



POUVOIR JUDICIAIRE

P/26337/2017

ACPR/272/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 9 avril 2019

Entre

A _____, domiciliée _____, _____ (GE), comparant par M^e B _____, avocat, _____,
_____ (GE),

recourante,

contre l'ordonnance sur la qualité de partie plaignante et l'assistance judiciaire, rendue le 22 novembre 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 expédié au greffe de la Chambre de céans le 3 décembre 2018, A_____ recourt contre l'ordonnance du 22 novembre 2018, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public lui a dénié la qualité de partie plaignante et ne lui a accordé l'assistance juridique que pour la période allant du 18 janvier au 2 février 2018.

La recourante conclut, sous suite de frais, à l'annulation de l'ordonnance querellée en tant qu'elle lui dénie la qualité de partie plaignante et à l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite avec effet au 21 décembre 2017, ainsi que pour la procédure de recours.

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

a. A_____ et C_____ sont les parents de quatre enfants mineurs, D_____ (né le _____ 2004), E_____ (né le _____ 2006), F_____ et G_____ (nées le _____ 2008).

Le jugement de divorce, prononcé en 2016, a accordé la garde des enfants à la mère et un droit de visite au père.

b. Le 1^{er} décembre 2017, A_____ s'est présentée au poste de gendarmerie de H_____ pour déposer plainte pénale contre son ex-mari, alléguant que ses filles avaient, lors de confidences, fait part d'attouchements de la part de leur père.

c. Entendu par la police, C_____ a contesté ces accusations.

d. Par lettre de son conseil datée du 21 décembre 2017, reçue le lendemain par le Ministère public, A_____ a confirmé sa plainte pénale et précisé certains faits. La plaignante a contresigné la lettre, sous un texte dactylographié, également daté du 21 décembre 2017, dans lequel elle déclare se constituer partie plaignante au pénal et au civil et demande, vu son indigence, que son avocat soit "*nommé à [s]a défense dans la suite de la procédure*".

e. Le 10 janvier 2018, le Ministère public a rendu une ordonnance de non-entrée en matière, retenant qu'à teneur des éléments figurant au dossier, aucun acte d'ordre sexuel n'était établi, ni même rendu vraisemblable (art. 310 al. 1 let. a CPP).

f. Par arrêt ACPR/325/2018 du 12 juin 2018, la Chambre de céans a admis le recours de A_____, agissant en qualité de représentante légale de ses enfants, et renvoyé la cause au Ministère public pour un complément d'enquête s'agissant des faits dénoncés en lien avec G_____, afin que l'enfant soit réentendue par une

personne du même sexe conformément à l'art. 153 al.1 CPP. Les faits en lien avec F_____ n'étaient pas fondés. Le recours de A_____ au Tribunal fédéral a été déclaré irrecevable (arrêt 6B_____/2018 du _____ 2018).

g. Dans l'intervalle, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant avait désigné, par ordonnance du 2 février 2018, M^e I_____, avocat, en qualité de curateur de représentation des mineurs G_____ et F_____, dans le cadre de la présente procédure. Dans la foulée, le curateur a déclaré auprès du Ministère public que F_____ et G_____ se constituaient parties plaignantes au civil et au pénal.

h. Par lettre du 28 septembre 2018, le conseil de A_____ a demandé à consulter le dossier et réitéré sa demande d'assistance judiciaire "*avec effet au 17 janvier 2018 (date de la signature de la demande par [s]a mandante)*".

i. Par retour de télécopie du même jour, le Ministère public a répondu que seul un lésé direct pouvait prétendre à la qualité de partie plaignante. Les droits des mineurs étant désormais exercés exclusivement par leur curateur, A_____ a été invitée à se déterminer à ce sujet.

j. La précitée a fait valoir qu'en tant que représentante légale des mineurs, elle disposait de la qualité pour déposer plainte pénale pour ses enfants. Étant lésée, tant directement qu'indirectement, elle pouvait participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal et au civil. L'intervention du curateur, qui avait pour finalité d'assurer une représentation neutre des enfants dans la procédure pénale, n'y changeait rien.

k. Le curateur a conclu au rejet de la qualité de partie plaignante de A_____, dès lors qu'il disposait désormais de l'exclusivité pour représenter les mineurs dans le cadre de la procédure pénale.

l. Le Ministère public a alors demandé à A_____ si elle estimait être, actuellement, partie à la procédure en sa qualité de représentante légale des enfants ou en sa qualité de lésée, personnellement, par les infractions dénoncées.

Ce à quoi, l'intéressée a répondu avoir la double qualité de lésée, c'est-à-dire à titre principal et en tant que "*représentant légal*" de l'enfant dans la procédure.

m. La transcription de l'audition de G_____, en présence d'une inspectrice, le 7 novembre 2018, ne figure pas encore au dossier pénal transmis à la Chambre de céans, mais les faits principaux ont été résumés par la Brigade des mœurs. Il en ressort que G_____ a expliqué que son père, alors qu'elle était habillée et qu'ils jouaient au "*jeu de la pieuvre*", lui avait touché les fesses avec sa main et était descendu sur les parties intimes, désignant son sexe et ses fesses. Comme cela l'avait

gênée, elle lui avait dit d'arrêter et était partie. Lorsqu'elle se douchait, son père lui mettait du savon "*partout*", et ensuite il lui mettait de la crème sur les fesses, la tête, les bras et les jambes, ce qui la gênait également car c'était un homme. Elle ne lui avait pas dit qu'elle n'aimait pas, car elle avait 8 ans et ne se rendait pas compte. Il l'avait touchée par-dessous les habits. Ses frères n'avaient rien vu car ils jouaient ou regardaient la télévision. Elle n'avait jamais vu son père faire cela à d'autres personnes. Un jour, elle s'en était souvenue et l'avait dit à sa mère, laquelle ne voulait plus que ses enfants se rendent chez leur père. Elle savait qu'il lui faisait "*ça*" quand elle avait 8 ans, mais ne s'en souvenait pas trop.

- C. a.** Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public retient que F_____ et G_____, victimes au sens de l'art. 116 CPP, étaient représentées par leur mère jusqu'au 2 février 2018, date à laquelle un curateur de représentation leur avait été nommé pour la procédure pénale. Le proche d'une victime au sens de l'art. 116 CPP pouvait se constituer partie plaignante à condition de faire valoir des prétentions civiles. Interpellée sur ce point, A_____ n'avait pas allégué de prétention civile ni de dommage direct. N'étant pas directement lésée, elle ne pouvait se voir reconnaître la qualité de partie plaignante, laquelle devait donc lui être déniée.

L'assistance judiciaire devait lui être accordée du 18 janvier au 2 février 2018, soit durant la période pendant laquelle elle avait pu faire valoir les droits de ses filles et les représenter.

- b.** Par avis de prochaine clôture du même jour, le Ministère public a informé les parties de son intention de classer la procédure.

- D. a.** Dans son recours, A_____ allègue une constatation arbitraire et incomplète des faits pertinents, un abus du pouvoir d'appréciation et une violation de l'interdiction de l'arbitraire. Elle reproche au Ministère public son interprétation trop formaliste et subjective des art. 115 ss CPP. L'intervention du curateur, limitée, ne lui enlevait nullement ses droits, en tant que représentante légale, et comme lésée. Il était hors de toute logique, et contraire aux art. 115 à 118 CPP, d'exclure d'une procédure pénale pour attouchements la mère des mineurs concernés, laquelle vivait avec eux au quotidien, bénéficiait du droit de garde et des droits découlant de l'autorité parentale. La procédure étant, en l'espèce, toujours pendante, elle n'était ni en mesure ni tenue de déposer des prétentions civiles, étant relevé que l'accès au dossier lui avait été dénié. En outre, selon l'ATF 139 IV 89, la qualité de partie plaignante pouvait tout à fait être reconnue, pour un dommage indirect, pour le proche d'un mineur victime d'une infraction à son intégrité sexuelle. Or, il allait de soi que pour arriver au stade formel du dépôt de prétentions civiles, elle devait se voir reconnaître le droit de suivre la procédure et d'y participer en qualité de partie plaignante.

S'agissant de l'assistance judiciaire, A_____ précise que, ayant été surprise par l'ordonnance de non-entrée en matière, elle avait formulé une demande d'assistance juridique pour les besoins du recours à entreprendre, avec effet au 17 janvier 2018. Toutefois, elle avait dûment formulé sa demande déjà le 21 décembre 2017, de sorte que c'est arbitrairement que le Ministère public ne lui avait accordé l'assistance judiciaire que depuis le 18 janvier 2018.

b. À réception, la cause a été gardée à juger sans échange d'écritures ni débats.

EN DROIT :

1. 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). En tant qu'elle s'est vu refuser la qualité de partie plaignante, la recourante dispose de la qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision entreprise (art. 104 al. 1 let. b, 118 et 382 CPP). Elle dispose également de la qualité pour recourir contre la date d'entrée en force de l'assistance judiciaire.
2. La recourante reproche au Ministère public de ne pas lui avoir reconnu la qualité de partie plaignante, en sa qualité de proche des victimes.

2.1. 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).

2.2. 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 (ATF 139 IV 89 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 (ATF 139 IV 89 consid. 2.2).

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).

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 du Tribunal fédéral 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). Le parent d'un enfant abusé sexuellement doit être touché de la même intensité qu'en cas de décès de l'enfant (arrêt du Tribunal fédéral 1B_62/2019 du 19 mars 2019 consid. 3 et les références citées).

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).

2.3. En l'espèce, il est constant que la recourante est la mère de G_____, laquelle, victime, est directement lésée par l'infraction reprochée à son père, soit une

violation de l'art. 187 CP. Elle est représentée par un curateur depuis le 2 février 2018.

Dans ce contexte, si la recourante, détentrice de l'autorité parentale (art. 296 et 297 CC), était habilitée à agir au nom de ses filles mineures et à les représenter, en tant que plaignante, en début de procédure (art. 304 CC ; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, CPP, *Code de procédure pénale*, 2^{ème} éd., Bâle 2016, n. 6 et 7 ad art. 106) elle n'est, depuis la nomination du curateur de représentation, plus légitimée à intervenir au nom et pour le compte de celles-ci et leurs droits sont désormais exercés exclusivement par le curateur. Elle ne peut donc pas se prévaloir de la qualité de lésée en raison des infractions qui auraient été commises sur ses enfants et le fait qu'elle soit titulaire de l'autorité parentale n'y change rien.

La recourante allègue toutefois bénéficier de la qualité de partie plaignante aussi à titre personnel, en sa qualité de proche, étant selon elle directement lésée par les faits dénoncés. Elle allègue toutefois n'être ni en mesure ni même tenue de faire valoir ses prétentions civiles propres en l'état de la procédure, qui serait selon elle toujours en instruction.

La recourante se trompe sur ce point. Par avis de prochaine clôture du 22 novembre 2018, le Ministère public a annoncé son intention de clore la procédure, de sorte que celle-ci touche à sa fin. Il faut donc retenir que la recourante est en mesure, près d'un an et demi après le dépôt de sa plainte pénale, d'énoncer la nature de ses prétentions civiles propres. Dans l'ATF 139 IV 89, qu'elle cite, la mère – qui invoquait avoir subi un état dépressif d'intensité moyenne en lien avec les faits dont sa fille avait été victime – avait formulé des prétentions civiles propres et le litige portait sur la question de savoir si elle avait rendu celles-ci vraisemblables. Or, la recourante n'a, ici, formulé aucune prétention, ni, *a fortiori*, n'a rendu ses éventuelles prétentions crédibles ou vraisemblables. À noter que dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il n'y avait pas lieu de revenir sur l'interprétation faite de la loi dans l'arrêt publié aux ATF 139 IV 89, qui exclut la possibilité pour les proches de la victime de se constituer parties plaignantes au pénal uniquement sans faire valoir de prétentions civiles (1B_62/2019 précité, consid. 2 *in fine*).

Au vu du type d'infraction dénoncée (art. 187 CP), seule une prétention pour tort moral paraît pouvoir être élevée, la recourante n'exposant ni devant le Ministère public ni dans son recours avoir subi un dommage matériel (frais médicaux non remboursés, par exemple). Or, à teneur de l'art. 49 CO et de la jurisprudence précitée, il apparaît exclu que la recourante ait gain de cause si telles étaient ses prétentions. En effet, au vu des éléments figurant à la procédure et en particulier des dernières déclarations de G_____ – seules encore pertinentes en l'état, les faits dénoncés au sujet de F_____ ayant été considérés comme insuffisants par la Chambre de céans dans son précédent arrêt –, les souffrances morales de la mère ne sauraient être

comparées, selon les principes dégagés par la jurisprudence sus-citée, à celles qui auraient été les siennes en cas de décès d'un enfant. En outre, elle n'a pas démontré, dans sa plainte ou ses déterminations ultérieures, une atteinte d'une gravité exceptionnelle pour justifier l'indemnisation d'un parent.

Le recours est dès lors infondé sur ce point.

3. La recourante reproche au Ministère public de ne pas lui avoir octroyé l'assistance juridique avec effet au 21 décembre 2017.

3.1. À teneur de l'art. 136 al. 1 CPP, la direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles lorsqu'elle est indigente (let. a) et que l'action civile ne paraît pas vouée à l'échec (let. b).

L'assistance juridique est en règle générale octroyée avec effet au jour du dépôt de la requête (art. 5 al. 1 RAJ).

3.2. En l'espèce, la recourante – dont l'indigence n'est pas remise en cause – a agi en qualité de plaignante du 21 décembre 2017 au 2 février 2018, soit du jour du dépôt de la plainte pénale, au jour de la nomination du curateur. Selon les éléments au dossier, la recourante a dûment formulé sa demande d'assistance judiciaire gratuite le 21 décembre 2017. C'est donc en raison de la confusion provoquée par le contenu du courrier du 28 septembre 2018 du conseil de la recourante – lequel paraît effectivement en lien avec la procédure de recours – que le Ministère public s'est fondé sur la date du 17 janvier 2018.

4. Le recours sera donc admis sur ce seul point. Par économie de procédure, compte tenu de l'erreur constatée, il sera procédé sans demande d'observations à l'autorité précédente, étant relevé que, vu son issue, la cause peut, au surplus, être rendue sans échange d'écritures ni débats (art. 390 al. 2, 1^{ère} phrase, et al. 5 *a contrario*, CPP).
5. Le recours étant partiellement admis, l'ordonnance querellée sera annulée sur la question de l'assistance juridique gratuite, laquelle sera accordée dès le 21 décembre 2017 (art. 397 al. 2 CPP), l'ordonnance étant confirmée pour le surplus.
6. **6.1.** Les frais du recours sont laissés à la charge de l'État en tant qu'ils concernent l'assistance judiciaire (art. 20 RAJ).

6.2. La recourante, qui succombe sur le volet relatif à la qualité de partie plaignante, devrait supporter les frais de la procédure de recours relatifs à ce grief (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03). Compte tenu des circonstances particulières du cas et de la

situation financière de la recourante, celle-ci sera toutefois exonérée des frais de la procédure, conformément à l'art. 136 al. 2 let. b CPP.

7. La recourante sollicite la désignation d'un conseil juridique gratuit (art. 136 al. 2 let. c CPP) pour la procédure de recours. Dans la mesure où le recours était manifestement voué à l'échec en tant qu'il visait le refus de la qualité de partie plaignante, il ne sera pas fait droit à la demande. La recourante se verra en revanche mise au bénéfice d'un conseil juridique gratuit pour la partie du recours où elle obtient gain de cause et l'avocat sera indemnisé à hauteur de CHF 500.-, TVA (à 7.7 %) comprise.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet partiellement le recours et annule l'ordonnance du 22 novembre 2018 en tant qu'elle accorde l'assistance juridique à A_____ pour la période du 18 janvier au 2 février 2018.

Dit que l'assistance judiciaire gratuite est accordée à A_____ du 21 décembre 2017 au 2 février 2018.

Confirme l'ordonnance querellée pour le surplus.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Alloue à M^e B_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 500.- TTC, pour la procédure de recours.

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

Le communique, pour information, à M^e I_____.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Mesdames Daniela CHIABUDINI et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :

Sandro COLUNI

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).