

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/25354/2018

ACPR/680/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 4 septembre 2019

Entre

A _____, domiciliée _____, comparant par M^e F _____, avocat, _____,

recourante,

contre la décision rendue le 31 mai 2019 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 expédié au greffe de la Chambre de céans le 13 juin 2019, A_____ recourt contre l'ordonnance du 31 mai 2019, notifiées le 3 juin suivant, du Ministère public lui refusant la qualité de partie plaignante et celle du même jour, notifiée par pli simple, lui refusant le bénéfice de l'assistance judiciaire.

La recourante conclut, préalablement, à l'octroi de l'assistance judiciaire et, principalement, à ce que la qualité de partie plaignante lui soit accordée ainsi que l'assistance juridique avec effet rétroactif au 15 janvier 2019. Elle conclut, subsidiairement, à l'octroi de l'assistance judiciaire avec effet du 15 janvier 2019 au 31 mai 2019. En tout état de cause, elle conclut à ce que le Ministère public soit condamné aux frais et au versement d'indemnité de CHF 4'000.- pour les dépens de recours.

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

a. Le 23 décembre 2018, A_____ a déposé plainte, auprès de la police, contre B_____, pour actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 185 CP), contrainte sexuelle (art. 187 CP) et violation du devoir d'assistance et d'éducation (art. 217 CP), lui reprochant, en substance, d'avoir à répétitions reprises, contraint leur fille, C_____, née le _____ 2011, à des attouchements de nature sexuelle.

Elle a déclaré participer à la procédure en qualité de partie plaignante au pénal et a répondu par la négative s'agissant de la qualité de partie plaignante au civil, sans réserver cette réponse à plus tard.

b. En date du 26 décembre 2018, le Ministère public a prévenu B_____ d'infractions aux art. 187, 189 et 217 CP, lequel a contesté les faits reprochés.

B_____ a été placé en détention provisoire par ordonnance du Tribunal des mesures de contrainte du 27 décembre 2019 et remis en liberté, le 7 janvier 2019, avec des mesures de substitution dont l'interdiction de tout contact avec son épouse et la renonciation, le temps nécessaire à la procédure, à entretenir des relations personnelles avec ses enfants (C_____ et D_____, né le _____ 2014).

c. Par courrier du 10 janvier 2019, le conseil de A_____ s'est constitué et a demandé l'accès à la procédure.

d. Le Procureur le lui a refusé, le 15 suivant, au motif que les preuves principales n'avaient pas été administrées et que sa qualité de partie plaignante n'était pas établie à ce stade. Il avait requis, le 9 précédent, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : TPAE) la désignation d'un curateur, en raison d'un possible conflit d'intérêts.

e. Le 16 janvier 2019, le TPAE a avisé le Ministère public avoir désigné, le 10 précédent, M^e E_____ aux fonctions de curateur de C_____, aux fins de la représenter dans le cadre de la procédure pénale.

f. Par demande du 24 janvier 2019, A_____ a requis d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite avec effet au 15 janvier précédent, tant dans la procédure pénale que pour la procédure pendante devant le TPAE (C/1_____/2019).

Le Tribunal de première instance lui a accordé cette assistance pour la procédure devant le TPAE, avec effet au 24 janvier 2019.

g. Par courrier du 5 février 2019, le Procureur a fait savoir à A_____ qu'il ne lui était pas possible de statuer sur sa demande d'assistance judiciaire avant qu'elle ait justifié de son statut dans la procédure, et lui a imparti un délai au 15 février suivant pour ce faire.

h. Lors de l'audience contradictoire du 8 février 2019, A_____ a "*confirmé*" vouloir participer à la procédure pénale comme partie plaignante au pénal et au civil et a été entendue en qualité de personne appelée à donner des renseignements.

i. Par courrier du 15 février 2019, A_____ a demandé la prolongation du délai au 4 mars 2019 pour se déterminer sur sa qualité de partie plaignante; elle a requis qu'une expertise de crédibilité sur sa fille soit ordonnée.

j. Le 18 suivant, le Procureur a considéré que lui accorder une prolongation, alors qu'elle était invitée à se déterminer depuis plusieurs semaines, reviendrait à lui reconnaître, de fait, une telle qualité. Il lui a imparti un ultime délai au 22 février suivant.

k. Le 16 février 2019, le Procureur a précisé au curateur que le "n'empêche" accordé à la rencontre entre le prévenu et ses enfants, à l'occasion de l'anniversaire de son fils, impliquait "*au moins*" la présence de Me F_____; le mandat de représentation justifiait également celle du curateur dans la mesure où l'entrevue était en lien avec les mesures de substitution.

Dans un courrier du 27 mars 2019, le conseil du prévenu a fait état que la rencontre avait eu lieu en présence de A_____ mais sans le conseil de celle-ci.

l. Par courrier du 22 février 2019, A_____ a confirmé sa volonté de vouloir participer à la procédure. Elle avait subi une atteinte grave et directe à sa santé lui permettant de demander une indemnisation pour tort moral. En effet, elle avait été victime d'abus sexuel de la part de son père dans son enfance – ce que le prévenu avait évoqué auprès de la police –, la découverte que sa fille partageait le même sort qu'elle-même avait eu pour effet d'attiser sa mémoire traumatique, mettant en danger son équilibre psychique; elle avait été assaillie de pensées suicidaires. Grâce au soutien de l'association G_____ et une prise en charge psychiatrique, tout risque de

passage à l'acte avait été écarté. Elle s'engageait à produire les déterminations de l'intervenante de l'association G_____ et celles du médecin psychiatre dès réception.

À la suite de la suspension, le 23 décembre 2018, du droit au relation personnelle du prévenu, elle avait dû assumer seule l'intégralité des frais d'entretien des deux enfants, tels que frais de nourriture et de loisir et les frais médicaux du traitement psychiatrique de sa fille et ceux de sa propre prise en charge, soit la quote-part non couverte pas l'assurance maladie. Ce dommage était une conséquence directe de l'infraction.

m. Le 28 février 2019, le Procureur a poursuivi la confrontation du prévenu et de A_____.

n. Le 26 mars 2019, A_____ a transmis un rapport de consultation du groupe de protection de l'enfant des HUG du 24 janvier 2019 et un rapport de consultation gynécologique du 29 janvier 2019 concernant C_____.

Elle a requis une décision s'agissant de sa qualité de partie et de l'octroi de l'assistance judiciaire, qu'elle sollicitait à tout le moins pour la première phase de la procédure.

o. Le 3 avril 2019, le Procureur a adressé à A_____, soit pour elle son conseil, le projet du mandat d'expertise de crédibilité de sa fille pour qu'elle fasse valoir ses observations. Il a précisé que sa décision, au sujet de sa qualité de partie plaignante, était réservée et que l'envoi de ce projet ne valait pas reconnaissance implicite de ce statut.

p. Par courrier du 9 avril 2019, A_____, par son conseil, a demandé copie du dossier de la procédure afin d'exercer son droit d'être entendue en lien avec l'expertise de crédibilité ordonnée.

Le Procureur lui a transmis une copie intégrale.

q. Le conseil de A_____ a communiqué ses observations par courrier du 17 avril 2019.

C. a. Dans sa décision querellée, le Procureur a refusé à A_____ la qualité de partie plaignante à la procédure, motif pris qu'ensuite de la décision du TPAE, elle n'était plus légitimée à intervenir en tant que représentante légale de sa fille et, partant, ne pouvait plus être considérée comme une partie plaignante, d'autant plus qu'elle avait indiqué à la police vouloir participer à la procédure comme plaignante au pénal mais pas au civil et qu'elle n'avait pas fait valoir de conclusions civiles propres.

b. Dans sa seconde ordonnance, le Procureur a refusé de lui accorder l'assistance judiciaire retenant qu'à la suite de la nomination d'un curateur à l'enfant, A_____ ne

participait à la procédure qu'en qualité de proche de la victime, celle de partie plaignante lui ayant été déniée; elle avait indiqué ne pas vouloir faire valoir de conclusions civiles.

- D. a.** À l'appui de son recours, A_____ reproche au Ministère public d'avoir procédé à une constatation erronée et incomplète des faits. Elle s'était portée partie plaignante au pénal et au civil, lors de l'audience du 8 février 2019, et avait, par courrier du 22 février 2019, explicitement allégué avoir subi un dommage direct du fait de l'infraction sous forme de préjudice moral et matériel. Elle avait articulé des prétentions propres et pris des conclusions civiles (non chiffrées).

Le Procureur avait adopté un comportement contradictoire en lui refusant la qualité de partie plaignante, alors qu'il l'avait entendue en cette qualité le 28 février 2019, lui avait adressé une copie intégrale de la procédure et l'avait invitée à s'exprimer sur le projet de mandat d'expertise. Il avait ainsi matériellement reconnu cette qualité qu'il lui refusait ensuite formellement.

La qualité de partie plaignante devant lui être accordée, elle répondait en outre aux conditions d'octroi de l'assistance judiciaire. Son indigence avait été admise pour la procédure devant le TPAE. Elle faisait valoir des prétentions civiles. La cause était complexe tant par son objet que par la charge psychologique et traumatisante. Elle ne maîtrisait pas le français et ne pouvait comprendre seule les éléments de faits et de droit de la procédure; cela nécessitait l'intervention d'un avocat notamment s'agissant des nombreuses interactions avec les conseils des autres parties, à la suite de la volonté du Ministère public d'intervenir dans les questions relatives à l'exercice du droit de garde, de la qualité de partie plaignante et du mandat d'expertise. Sa situation sociale et son état de santé étaient précaires. L'action civile n'était pas dépourvue de chance de succès.

- b.** Le Procureur a persisté dans ses deux décisions. L'assistance judiciaire n'avait pas vocation à pallier les problèmes de langue des parties, le recours à l'interprète étant possible. Les problématiques relatives aux relations personnelles du prévenu avec les enfants n'avaient pas à être réglées dans le contexte de la procédure pénale de sorte que de telles démarches n'avaient pas à être prises en charge par l'assistance judiciaire.

Le Procureur avait fait le choix d'entendre la recourante en qualité de partie plaignante, alors même qu'il n'avait pas d'élément pour se prononcer sur cette qualité, étant tenu de diligenter des audiences en raison de la privation de liberté du prévenu. La recourante ne pouvait tirer argument ce que qu'elle avait été entendue en cette qualité, qui lui faisait bénéficier de droits plus larges que ceux d'un témoin, alors même qu'il avait expressément réservé son statut dans la procédure dans son courrier du 20 mai 2019.

- c.** A_____ a répliqué.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 393 et 396 CPP). La qualité de plaignante, et l'octroi de l'assistance judiciaire, lui ayant été refusée par le Ministère public, A_____ a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de cette décision et, partant, la qualité pour recourir contre celle-ci auprès de la Chambre de céans (art. 382 et 393 al. 1 let. a CPP).
2. **2.1.** Selon l'art. 116 al. 1 CPP, on entend par victime, le lésé qui, du fait d'une infraction, a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle. Le proche de la victime est défini à l'art. 116 al. 2 CPP. Il s'agit notamment des parents de celle-ci.

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 partie civile contre les prévenus. Toutefois, le droit du proche de se constituer partie plaignante implique, 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_160/2014 du 26 août 2014 consid. 3.1).

Ces dispositions sont une reprise de l'ancien art. 2 al. 2, respectivement de l'ancien art. 39 de la loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI; RS 312.5 ; N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 3ème éd., Zurich 2018, no 4 ad art. 117 et no 5 ad art. 122). Conformément à ce qui prévalait sous l'égide de la LAVI, le proche bénéficie des droits procéduraux, dorénavant conférés par le CPP, si les prétentions qu'il invoque apparaissent crédibles au vu de ses allégués. Il n'y a pas lieu d'exiger une preuve stricte, laquelle est justement l'objet du procès au fond. Il ne suffit cependant 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 (ATF 139 IV 89 = SJ 2013 I 558 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_160/2014 du 26 août 2014 consid. 3.1).

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 139 IV 89 consid. 2.4 ; ATF 125 III 412 consid. 2a p. 417; ATF 117 II 50 consid. 3a p. 56; ACPR/354/2012 du 28 août 2012).

L'art. 120 al. 1 CPP stipule que le lésé peut en tout temps déclarer par écrit ou par oral qu'il renonce à user des droits qui sont les siens; la déclaration orale est consignée au procès-verbal. La renonciation est définitive.

Cette renonciation revêt un caractère exclusivement procédural, en ce sens que l'intéressé renonce aux droits conférés par le CPP et qu'il ne peut plus participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (ACPR/108/2013 du 21 mars 2013 consid. 3.1.). De la même manière qu'à l'art. 386 al. 3 CPP, les vices du consentement ne sont pas à prendre en considération, sous réserve d'une tromperie, d'une infraction ou d'une information inexacte donnée par les autorités compétentes (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *op. cit.*, n° 3 ad 120; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire CPP*, Bâle 2016, n° 6 ad 120).

2.2. Dans le cas d'espèce, la recourante - dont il est acquis qu'elle est une proche de la victime au sens des art. 116 al. 2 et 122 al. 2 CPP - a déclaré, lorsqu'elle a déposé plainte à la police le 23 décembre 2018, vouloir participer à la procédure pénale comme partie plaignante au pénal mais non au civil. Elle n'a pas fait le choix, proposé, de donner plus tard sa réponse à cette question.

Or, cette renonciation de qualité de partie plaignante au civil est, de par la loi, définitive, les éventuels vices du consentement n'étant pris en considération qu'en présence d'une tromperie, d'une infraction ou d'une information inexacte donnée par les autorités, cas non réalisés ici et non allégués.

En toute hypothèse, même si elle a, lors de l'audience du 8 janvier 2019, déclaré vouloir participer en cette qualité, force est de constater qu'elle n'a pas rendu vraisemblable ni le tort moral ni le dommage matériel qu'elle allègue, faute d'avoir produit, à tout le moins, des certificats médicaux de son suivi psychiatrique et des factures probantes. Bien que le Procureur l'ait invitée à établir sa qualité, elle n'a versé au dossier aucun des documents promis pas plus qu'elle ne les a joint à son recours.

C'est à donc, à juste titre, que le Ministère public a dénié à l'intéressée la qualité de partie plaignante.

2.3. Faute d'avoir cette qualité, elle ne peut bénéficier de l'assistance judiciaire pénale (art. 136 al. 1 CPP).

Il est certes regrettable que le Ministère public ait sollicité l'intervention du conseil de la recourante dans les relations interpersonnelles des enfants et des parents; cela étant, il apparaît que ce défenseur n'a pas assisté à ladite réunion.

D'autre part, la recourante, tout comme son conseil, savait que la décision relative à l'assistance judiciaire était conditionnée à l'admission de sa qualité de partie plaignante qu'elle devait justifier depuis le 15 janvier 2019. La procédure ayant été ouverte à la suite de la plainte de la recourante, il appartenait au Procureur de procéder sans délai aux auditions et confrontations au regard de enjeux familiaux, quand bien même le prévenu n'était plus en détention. La recourante ne peut ainsi prétendre que le Procureur aurait eu un comportement contradictoire en l'entendant en qualité de personne appelée à donner des renseignements lors de ces audiences plutôt que comme témoin. Elle ne fait d'ailleurs valoir aucun préjudice ou inconvénient lié à cette distinction.

Enfin, lorsque le Procureur lui a imparti un délai pour lui communiquer ses observations s'agissant de l'expertise de crédibilité, il a formellement précisé que cette demande ne valait pas reconnaissance de la qualité de partie plaignante et qu'il réservait sa décision sur cette question. Si l'on peut, certes, s'étonner de cette manière de procéder, alors qu'il disposait – depuis le 22 février 2019 – des raisons que la recourante faisait valoir pour être acceptée en qualité de partie plaignante, il n'en demeure pas moins qu'elle et son conseil étaient parfaitement orientés.

Ainsi, en décidant de participer, avec son conseil, aux audiences et de transmettre les observations, ils, tous deux, savaient que la question de la prise en charge de l'activité d'avocat n'était pas tranchée.

4. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.
5. La recourante, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'État qui comprennent un émolument de CHF 800.- (art. 428 al. 1 CPP), étant précisé que la procédure de recours s'agissant de l'assistance judiciaire ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 20 RAJ).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, qui comprennent un émolument de CHF 800.-.

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 et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Sandrine JOURNET, greffière.

La greffière :

Sandrine JOURNET

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.

P/25354/2018

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	800.00
-	CHF	

Total	CHF	895.00
--------------	------------	---------------