pas d'articuler des prétentions civiles sans aucun fondement, voire fantaisistes, pour bénéficier des droits procéduraux : il faut une certaine vraisemblance que les prétentions invoquées soient fondées (arrêts du Tribunal fédéral 6B_591/2012 du 21 décembre 2012 consid. 2.2 et 6B_627/2007 du 11 août 2008 consid. 2.2.3).

C'est le droit civil matériel qui établit dans quelle mesure les proches de la victime visés par l'art. 122 al. 2 CPP ont des droits propres contre l'auteur de l'infraction. En vertu de l'art. 47 CO, le juge peut, en cas de mort d'homme, tenir compte de circonstances particulières et allouer une indemnité équitable à la famille au titre de réparation morale. Selon l'art. 49 CO, 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. Selon la jurisprudence relative à l'art. 49 CO, les proches d'une personne victime de lésions corporelles peuvent aussi obtenir réparation du tort moral qu'ils subissent de ce chef si leurs souffrances revêtent un caractère exceptionnel, c'est-à-dire s'ils sont touchés de la même manière ou plus fortement qu'un cas de décès (ATF 125 III 412 consid. 2a p. 417; ATF 117 II 50 consid. 3a p. 56; ACPR/354/2012 du 28 août 2012).

Le bien juridique protégé par l'art. 187 CP est le développement du mineur et le titulaire de ce bien est l'enfant de moins de 16 ans (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, Bâle 2012, n. 2 et 4 ad art. 187).

3.2. Dans le cas d'espèce, il est constant que la recourante est la mère de C_____ et D_____ qui sont eux-mêmes directement lésés par l'infraction reprochée à leur père, soit une violation de l'art. 187 CP, et tous deux représentés par un curateur. La recourante allègue vouloir faire valoir des prétentions civiles dans la procédure, en raison du tort moral qu'elle subit elle-même du fait du comportement de son ex-concubin sur leurs enfants. À teneur de l'art. 49 CO et de la jurisprudence, il apparaît exclu qu'elle ait gain de cause. En effet, ses souffrances morales ne sauraient être comparées à celles qui auraient été les siennes en cas de décès de ses enfants. Il en résulte que la recourante ne peut se voir reconnaître la qualité de partie plaignante dans la procédure dirigée contre son ex-concubin pour infraction à l'art. 187 CP.

Cette conclusion correspond d'ailleurs à ce que le Tribunal fédéral a laissé entendre dans son arrêt du 27 novembre 2017 lorsqu'il observait que "*Selon la jurisprudence, on ne peut exclure a priori le droit des parents victimes d'abus sexuels à une indemnité pour tort moral, mais seules des atteintes d'une gravité exceptionnelle peuvent en justifier l'allocation (arrêts 6B_707/2014 du 18 décembre 2014 consid. 1.1; 6B_1049/2010 du 10 mai 2011 consid. 2.3.2 et 6S.78/2006 du 31 mai 2006 consid. 1.2). Or, la recourante n'explique d'aucune manière ce qui conférerait, en l'espèce, la gravité exceptionnelle exigée pour justifier l'indemnisation d'un parent. Il s'ensuit que seule sa qualité pour recourir pour ses enfants doit être admise*" (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1135/2016 et 6B_877/2017, consid. 2.). N'ayant pas démontré de manière convaincante la gravité exceptionnelle exigée, la recourante ne saurait se voir conférer la qualité qu'elle requiert.

Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

4. La recourante demande l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours, pour le cas où elle lui aurait été retirée. Or, cet octroi remonte au 12 avril 2018 et n'a pas été assorti de limites. Le Ministère public n'en parle pas dans l'ordonnance querellée de sorte qu'il n'a pas été retiré et doit couvrir l'activité déployée pour le soutien du présent recours.

4.1. Selon l'art. 16 al. 1 RAJ, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2018, l'indemnité due au défenseur d'office en matière pénale est calculée selon le tarif horaire suivant, débours de l'étude inclus : avocat stagiaire CHF 110.- (let. a) ; collaborateur CHF 150.- (let. b) ; chef d'étude CHF 200.- (let. c). La TVA est versée en sus. Selon l'al. 2 de cette disposition, seules les heures nécessaires sont retenues. Elles sont appréciées en fonction notamment de la nature, de l'importance et des difficultés de la cause, de la valeur litigieuse, de la qualité du travail fourni et du résultat obtenu.

L'autorité compétente jouit dans ce cadre d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 6B_297/2008 du 19 juin 2008 consid. 7.3).

4.2. En l'espèce, M^e F_____ n'a pas soumis d'état de frais pour son activité dans la procédure de recours. L'acte de recours comporte 12 pages, page de garde et de conclusions incluses, à large interligne, comprend un rappel des faits et de larges citations des dispositions légales invoquées, de sorte que l'essentiel se concentre sur quelque quatre pages. Le temps raisonnablement consacré pour ce recours sera indemnisé en conséquence pour quatre heures d'activité.

Il sera donc alloué au conseil désigné de la recourante une indemnité de CHF 861.60, correspondant à 4h d'activité au tarif de CHF 200.- de l'heure plus 7,7% de TVA.

- 5.** La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui comprendront un émolument de CHF 500.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, qui comprennent un émolument de CHF 500.-.

Alloue à M^e F_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 861.60, TVA 7,7% incluse.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à la recourante, soit pour elle son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ, juge et Monsieur Louis PEILA, juge suppléant; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :

Julien CASEYS

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).

P/11396/2015

ÉTAT DE FRAIS

| |
|------------------------|
| COUR DE JUSTICE |
|------------------------|

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

Débours (art. 2)

| | | |
|-----------------|-----|-------|
| - frais postaux | CHF | 20.00 |
|-----------------|-----|-------|

Émoluments généraux (art. 4)

| | | |
|---------------------------------|-----|--|
| - délivrance de copies (let. a) | CHF | |
|---------------------------------|-----|--|

| | | |
|---------------------------------|-----|--|
| - délivrance de copies (let. b) | CHF | |
|---------------------------------|-----|--|

| | | |
|--------------------------|-----|-------|
| - état de frais (let. h) | CHF | 75.00 |
|--------------------------|-----|-------|

Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)

| | | |
|---------------------------------|-----|--------|
| - décision sur recours (let. c) | CHF | 500.00 |
|---------------------------------|-----|--------|

| | | |
|---|-----|--|
| - | CHF | |
|---|-----|--|

| | | |
|--------------|------------|---------------|
| Total | CHF | 595.00 |
|--------------|------------|---------------|